

VERBA VOLANT, SCRIPTA MANENT

GSI ARTICLETTER

NO/31, SUMMER 2024

A SEMINAL PUBLICATION OF GÖKSU SAFİ IŞIK ATTORNEY PARTNERSHIP



**THE QUALIFICATION OF LEGAL LIABILITY IN
ACCIDENTS WITH AUTONOMOUS VEHICLES**

**OTONOM ARAÇLAR İLE YAPILAN KAZALARDA
HUKUKİ SORUMLULUĞUN NİTELİĞİ**

**LEGAL RESPONSIBILITY OF
THE PRODUCER IN ARTIFICIAL
INTELLIGENCE TECHNOLOGIES**

**YAPAY ZEKA TEKNOLOJİLERİNDE
ÜRETİCİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU**

ISSN: 2149-1399

Administration Address Yönetim ve İdare Adresi

İ Tower Bomonti Merkez Mahallesi, Akar Caddesi

No: 3 Kat:27, 34381 Şişli/İSTANBUL

T: +90 212 381 80 00 | F: +90 212 381 80 48

www.goksusafiisik.av.tr | info@goksusafiisik.av.tr

Owned and Published by Sahibi ve Yayınlayan

Göksu Safi Işık Attorney Partnership

Authorized Representative Yetkili Temsilci

Av. Dr. Ali Göksu

Av. Hasan Akıcıoğlu

Editorial Board Yayın Kurulu

Av. Dr. Ali Göksu

Av. Hasan Akıcıoğlu

Dr. Emek Toraman Çolgar

Av. Dr. Işık Önay

Prof. Dr. Aydın Çelen

Prof. Dr. Taner Ayanoğlu

Erdem Akyazılı

Mahmut Z. Erbay

Ahmet Ersin Genç

Serda Cerrah

Av. Adem Karaalp

Tuğçe Koçalan

Managing Editor Yönetici Editör

Doç. Dr. Murat Tumay

Design Tasarım

Nursena Öztürk

ozturknursenaa@gmail.com

Print Baskı

Promat Basım Yayın San. ve Tic. A. Ş.

Publication Type Yayın Türü

Local Periodical / Yerel Süreli ISSN: 2149-1399

COPYRIGHT & DISCLAIMER

All articles and other materials published in this Articleletter are for general purposes and guidance only and copyrighted. No part can be reproduced or redistributed in any form without written consent from GSI Attorney Partnership and the copyright holder(s). All rights are reserved worldwide. Information and opinions expressed in the articles do not necessarily reflect GSI Attorney Partnership views and they are not meant to give any professional advice. Content of the articles represents the circumstances at the date of its original production and publication and it may not have been updated subsequently.

TELİF HAKKI & YASAL UYARI

Bu Articleletter'da yayımlanan bütün makale ve içerikler sadece genel ve rehberlik amaçlı olup, hepsi telif hakkına tabidir. Hiç bir parçası, Göksu Safi Işık Avukatlık Ortaklığı'ndan yazılı izin olmaksızın yeniden basılamaz veya dağıtılamaz. Her hakkı mahfuzdur. Makalelerde yer alan görüş ve bilgiler, zorunlu olarak GSI Avukatlık Ortaklığı'nın kurumsal görüşlerini ifade etmez ve profesyonel bir danışmanlık ifade etmez. Makale içerikleri, makalenin ilk yayın tarihindeki durumları temsil etmekte olup, akabinde güncellenmemiş olabilir.

*delivering
peace of mind*

ARTICLES MAKALELER

- 12** **PART 1**
LEGAL PERSPECTIVE FOR THE PROTECTION AND RELOCATION OF OLIVE GROVES
ZEYTİNLİKLERİN KORUNMASI VE TAŞINMASI HUSUSLARININ HUKUKİ ÇERÇEVESİ
- 28** **PART 2**
GENERAL ASSEMBLY AND BOARD OF DIRECTORS' MEETINGS IN ELECTRONIC ENVIRONMENT
AND LEGAL CHALLENGES IN PRACTICE
ELEKTRONİK ORTAMDA GENEL KURUL VE YÖNETİM KURULU TOPLANTILARI VE UYGULAMADAKİ
HUKUKİ ZORLUKLAR
- 48** **PART 3**
SELLER'S LIABILITY FOR DEFECTS IN SHARE PURCHASE AGREEMENTS
PAY DEVİR SÖZLEŞMELERİNDE SATICININ AYIPTAN SORUMLULUĞU
- 62** **PART 4**
LEGAL RESPONSIBILITY OF THE PRODUCER IN ARTIFICIAL INTELLIGENCE TECHNOLOGIES
YAPAY ZEKA TEKNOLOJİLERİNDE ÜRETİCİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU
- 74** **PART 5**
CAPITAL MARKET FRAUD CRIME (MANIPULATION) WITH EXAMPLES FROM TÜRKİYE AND WORLDWIDE
TÜRKİYE'DEN VE DÜNYADAN ÖRNEKLER İLE SERMAYE PİYASASI DOLANDIRICILIĞI SUÇU (MANİPÜLASYON)

- 90** **PART 6**
THE QUALIFICATION OF LEGAL LIABILITY IN ACCIDENTS WITH AUTONOMOUS VEHICLES
OTONOM ARAÇLAR İLE YAPILAN KAZALARDA HUKUKİ SORUMLULUĞUN NİTELİĞİ
- 98** **PART 7**
P&I CLUB LETTER OF GUARANTEE IN THE COLLECTION OF MARITIME CLAIMS UNDER TURKISH LAW
TÜRK HUKUKUNDA GEMİ ALACAKLARININ TAHSİLİNDE P&I CLUB TEMİNAT MEKTUBU
- 114** **PART 8**
"THE GREEN MILE"- LEGAL ANALYSIS
"THE GREEN MILE"- HUKUKİ TAHLİL
- 124** **PART 9**
BUILD-OPERATE-TRANSFER MODEL AND ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION METHODS
YAP-İŞLET-DEVRET MODELİ VE ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ
- 150** **PART 10**
"THE TRIAL OF THE CHICAGO SEVEN" FILM REVIEW
"CHICAGO YEDİLİSİ'NİN YARGILANMASI" FİLM İNCELEMESİ

162

PART 11

ASSESSMENT OF THE PLACE OF SECRET PATENTS IN THE TURKISH INDUSTRIAL PROPERTY LAW AND ITS APPLICATION

GİZLİ PATENTİN 6769 SAYILI SINAİ MÜLKİYET KANUNU VE UYGULAMADAKİ YERİ HAKKINDA BİR DEĞERLENDİRME

182

PART 12

EVALUATING THE USURPATION OF THE RIGHT TO CLAIM PATENT AND ITS IMPACT ON EUROPEAN PATENT APPLICATIONS

PATENT İSTEME HAKKI GASPİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE AVRUPA PATENT MÜRACAATINA ETKİSİ

194

PART 13

ESTABLISHMENT OF COLLECTIVE PLEDGE OVER IMMOVABLE PROPERTIES UNDER TURKISH LAW

TÜRK HUKUKU TAHTINDA TAŞINMAZLAR ÜZERİNDE TOPLU REHİN KURULMASI

208

PART 14

DECREE NO.32 DECISION ON THE PROTECTION OF THE VALUE OF TURKISH CURRENCY AND RECENT JUDICIAL COURT PRACTICES

32 SAYILI TÜRK PARASI KIYMETİNİ KORUMA HAKKINDA KARARA İLİŞKİN SON DÖNEM YARGITAY UYGULAMALARI

228

PART 15

THE DISTINCTION BETWEEN COMMERCIAL ARBITRATION AND INVESTMENT ARBITRATION IN THE CONTEXT OF INVESTMENT ARBITRATION AND THE ISSUE OF COMPETING JURISDICTIONS

YATIRIM TAHKİMİ BAĞLAMINDA TİCARİ TAHKİM VE YATIRIM TAHKİMİ AYRIMI VE YARIŞAN YARGILAMA YERLERİ SORUNU

244

PART 16

PRODUCT SHARING AGREEMENTS

ÜRETİM PAYLAŞIM SÖZLEŞMELERİ

260

PART 17

RIGHTS OF EMPLOYEES WHO LEAVE THEIR JOBS DUE TO RETIREMENT AND WORK AGAIN

EMEKLİLİK SEBEBİYLE İŞTEN AYRILIP YENİDEN İŞE ALINAN İŞÇİLERİN HAKLARI

276

PART 18

LIABILITY OF THE PRINCIPAL EMPLOYER IN THE PRINCIPAL EMPLOYER - SUBCONTRACTOR RELATIONSHIP

ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE ASIL İŞVERENİN SORUMLULUĞU

294

PART 19

THE DEPENDENCY OF MORTGAGE ON RECEIVABLE

İPOTEĞİN ALACAĞA BAĞLILIĞI

316

PART 20

EVALUATION OF THE DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT NOT TO EXAMINE THE APPLICATIONS REGARDING THE VIOLATION OF THE RIGHT TO BE TRIED WITHIN A REASONABLE TIME DUE TO LACK OF A JUSTIFIABLE REASON

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKININ İHLALİNE İLİŞKİN YAPILAN BAŞVURULARIN İNCELENMESİNİN HAKLI BİR NEDENİNİN OLMAMASI SEBEBİYLE İNCELENMEMESİNE DAİR KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

FOREWORD AND ACKNOWLEDGMENT

Dear GSI Friends and Readers,

The relationship between law and business is a dynamic process that is constantly transforming due to new technologies, changing market practices and the increasing interdependence of issues. Therefore, keeping abreast of changes in this context, both in Turkey and around the world, requires constant research and attention.

GSI Articletter aims to contribute to this mission and endeavours to update our legal knowledge and interpretation by addressing different legal issues in each issue.

On the other hand, new technologies, and artificial intelligence in particular, have an enormous capacity to transform the way of practice in many fields, and law is no exception. Every transformation and challenge brings with it

naturally both risks and opportunities. Those who would focus on opportunities rather than risks will survive stronger and will be the pioneers of future practices. As GSI, we see it as our mission to help the transformation of the sector by taking advantage of the excellent opportunities offered by artificial intelligence, and to make legal data and information a central component in the processes of businesses to realise their digital and artificial intelligence transformation. We hope that we will have the opportunity to share many good news with you soon.

I would like to take this opportunity to welcome Dr Murat Tumay as our new Editor and thank Mr Erkam Yılmaz for the great contributions he made for GSI Articletter.

Ali Göksu, J.S.D
Founding Partner

TAKDİM VE TEŞEKKÜR

Kıymetli GSI Dostları ve Okurları,

Hukuk ve iş dünyası arasındaki bağ, yeni teknolojiler, değişen piyasa pratikleri ve konuların artan bir şekilde birbirlerine bağımlılığı sebebiyle sürekli dönüşen dinamik bir ilişkidir. Bu nedenle dünyada ve ülkemizde meydana gelen bu bağlamdaki değişiklikleri takip edebilmek sürekli bir araştırma ve dikkat gerektirmektedir.

GSI Articletter işte bu misyona katkıda bulunmayı amaçlamakta ve her sayıda farklı hukuki konuları ele alarak o konuda hukuki bilgi ve yorumumuzu güncellemeye çalışmaktadır.

Öte yandan, yeni teknolojiler ve özellikle de yapay zeka, pek çok alandaki uygulama biçimlerini dönüştürme anlamında muazzam bir kapasite ortaya koyuyor ve hukuk da bunlardan biri. Her dönüşüm ve meydan okuma, beraberinde hem risk

hem de fırsatlar barındırır. Bu noktada risklerden ziyade fırsatlara odaklananlar daha güçlü bir şekilde ayakta kalacak ve gelecekteki uygulamaların da öncüleri olacaklardır. GSI olarak biz de kendi sektörümüzle ilgili olarak, yapay zekanın sunduğu mükemmel fırsatlardan faydalanarak sektörün dönüşüme yardımcı olmayı ve hukuki veri ve bilginin, işletmelerin dijital ve yapay zeka dönüşümlerini gerçekleştirmeleri süreçlerinde, merkezi bir bileşen haline getirmeyi misyonumuz olarak görüyoruz. Umuyoruz ki, önümüzdeki dönemde bu konuda pek çok güzel haberi sizlerle paylaşma fırsatımız olacaktır.

Bu vesileyle, Dr. Murat Tumay'a yeni Editörümüz olarak hoş geldiniz diyor, Sayın Erkam Yılmaz'a da GSI Articletter'a yaptığı katkılardan dolayı teşekkür ediyorum.

Av. Dr. Ali Göksu
Kurucu Ortak

NOTES FROM THE EDITORIAL

Dear Readers,

As the GSI Articletter team, we are delighted to see you again with our Summer 2024 issue. This edition contains articles that bring you up to date on recent legal developments. These articles, produced by our authors, all of whom are specialists in their professions and intimately active in the practice of law, aim to provide you, our esteemed readers, with a wealth of information by addressing major debates and legal issues in various domains of law.

Our first article, "The Legal Framework for the Protection and Transportation of Olive Groves," addresses a significant problem in environmental and agricultural law. This article will explain how the protection of olive trees, which is critical for environmental sustainability and safe food, is reviewed within a legal framework.

In today's fast evolving technological environment, our essay "Electronic General Assembly and Board of Directors Meetings and Legal Challenges in Practice" illustrates the legal challenges that businesses confront when they digitalize. This study, which delves deeply into the legal architecture and practical issues of electronic meetings, is timely given recent laws.

"Seller's Liability for Defects in Share Transfer Contracts," an important topic in commercial law, discusses sellers' responsibilities and the legal implications of these liabilities. Furthermore, our essay "Legal Liability of the Manufacturer in Artificial Intelligence Technologies," which covers the role of artificial intelligence technologies in the law, addresses recent advancements in this field from a legal standpoint.

Our article, "Capital Market Fraud Crime (Manipulation) with Examples from Turkey and the World," is prepared from a global viewpoint and assesses fraud and manip-

ulation crimes in financial markets using numerous cases. Furthermore, our essay "The Nature of Legal Liability in Accidents with Autonomous Vehicles" investigates the legal dimensions and obligations of autonomous vehicle technology.

Our maritime law article "P&I Club Letter of Guarantee in the Collection of Ship Claims under Turkish Law" discusses the role and legal framework of P&I Club letters of guarantee in the collection of ship claims. Furthermore, our articles "The Green Mile Legal Analysis" and "The Trial of the Chicago 7 Legal Analysis" explore the relationship between cinema and law by analyzing two significant films from a legal standpoint.

Our other articles in this issue seek to give you with comprehensive and up-to-date information by delving into various legal topics in depth. With titles like "The Build Operate Transfer Model and Alternative Dispute Resolution Methods," "An Evaluation on the Place of Secret Patent in the IPL and Practice," and "Evaluation of Patent Infringement under Turkish Law and its Effect on European Patent," we discuss legal developments and problems in various fields.

I'd like to thank each of our colleagues who worked hard to ensure that this issue saw the light of day, as well as the team leaders who closely monitored the process, Av. Adem Karaalp, who helped to prepare the English texts with great care, and Serda Cerrah, who, as in previous issues, played an important role in the successful completion of the entire publication process through her punctual and meticulous planning and follow-up.

We believe that our Summer 2024 issue will be a valuable resource for all of our readers who want to learn about and follow current developments in various areas of law. I wish you a good read.

Yours sincerely,

Assoc. Prof. Dr. Murat Tumay
Articletter Editor

EDİTORYAL NOTLAR

Değerli Okurlarımız,

GSI Articletter ekibi olarak Yaz 2024 sayımızla yeniden sizlerle buluşmanın mutluluğunu yaşıyoruz. Bu sayımızda da hukuk dünyasının nabzını tutan ve güncel gelişmeleri mercek altına alan makalelerle karşınızdayız. Her biri alanında uzman ve bizzat hukuk uygulamasının içerisinde yer alan yazarlarımızın kaleme aldığı bu makaleler, hukukun farklı disiplinlerinde önemli tartışmaları ve hukuki sorunları ele alarak, siz değerli okurlarımıza zengin bir bilgi kaynağı sunmayı amaçlamaktadır.

İlk makalemiz, "Zeytinliklerin Korunması ve Taşınması Hususlarının Hukuki Çerçevesi" başlığıyla, doğa ve tarım hukukuna dair önemli bir konuyu ele alıyor. Çevresel sürdürülebilirlik ve güvenli gıda açısından büyük önem taşıyan zeytinliklerin korunmasının hukuki açıdan nasıl bir çerçevede değerlendirildiğini bu yazıda bulacaksınız.

Teknolojinin hızla ilerlediği günümüzde, "Elektronik Ortamda Genel Kurul ve Yönetim Kurulu Toplantıları ve Uygulamadaki Hukuki Zorluklar" adlı makalemiz, dijitalleşen iş dünyasında karşılaşılan hukuki zorlukları gözler önüne seriyor. Elektronik toplantıların hukuki altyapısını ve uygulamadaki sorunlarını derinlemesine inceleyen bu yazı, yeni düzenlemeler ışığında önemli bilgiler sunuyor.

Ticaret hukukuna dair önemli bir başlık olan "Pay Devir Sözleşmelerinde Satıcının Ayrıptan Sorumluluğu" ise, satıcıların sorumluluklarını ve bu sorumlulukların hukuki boyutlarını detaylandırıyor. Aynı zamanda yapay zeka teknolojilerinin hukuk sahasındaki yerini tartışan "Yapay Zeka Teknolojilerinde Üreticinin Hukuki Sorumluluğu" makalemiz, bu alandaki güncel gelişmeleri hukuki perspektiften ele alıyor.

Global bir perspektifle kaleme alınan "Türkiye'den ve Dünyadan Örnekler İle Sermaye Piyasası Dolandırıcılığı Suçu (Manipülasyon)" başlıklı makalemiz, finansal piyasalarda

karşılaşılan dolandırıcılık ve manipülasyon suçlarını, çeşitli örnekler üzerinden değerlendiriyor. Bunun yanı sıra, "Otonom Araçlar ile Yapılan Kazalarda Hukuki Sorumluluğun Niteliği" başlıklı makalemiz, otonom araç teknolojisinin hukuki boyutlarını ve sorumluluklarını irdeliyor.

Denizcilik hukukuna dair "Türk Hukukunda Gemi Alacaklarının Tahsilinde P&I Club Teminat Mektubu" adlı yazımız, gemi alacaklarının tahsili sürecinde P&I Club teminat mektuplarının rolünü ve hukuki çerçevesini ele alıyor. Ayrıca, "The Green Mile Hukuki Tahlili" ve "The Trial of the Chicago 7 Hukuki Tahlili" başlıklı makalelerimiz, iki önemli filmin hukuki açıdan değerlendirilmesini yaparak, sinema ve hukuk ilişkisini gözler önüne seriyor.

Bu sayıda yer alan diğer makalelerimiz de, çeşitli hukuki konuları derinlemesine ele alarak, sizlere kapsamlı ve güncel bilgiler sunmayı hedefliyor. "Yap İşlet Devret Modeli ve Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları", "Gizli Patent'in SMK ve Uygulamadaki Yeri Hakkında Bir Değerlendirme", "Türk Hukuku Çerçevesinde Patent Gaspının Değerlendirilmesi ve Avrupa Patentine Etkisi" gibi başlıklarla, farklı alanlardaki hukuki gelişmeleri ve sorunları masaya yatırıyoruz.

Bu sayımızın da gün yüzüne çıkması için büyük bir özenle çalışmalarını hazırlayan her bir meslektaşımıza, süreci yakından takip eden ekip liderlerine, İngilizce metinlerin hazırlanmasında büyük bir ihtimamla katkı veren Av. Adem Karaalp'e, önceki sayılarımızın ortaya çıkmasında da olduğu gibi dakik ve özenli planlama ve takibi ile tüm yayın sürecinin başarılı bir şekilde tamamlanmasında önemli bir role sahip olan Serda Cerrah'a teşekkür ederim.

Yaz 2024 sayımızın, hukukun çeşitli alanlarında bilgi edinmek ve güncel gelişmeleri takip etmek isteyen tüm okurlarımız için değerli bir kaynak olacağına inanıyoruz. Keyifli okumalar dilerim.

Saygılarımla,

Doç. Dr. Murat Tumay
Articletter Editör



| ARTICLES
| MAKALELER



PART 1

LEGAL PERSPECTIVE FOR THE PROTECTION AND RELOCATION OF OLIVE GROVES

ZEYTİNLİKLERİN KORUNMASI
VE TAŞINMASI HUSUSLARININ
HUKUKİ ÇERÇEVESİ

İSMAİL EKMEN

PART 1

ABSTRACT | ÖZET

In brief, this article evaluates the legal regulations and developments regarding the protection and relocation of olive groves, as well as the adequacy of the existing framework in this context, and discusses its effects on the jurisdiction and administration.

Bu makalede özet olarak; zeytinliklerin korunması ve taşınması hususlarına ilişkin hukuki düzenlemeler ve gelişmeler ile beraber bu kapsamdaki mevcut çerçevenin yeterliliği değerlendirilmiş olup yargı ve idaredeki etkileri ele alınmıştır.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELELER

Olive Grove, Regulation, Protection.

Zeytinlik, Zeytin Sahası, Yönetmelik, Koruma.

I. INTRODUCTION

It has been revealed that the history of olives dates back to 12 thousand years, in the light of the studies that indicate the fossils found at that time were wild olive branches¹. However, although the homeland of the olive is known as South Asia, it has maintained its presence in history by being of great importance for many civilizations and geographies throughout history. Due to this importance, olives, olive oil and olive grove assets have been seen as a resource from history to present, and various studies have been carried out for their protection and development. The most significant of these endeavors is to legalize olive groves and provide a strong foundation for their protection. The concern to protect olives, olive oil and olive groves in our geography dates back to the Ottoman Empire. The Ottoman Empire included olive production among the productions for which tax reductions and investment incentives were provided, and in certain periods, olives and olive oil were included in the list of prohibited exports established by the decision of the Imperial Council². The legal protection and regulations in this direction have continued until today, and although certain conflicts and disputes have occurred, the regulations on the subject have continued to exist in law

I. GİRİŞ

Zeytinin tarihinin 12 bin yıl öncesine kadar uzandığı, yapılan çalışmalar ile o tarihlere dair ele geçen fosillerin yabancı zeytin dalları olduğunu belirten sonuçlar ışığında ortaya çıkmıştır¹. Bununla beraber zeytinin anavatanı Güney Ön Asya olarak bilinse de tarih boyunca birçok uygarlık ve coğrafya için yüksek önem arz ederek tarihteki varlığını sürdürmüştür. Bu öneme binaen zeytin, zeytinyağı ve zeytinlik varlıkları tarihten günümüze kadar bir kaynak niteliğinde görülmüş olup korunması ve geliştirilmesi için çeşitli çalışmalar mevcudiyet bulmuştur. Bu çalışmaların en önemlisi, zeytinliklerin hukuki bir çerçeveye alınmasıyla beraber özellikle korunma noktasında sağlam bir zemin oluşturulmasıdır. Bulduğumuz coğrafyada zeytin, zeytinyağı ve zeytinlikleri koruma endişesi Osmanlı Devleti'ne kadar dayanmaktadır. Osmanlı Devleti, zeytin üretimine, vergi indirimi ve yatırım destekleri yapılan üretimler arasında yer vermiş olup belirli dönemlerde zeytini ve zeytinyağını Divan-ı Hümayun kararı ile oluşturulan ihracı yasaklanan maddelerin listesine dahil etmiştir². Bu doğrultudaki çalışmalar ile hukuki koruma ve düzenlemeler günümüze kadar devam etmiş, belirli çatışmalar ve uyumsuzluklar oluşsa da konuya ilişkin düzenlemeler hukukta ve mevzuattaki varlığını sürdürmüş-



and legislation. Nowadays, the most controversial issues regarding the protection of olive groves are the relocation of olive groves and industrial operations, especially mining activities, near olive groves. As will be explained below, although regulations on the protection of olive groves continue to exist in the legislation, it is inevitable that the lack of an adequate and robust legal framework leads to uncertainties and divisions in judicial decisions. At this point, the integrity of legislation and court rulings, as well as the control of grove relocation and permissible activities close to clearly defined boundaries, are directly tied to the preservation of olive groves, olive production, and the observance of legal interests. This relationship will be analyzed from different perspectives, including the existence of olive groves in the legislation, the change of the legislation, and the effects on the judiciary and the administration due to legal deficiencies in the protection and relocation of olive groves.

tür. Günümüzde gelineen noktada zeytinliklerin korunmasıyla ilgili en büyük tartışma yaratan hususlar, zeytinliklerin taşınması ve zeytinlik yakınlarında madencilik faaliyetleri başta olmak üzere endüstriyel işlemler yapılmasıdır. Aşağıda da açıklanacağı üzere zeytinliklerin korunmasına ilişkin düzenlemeler mevzuatta varlığını sürdürse de yeterli ve sağlam bir hukuki çerçevenin noksanlığı sebebiyle belirsizlikler ve yargı kararlarında bölünmeler doğurması kaçınılmazdır. Bu noktada zeytinlik ve zeytin üretimine zarar gelmemesi ile hukuki yarar gözetilmesi gerek mevzuat gerek yargı kararlarının bütünlük arz etmesine bağlı olmakla beraber zeytinliklerin taşınması ve zeytinlik yakınlarında gerçekleştirilebilecek faaliyetlerin net sınırlarla düzenlenmesiyle doğrudan ilişkilidir. Söz konusu ilişki; zeytinliklerin mevzuattaki mevcudiyeti, değişimi ve zeytinliklerin korunması ile taşınması kapsamındaki hukuki noksanlık nedeniyle yargı ve idarede oluşan etkiler olmak üzere farklı perspektiflerden incelenecektir.

DİPNOT

¹ Artun Ünsal, Ölmez Ağacın Peşinde-Türkiye'de Zeytin ve Zeytinyağı, 8. Baskı, İstanbul, 2011, p. 13.

² Filiz Çolak, "Osmanlı Devleti'nin Son Yıllarında Anadolu'da Zeytin ve Zeytinyağı Üretim ve İhracatı (1908-1922)" Akademik Tarih ve Düşünce Dergisi, S. 2, Haziran 2021, s. 627-650.

FOOTNOTE

¹ Artun Ünsal, Ölmez Ağacın Peşinde-Türkiye'de Zeytin ve Zeytinyağı, 8. Baskı, İstanbul, 2011, p. 13.

² Filiz Çolak, "Osmanlı Devleti'nin Son Yıllarında Anadolu'da Zeytin ve Zeytinyağı Üretim ve İhracatı (1908-1922)" Akademik Tarih ve Düşünce Dergisi, S. 2, Haziran 2021, p. 627-650.

PART 1

II. THE EXISTENCE AND EVOLUTION OF OLIVE GROVES IN THE LEGISLATION

A. Enactment and Amendments to the Olive Code

The desire for legal protection for olive cultivation and olive groves has been seen as an important issue since the early years of the Republic of Türkiye. The first legal step was taken in 1927 with the enactment of the "Draft of the Olive Groves Code". Currently, the olive tree is under legal protection in Turkey with the Law No. 3573 on the Improvement of Olive Groves and Grafting of Wild Olives³ ("Olive Code")⁴. The Olive Code is the only law in Turkey and in the world to protect a tree⁵.

The Olive Code entered into force in 1939 and was amended in 1995 and 2008. From 2002 to 2021, seven legislative proposals were submitted to amend the Olive Law, but none were adopted due to public pressure⁶.

Although the articles of the Olive Code other than Articles 14, 17 and 20 are not applicable in practice, they are important. Article 14 was included in both the 1995 and 2008 amendments to the Olive Code. In the 1995 amendment, the prohibition on the construction of corrals in olive groves was revised to be at least 1 kilometer away from olive groves, thus expanding the protection of olive groves from animals. In 2008, imprisonment was added to the judicial fine provision, aiming for a more deterrent framework for the protection of olive groves.

The current version of Article 14 is as follows:

"Article 14 - (Amended: 28/2/1995-4086/3 Art.)⁷

Except in residential areas, it is illegal to build sheep and goat pens at least one kilometer away from olive groves and to bring any kind of animal into them.

However, animals used for ploughing and transportation are permitted, provided that they are muzzled. (Amended third paragraph: 23/1/2008-5728/97 Art.)

II. ZEYTİNLİKLERİN MEVZUATTAKİ MEVCUDİYETİ VE DEĞİŞİMİ

A. Zeytin Kanunu'nun Yürürlüğü ve Değişiklikleri

Zeytincilik ve zeytinlikler için hukuki koruma arzusu Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk yıllarından itibaren önemli bir mesele olarak görülmüştür. İlk olarak 1927 yılında "Zeytincilik Kanunu Layihası" çıkartılarak, zeytincilikle ilgili hukuki adım atılmıştır. Güncel durumda ise zeytin ağacı Türkiye'de 3573 Sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanun ("Zeytin Kanunu")³ ile hukuki koruma altına alınmıştır⁴. Zeytin Kanunu, ülkemizde ve dünyada bir ağacı koruma amacıyla oluşturulan tek kanun özelliğini taşımaktadır⁵.

Zeytin Kanunu 1939 tarihinde yürürlüğe girmiş olup 1995 ve 2008 yıllarında değişikliklere uğramıştır. 2002 yılından 2021 yılına kadar Zeytin Kanunu'nun değişikliği hakkında yedi kanun teklifi sunulmasına rağmen kamuoyu baskısı nedeniyle hiçbiri kabul edilmemiştir⁶.

Zeytin Kanunu'nun 14., 17. ve 20. maddeleri dışındaki maddeler pratikte uygulama alanı bulamıyor olsa da sayılan maddeler önem arz etmektedir. Zeytin Kanunu nezdinde 1995 ve 2008 yıllarında yapılan değişikliklerin her ikisinde de 14. madde değişiklik kapsamına girmiştir. 1995 yılındaki değişiklikte, zeytin sahalarında ağıl yapılması yasağı en az 1 kilometre uzağında yapılması olarak revize edilerek zeytinliklerin hayvanlardan koruma yönelimi genişletilmiştir. 2008 yılında ise, adli para cezası hükmüne hapis cezası da eklenmiş olup zeytinlikleri koruma kapsamında daha caydırıcı bir çerçeve hedeflenmiştir.

14. madde güncel olarak aşağıdaki şekildedir:

"Madde 14 - (Değişik: 28/2/1995-4086/3 md.)⁷

Zeytinliklere her çeşit hayvan sokulması, yerleşim sahaları hariç, zeytin sahalarına en az bir kilometre yakınlıkta koyun ve keçi ağılı yapılması yasaktır.

(Amended third paragraph: 23/1/2008-5728/97 Art.) Those who violate this provision shall be sentenced to imprisonment up to three months or a judicial fine upon the complaint of the injured party.

Minutes issued by those who are obliged to protect farmers' property shall be valid until proven otherwise".

Article 17 has been amended to make the regulations more comprehensive. This article aims to improve olive cultivation, identify new olive planting areas, encourage the planting and cultivation of olives, increase yields, combat diseases and pests, and provide the necessary facilities in the manufacture and importation of tools and equipment to reduce costs in obtaining products⁸. In addition, steps were taken to establish unions to combat olive diseases and pests⁹. This amendment stipulates that the establishment of unions will be regulated by a regulation that is to be prepared by the Ministry of Agriculture and Forestry¹⁰ and that producers who do not take care of their olive groves in accordance with the rules in the regulation will be subject to an administrative fine of ten Turkish Liras per tree.

The current version of Article 17 is as follows:

"Article 17 - (Amended: 28/2/1995-4086/4 Art.)¹¹

The State shall provide the necessary facilities for the improvement of olive cultivation, the determination of new olive planting areas, the encouragement of olive planting and cultivation, the increase of yield, the fight against diseases and pests, and the manufacture and importation of tools and equipment to reduce costs in obtaining products.

In the provinces or districts of olive grove regions, unions shall be established in accordance with the provisions of Code No. 1580 for the purpose of combating olive diseases and pests. In the struggle against pests, the State shall provide the necessary tools, equipment and financial resources to the unions and sufficient personnel shall be assigned by the Ministry of Agriculture and Rural Affairs¹². After the product is obtained, the producer shall pay the control costs corresponding to the share to be determined by the union. This share shall be collected by the union from the producer who fails to pay in accordance with

Ancak çift sürme ve nakliyatta kullanılan hayvanlara ağızlık takılması şartıyla müsaade edilir.

(Değişik üçüncü fıkra: 23/1/2008-5728/97 md.) Bu hükme aykırı hareket edenler hakkında zarar görenin şikâyeti üzerine üç aya kadar hapis veya adli para cezasına hükmlenir.

Çiftçi mallarını korumakla yükümlü bulunanlarca düzenlenen tutanaklar aksi sabit olun-caya kadar geçerlidir."

17. maddede yapılan değişiklikler ile ise düzenlemeler daha kapsamlı bir hale getirilmiştir. Bu madde hükmü ile zeytinciliğin Islahı, yeni zeytin dikim alanlarının tespiti, zeytin dikim ve yetiştirilmesinin teşviki ile verimin artırılması, hastalık ve zararlılarla mücadele ile ürün elde etmekte masrafları azaltıcı araç ve gereçlerin imal ve ithalinde gerekli kolaylıkları sağlama konusunda devlet eli ile ilerlemeler hedeflenmiştir⁸. Ek olarak zeytin hastalık ve zararlıları ile mücadele amacı için birliklerin kurulmasında adım atılmıştır⁹. Bu değişiklik kapsamında Tarım ve Orman Bakanlığı¹⁰ tarafından hazırlanacak yönetmelik ile birliklerin kurulmasının tertip edileceği ve yönetmelikteki kurallar ışığında zeytinliklerine bakmayan üreticiye ağaç başına on Türk Lirası idari para cezası verileceği hükümlenmiştir.

17. maddenin güncel hali aşağıdaki gibidir:

"Madde 17 - (Değişik: 28/2/1995-4086/4 md.)¹¹

Devlet, zeytinciliğin Islahı, yeni zeytin dikim alanlarının tespiti, zeytin dikim ve yetiştirilmesinin teşviki ile verimin artırılması, hastalık ve zararlılarla mücadele ile ürün elde etmekte masrafları azaltıcı araç ve gereçlerin imal ve ithalinde gerekli kolaylıkları sağlar.

Zeytinlik bölgelerin il veya ilçelerinde zeytin hastalık ve zararlıları ile mücadele amacı ile 1580 sayılı Kanun hükümleri dairesinde birlikler kurulur. Zararlılarla mücadelede Devlet birliklere gerekli araç, gereç ve finans kaynaklarını sağlar ve bu konuda Tarım ve Köy İşleri Bakanlığınca¹² yeterli eleman görevlendirilir. Ürünün elde edilmesinden sonra üretici, birlikçe tespit edilecek payına isabet eden mücadeleye giderini öder. Ödemeyen üreticiden amme alacağının tahsiline dair usul ve esaslarla bu pay birlikçe tahsil edilir.

DİPNOT

³ 07.02.1939 tarih, 4126 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 3573 sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanun (Zeytin Kanunu).

⁴ Aziz Orhan Çimen, "Zeytin Hukuku", 2021.

⁵ Çimen, "Zeytin Hukuku", 2021.

⁶ Mustafa Topaloğlu, "Madencilik Sektörü Açısından Zeytinliklerle İlgili Hukuki Gelişmeler", 2022.

⁷ Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanun m. 14.

⁸ Çimen, "Zeytin Hukuku", 2021.

⁹ Çimen, "Zeytin Hukuku", 2021.

¹⁰ Kanunda yer verilen T.C. Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı 10.07.2018 tarihinden beri T.C. Tarım ve Orman Bakanlığı olarak anılmaktadır. Kısaca "Bakanlık" diye bahsedilecektir.

¹¹ Zeytinciliğin Islahı Ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanun m. 17.

¹² T.C. Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı 10.07.2018 tarihinden beri T.C. Tarım ve Orman Bakanlığı olarak anılmaktadır.

FOOTNOTE

³ Law No. 3573 on the Improvement of Olive Groves and Grafting of Wild Olives, which entered into force after being published in the Official Gazette dated 7/02/1939 and numbered 4126.

⁴ Aziz Orhan Çimen, "Zeytin Hukuku", 2021.

⁵ Çimen, "Zeytin Hukuku", 2021.

⁶ Mustafa Topaloğlu, "Madencilik Sektörü Açısından Zeytinliklerle İlgili Hukuki Gelişmeler", 2022.

⁷ Law on the Breeding and Grafting of Olive Groves Art. 14.

⁸ Çimen, "Zeytin Hukuku", 2021.

⁹ Çimen, "Zeytin Hukuku", 2021.

¹⁰ The Ministry of Agriculture and Rural Affairs has been referred to as the Ministry of Agriculture and Forestry since 10.07.2018. It will be referred to as "Ministry" for short.

¹¹ Law on the Breeding and Grafting of Olive Groves Art. 17.

¹² The Ministry of Agriculture and Rural Affairs has been referred to as the Ministry of Agriculture and Forestry since 10.07.2018.

PART 1

the procedures and principles regarding the collection of public receivables.

(Amended third paragraph: 23/1/2008-5728/98 Art.) The establishment and working principles of the unions to be established in accordance with the above paragraph and the maintenance of olive groves shall be determined by a regulation to be prepared by the Ministry of Agriculture and Rural Affairs within three months. Producers who do not take care of their olive groves according to these rules to be determined shall be imposed an administrative fine of ten Turkish Liras per tree.”

Article 20 of the Olive Code, which is the most important and most frequently raised in practice, has been the subject of further debate with the amendments it underwent in 1995 and 2008. The current version of Article 20 is as follows:

“Article 20 - (Amended: 28/2/1995-4086/5 Art.)¹³

Within the olive grove areas and at least 3 kilometers away from these areas, except for olive oil factories, no facility that emits chemical wastes, dust and smoke that will prevent the vegetative and generative development of olive groves may be built and operated. The construction and operation of olive oil factories and small-scale agricultural industrial enterprises in these areas shall be subject to the permission of the Ministry of Agriculture and Rural Affairs.

(Amended second paragraph: 23/1/2008-5728/99 Art.) Olive groves cannot be reduced. However, in the event that olive grove areas within municipal boundaries are included within the scope of zoning boundaries, total construction including infrastructure and social facilities may not exceed 10% of the olive grove area.

The removal of olive trees in these areas is subject to the permission of the Ministry of Agriculture and Rural Affairs based on scientific grounds. In granting this permission, the appropriate opinion of the research institutes affiliated to the Ministry of Agriculture and Rural Affairs and the local agricultural chamber, if any, shall be taken. Even in this case, olive trees may not be cut or uprooted unless absolutely necessary. Those who cut or remove olive trees without permission shall be im-

(Değişik üçüncü fıkra: 23/1/2008-5728/98 md.) Yukarıdaki fıkra gereğince kurulacak birliklerin kuruluş ve çalışma esasları ile zeytinliklerin bakımı Tarım ve Köyişleri Bakanlığınca üç ay içinde hazırlanacak yönetmelikle belirlenir. Belirlenecek bu kurallara göre zeytinliklerine bakmayan üreticiye ağaç başına on Türk Lirası idarî para cezası verilir.”

Zeytin Kanunu'nun uygulamada en çok gündeme gelen ve en önemli olan 20. maddesi, 1995 ve 2008 yıllarında uğradığı değişiklikler ile daha fazla tartışma konusu olmuştur. 20. maddenin güncel hali aşağıdaki şekildedir:

“Madde 20 - (Değişik: 28/2/1995-4086/5 md.)¹³

Zeytinlik sahaları içinde ve bu sahalara en az 3 kilometre mesafede zeytinyağı fabrikası hariç zeytinliklerin vegatatif ve generatif gelişmesine mani olacak kimyevi atık bırakan, toz ve duman çıkaran tesis yapılamaz ve işletilemez. Bu alanlarda yapılacak zeytinyağı fabrikaları ile küçük ölçekli tarımsal sanayi işletmeleri yapımı ve işletilmesi Tarım ve Köyişleri Bakanlığının iznine bağlıdır.

(Değişik ikinci fıkra: 23/1/2008-5728/99 md.) Zeytincilik sahaları daraltılamaz. Ancak, belediye sınırları içinde bulunan zeytinlik sahalarının imar hudutları kapsamı içine alınması hâlinde altyapı ve sosyal tesisler dahil toplam yapılaşma, zeytinlik alanının %10'unu geçemez.

Bu sahalardaki zeytin ağaçlarının sökülmesi Tarım ve Köyişleri Bakanlığının fenni gerekçeye dayalı iznine tabidir. Bu iznin verilmesinde, Tarım ve Köyişleri Bakanlığına bağlı araştırma enstitülerinin ve mahallinde varsa ziraat odasının uygun görüşü alınır. Bu hâlde dahi kesin zaruret görülmeyen zeytin ağacı kesilemez ve sökülemez. İzinsiz kesenler veya sökenlere ağaç başına altmış Türk Lirası idarî para cezası verilir.

Bu Kanunun yayımından önce zeytinlik alanlarına ilişkin kesinleşmiş imar planları geçerlidir.”

Maddenin önceki halinde Bakanlık izninin gerektiği husus zeytin sahalarında sadece yağhane ve fabrika yapımı iken, 1995'teki değişiklik ile koruma kapsamı artırılıp zeytinlik sahalarına en az 3 kilometre mesafede zeytinliklerin vegatatif ve generatif gelişme-

posed an administrative fine of sixty Turkish Liras per tree.

The zoning plans finalized for olive grove areas before the publication of this Law are valid.”

While in the previous version of the article, only the construction of oil mills and factories in olive groves required the permission of the Ministry, the 1995 amendment increased the scope of protection and prohibited the construction and operation of facilities that emit chemical wastes, dust and smoke that would prevent the vegetative and generative development of olive groves at least 3 kilometers from olive groves¹⁴. The 2008 amendment stated that the overall development, including social and infrastructural facilities, could not exceed 10% of the total construction, unless olive trees inside municipal boundaries were included within the zoning boundaries. Finally, the provision that the uprooting of olive trees is subject to the permission of the Ministry based on scientific grounds and that an administrative fine per tree will be imposed in case of unauthorized cutting or uprooting of olive trees is intended to strengthen the scope and deterrent feature of the protection.

B. Regulation on the Breeding and Grafting of Olive Groves

Within the legal framework of olive groves, the Regulation on the Breeding of Olive Groves and Grafting of Wild Olive Groves¹⁵ (“Regulation”), which is regulated pursuant to Article 17 of the Olive Code as explained above, is of particular importance. As stated in Article 1, the Regulation aims to “...ensure the establishment of olive groves in ecologically suitable regions and areas suitable for olive cultivation, to increase the quantity and quality of the product in existing olive groves, to reduce costs, to increase the yield per unit area, to provide the necessary technical, economic, commercial and social measures and organizations in order to adapt the technological structure of olive oil and table olive enterprises to the current conditions...”.

In 2012, Article 23 of the Regulation was amended and the definition of olive grove area was added to Article 4 on Definitions. With this amendment, the definition of olive grove area and exceptions regarding olive

sine engel olacak kimyevi atık bırakan, toz ve duman çıkaran tesis yapılması ve işletilmesinin yasaklanması hüküm altına alınmıştır¹⁴. 2008'deki değişiklikte ise, ancak belediye sınırları içindeki zeytin sahalarının imar hudutları kapsamı içine alınması hâlinde altyapı ve sosyal tesisler dahil toplam yapılaşmanın %10'unu geçemeyeceği kararlaştırılmıştır. Son olarak, zeytin ağaçlarının sökülmesinin Bakanlık'ın fenni gerekçeye dayalı iznine tabi kılınması ve zeytin ağaçlarının izinsiz kesilmesi veya sökülmesi halinde ağaç başına idarî para cezası verilmesi hükmü ile korumanın kapsamının ve caydırıcı özelliğinin güçlendirilmesi amaçlanmıştır.

B. Zeytinciliğin Islahı Yabancılarının Aşılattırılmasına Dair Yönetmelik

Zeytinliklerin hukuki çerçevesi kapsamında Zeytin Kanunu'nun yukarıda da açıklanmış olan 17. maddesine istinaden düzenlenen Zeytinciliğin Islahı Yabancılarının Aşılattırılmasına Dair Yönetmelik¹⁵ de (“Yönetmelik”) ayrıca bir önem taşımaktadır. Yönetmelik ile amaçlanan hususlar 1. maddesinde de belirtildiği üzere, “...ekolojik yönden uygun bölgelerde ve zeytin yetiştiriciliğine elverişli sahalarda zeytinlik kurulmasını sağlamak, mevcut zeytinliklerde ürünün miktar ve kalitesini yükseltmek ve maliyeti düşürmek, birim alandaki verimi artırmak, zeytinyağı ve sofralık zeytin işletmelerindeki teknolojik yapıyı günün koşullarına uygun hale getirmek üzere gerekli teknik, ekonomik, ticari ve sosyal tedbir ve organizasyonları sağlamak...” temeli üzerine kurulmuştur.

2012 yılında Yönetmeliğin 23. maddesi değiştirilmiş ve Tanımlar başlıklı 4. maddesine zeytinlik saha tanımı eklenmiştir. Yapılan değişiklikte, zeytinlik sahası tanımı ve zeytin

DİPNOT

¹³ Zeytinciliğin Islahı ve Yabancılarının Aşılattırılmasına Hakkında Kanun m. 20.

¹⁴ Çimen, “Zeytin Hukuku”, 2021.

¹⁵ Zeytinciliğin Islahı Yabancılarının Aşılattırılmasına Dair Yönetmelik, 03/04/1996 tarih, 22600 sayılı Resmî Gazete.

FOOTNOTE

¹³ Law on the Breeding and Grafting of Olive Groves Art. 20.

¹⁴ Çimen, “Zeytin Hukuku”, 2021.

¹⁵ Regulation on the Breeding and Grafting of Olive Groves, Official Gazette dated 03/04/1996 and numbered 22600.

PART 1

trees were regulated for the first time and added to the legislation.

In this respect, although the Olive Code does not allow the narrowing of olive grove areas, cutting and/ or uprooting of olive trees, the scope of the term olive grove is not clearly regulated under the law. In this regard, the Regulation stipulates that the prohibition in question will only apply to the parts defined as "olive grove areas" under the Olive Groves Regulation. Accordingly, Article 4 of the Regulation, titled "Definitions", defines "Olive Grove Area" as "an area of at least 25 decares, consisting of wild olive groves, pistachio and carob groves and all kinds of mastic varieties or areas registered as such in the title deed, which are outside the borders of forests and are under the control and disposal of the State, and maquis and heathlands suitable for olive cultivation, which are outside the borders of forests but are not covered by the Code on Supporting the Development of Forest Villagers dated 17/10/1983 and numbered 2924". Due to this definition, areas of less than 25 decares are no longer considered as olive groves and the scope of legal protection of olive groves has become weaker and more limited.

Article 23 of the Regulation reads, "No facilities that emit chemical wastes, dust and smoke that may prevent the vegetative growth and reproduction of olive trees may be built and operated within olive grove areas and at least three kilometers away from these areas. The construction and operation of olive oil factories and small-scale agricul-

ağaçlarına ilişkin istisnalar ilk kez düzenlenmiş olup mevzuata eklenmiştir.

Bu doğrultuda, her ne kadar Kanun; zeytinlik sahalarının daraltılması, zeytin ağaçlarının kesilmesi ve/ veya sökülmesine izin vermiyor olsa da Kanun nezdinde zeytinlik ifadesinin kapsamı net bir şekilde düzenlenmemiştir. Bu minvalde, Yönetmelik nezdinde söz konusu yasağın, yalnızca Zeytinlik Yönetmeliği tahtında "zeytinlik sahası" olarak tanımlanan kısımlar için geçerli olacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre; Yönetmelik'in "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde "Zeytinlik Sahası", "Orman sınırları dışında bulunan ve Devletin hüküm ve tasarrufunda olan yabancı zeytinlik, antepfıstığı ve harnupluklar ve her nevi sakız çeşitleri veya şahıs arazisi olan tapuda bu şekilde kayıtlı sahalara ile orman sınırları dışında olup da 17/10/1983 tarihli ve 2924 sayılı Orman Köylülerinin Kalkınmalarının Desteklenmesi Hakkında Kanun kapsamında bulunmayan zeytin yetiştirmeye elverişli makilik ve fundalıklardan oluşan en az 25 dekarlık alan" olarak tanımlanmıştır. Bu tanım sebebiyle 25 dekardan küçük olan alanların zeytinlik sayılmamasının yolu açılmış olup zeytinliklerin hukuki koruma kapsamı daha zayıf ve sınırlı hale gelmiştir.

Yönetmelik'in 23. maddesi ise, "Zeytinlik sahaları içinde ve bu sahalara en az üç kilometre mesafede zeytin ağaçlarının bitkisel gelişimini ve çoğalmalarını engelleyecek kimyevi atık, toz ve duman çıkaran tesis yapılamaz ve işletilemez. Bu alanlarda yapılacak zeytinyağı fabrikaları ile küçük ölçekli tarımsal işletmelerin yapımı ve işletilmesi



FOOTNOTE

16 Danıştay, B. D., T. 19.2.2015, E. 2012/6113, K. 2015/998.

tural enterprises in these areas depends on the permission of the Ministry of Food, Agriculture and Livestock. However; if there is no alternative area, if it is in compliance with the Environmental Impact Assessment Report (EIA), and if it is determined by the Ministry's research institutes or universities that it will not harm the vegetative and generative development of plants as follows:

a) Geothermal-based technological greenhouse investments,

b) Plans and investments for which a public benefit decision has been taken by the Ministries (Amended phrase: OG-12/4/2012-28262),

c) Electricity generation facilities based on renewable energy sources,

ç) Mining activities, petroleum and natural gas exploration and operation activities for which a public benefit decision has been taken by the relevant Ministry (Amended phrase: OG-12/4/2012-28262),

d) For strategic needs for defense, those who wish to engage in the above-mentioned activities apply to the highest local authority with documents approved by the relevant Ministries. The applicant shall establish an olive orchard in the area to be deemed appropriate by the provincial/district directorate of equivalent size in accordance with the planting norms and on the condition of taking measures to prevent the damages determined by the EIA report that may occur in the environment."

The regulation in question was subject to an annulment lawsuit and as a result of the trial, the 8th Chamber of the Council of State, with its decision¹⁶ dated 19.02.2015, annulled the entire definition of "Olive Grove Area" in Article 4 of the Regulation, as well as the remaining part of Article 23, except for the sentence "No facility that emits chemical wastes, dust and smoke that will prevent the vegetative growth and reproduction of olive trees within olive grove areas and at least three kilometers from these areas may be built and operated."

Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'nın iznine bağlıdır. Ancak; alternatif alan bulunmaması ve Çevresel Etki Değerlendirme Raporu (ÇED)'na uygun olması, bitkilerin vegetatif ve generatif gelişimine zarar vermeyeceği Bakanlık araştırma enstitüleri veya üniversiteler tarafından belirlenmesi durumunda;

a) Jeotermal kaynaklı teknolojik sera yatırımları,

b) Bakanlıklarca (Değişik ibare: RG-12/4/2012-28262) kamu yararı kararı alınmış plan ve yatırımlar,

c) Yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı elektrik üretim tesisleri,

ç) İlgili Bakanlıkça (Değişik ibare:RG-12/4/2012-28262) kamu yararı kararı alınmış madencilik faaliyetleri petrol ve doğal gaz arama ve işletme faaliyetleri,

d) Savunmaya yönelik stratejik ihtiyaçlar için, yukarıda belirtilen faaliyetlerde bulunmak isteyenler, ilgili Bakanlıkların onaylı belgeleri ile mahallin en büyük mülki amirine başvurur. Müracaat sahibi, çevrede oluşabilecek ÇED raporu ile belirlenmiş zararları önleyecek tedbirleri almak koşulu ve dikim normlarına uygun, eşdeğer büyüklükte il/ilçe müdürlüğünce uygun görülecek alanda zeytin bahçesi tesis eder" olarak düzenlenmiştir.

Söz konusu düzenleme iptal davasına konu olmuş ve yapılan yargılama neticesinde Danıştay 8. Dairesi 19.02.2015 tarihli kararı¹⁶ ile Yönetmelik'in 4. maddesinde yer alan "Zeytin Sahası" tanımının tamamı ile birlikte; 23. maddesindeki "Zeytinlik sahaları içinde ve bu sahalara en az üç kilometre mesafede zeytin ağaçlarının bitkisel gelişimini ve çoğalmalarını engelleyecek kimyevi atık, toz ve duman çıkaran tesis yapılamaz ve işletilemez" cümlesi dışında kalan kısmı iptal edilmiştir.

DİPNOT

16 Danıştay, B. D., T. 19.2.2015, E. 2012/6113, K. 2015/998.

PART 1

C. Amendment to the Mining Regulation on the Relocation of Olive Trees

In addition to the aforementioned legislation regarding olive cultivation activities, Article 115 of the Mining Regulation¹⁷ published in the Official Gazette dated 21.09.2017 and numbered 30187 by the Republic of Turkey Ministry of Energy and Natural Resources was amended by the Regulation Amending the Mining Regulation¹⁸ ("Amendment Regulation") published in the Official Gazette dated 01/03/2022 and numbered 31765 in order to enable industrial activities to be carried out in olive grove areas.

The following paragraph has been added to Article 115 of the relevant Mining Regulation.

"In the event that the mining activities carried out to meet the electricity needs of the country coincide with the areas registered as olive groves in the title deed and it is not possible to carry out the activities in other areas, the Ministry may be permitted, taking into account the public interest, to move the part of the olive site where the mining activity will be carried out, to carry out mining activities in the site and to build temporary facilities related to these activities within the work schedule determined by the General Directorate, provided that the person who will carry out the mining activity undertakes to rehabilitate and restore the site at the end of the activities. In cases where it is not possible to relocate the olive field, in order to be permitted by the Ministry to carry out mining activities on the site and to construct temporary facilities related to these activities, taking into account the public interest, the person who will carry out mining activities must undertake to rehabilitate and restore the site at the end of the mining activities and to establish an olive orchard in accordance with the planting norms in the area to be deemed appropriate by the Ministry of Agriculture and Forestry, which is equivalent in size to the site where the activity will be carried out. Within the scope of this paragraph, the person in whose favor the decision is taken to carry out mining activities is responsible for all costs related to the relocation of the olive field and all claims arising from the relocation of the olive field. The procedures and principles regarding the relocation of the olive field within the scope of this paragraph shall be determined by the Ministry with the approval of the Ministry of Agriculture and Forestry, and the procedures and principles

C. Madencilik Yönetmeliğindeki Zeytin Ağaçlarının Taşınmasına Yönelik Değişiklik

Zeytincilik faaliyetine ilişkin bahse konu mevzuatın yanı sıra, zeytinlik vasfını haiz sahalarda endüstriyel faaliyetlerin gerçekleştirilebilmesi maksadı ile T.C. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından, 21.09.2017 tarihi ve 30187 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Maden Yönetmeliği'nin¹⁷ 115. maddesi, 01.03.2022 tarihli 31765 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Maden Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ("Değişiklik Yönetmeliği")¹⁸ ile değiştirilmiştir.

İlgili Maden Yönetmeliği'nin 115. maddesine,

"Ülkenin elektrik ihtiyacını karşılamak üzere yürütülen madencilik faaliyetlerinin tapuda zeytinlik olarak kayıtlı olan alanlara denk gelmesi ve faaliyetlerin başka alanlarda yürütülmesinin mümkün olmaması durumunda madencilik faaliyeti yürütecek kişinin faaliyetlerin bitiminde sahayı rehabilite ederek eski hale getireceğini taahhüt etmesi şartıyla Genel Müdürlük tarafından belirlenen çalışma takvimi içerisinde zeytin sahasının madencilik faaliyeti yürütülecek kısmının taşınmasına, sahada madencilik faaliyetleri yürütülmesine ve bu faaliyetlere ilişkin geçici tesisler inşa edilmesine kamu yararı dikkate alınarak Bakanlıkça izin verilebilir. Zeytin sahasının taşınmasının mümkün olmadığı durumlarda sahada madencilik faaliyetleri yürütülmesine ve bu faaliyetlere ilişkin geçici tesisler inşa edilmesine kamu yararı dikkate alınarak Bakanlıkça izin verilebilmesi için madencilik faaliyeti yürütecek kişinin madencilik faaliyetleri bitiminde sahayı rehabilite ederek eski hale getireceğini ve Tarım ve Orman Bakanlığınca uygun görülecek alanda dikim normlarına uygun, faaliyet yürütülecek saha ile eşdeğer büyüklükte zeytin bahçesi tesis edeceğini taahhüt etmesi zorunludur. Bu fıkra kapsamında zeytin sahasının taşınmasına ilişkin tüm masraflardan ve zeytin sahasının taşınmasından kaynaklanan tüm taleplerden madencilik faaliyeti yürütmesi yönünde lehine karar verilen kişi sorumludur. Bu fıkra kapsamında zeytin sahasının taşınmasına ilişkin usul ve esaslar Tarım ve Orman Bakanlığının uygun görüşü alınarak Bakanlıkça, zeytin bahçesi tesis edilmesine ilişkin usul ve esaslar Tarım ve Orman Bakanlığınca belirlenir." fıkrası eklenmiştir.

regarding the establishment of olive groves shall be determined by the Ministry of Agriculture and Forestry."

In this respect, with the provision added to the Mining Regulation by the Amendment Regulation, it has been made possible to carry out industrial activities in olive grove areas on the condition that the site is rehabilitated following the end of the activity and that the olive trees uprooted from the site are committed to be planted in the place to be shown by the Ministry.

However, in the period following its publication in the Official Gazette, the Amendment Regulation, like the Regulation, was the subject of an annulment lawsuit and accordingly, the 8th Chamber of the Council of State suspended the execution of the Amendment Regulation. Subsequently, the Mining Regulation was completely amended with the amendment published in the Official Gazette dated 11.12.2022 and numbered 32040, and the new regulation did not include any new provision in line with the provision subject to the annulment lawsuit.

III. THE EFFECTS OF LEGAL DEFICIENCIES IN THE PROTECTION AND RELOCATION OF OLIVE GROVES ON THE JUDICIARY AND THE ADMINISTRATION

As a result of the legislative uncertainty caused by the annulment by the Council of State of the definition of the olive grove area and the exceptions regarding the relocation of olive trees, which were added to the legislation by the Regulation mentioned in the previous section, different decisions have been made by the courts on the subject.

In the decisions of the 1st Civil Chamber of the Court of Cassation on the subject;

In a 2018 decision¹⁹, *"It is clear that the provisions of the Code No. 3573 on the Reclamation of Olive Groves and Grafting of Wild Olives" cannot be applied in the concrete case since the immovable property numbered 204 parcel of land subject to the dispute is a field according to the title deed record."*

Bu itibarla, Değişiklik Yönetmeliği ile Maden Yönetmeliği'ne eklenen hüküm ile zeytinlik niteliğini haiz sahalarda; faaliyetin sona ermesini müteakip sahanın rehabilite edilmesi, sahadan sökülen zeytin ağaçlarının, Bakanlık'ın göstereceği yere ekileceğinin taahhüt edilmesi koşulu ile zeytinlik vasfını havi sahalarda endüstriyel faaliyetlerin gerçekleştirilmesi mümkün hale getirilmiştir.

Buna karşın, Resmi Gazete'de yayınlanmasını takip eden süreçte Değişiklik Yönetmeliği de tıpkı Yönetmelik gibi iptal davasına konu olmuş ve bu doğrultuda, Danıştay 8. Dairesi, Değişiklik Yönetmeliği'nin yürütmesini durdurmuştur. Bunu takip eden süreçte ise Maden Yönetmeliği, 11.12.2022 tarih ve 32040 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan değişiklikle tümüyle değiştirilmiş ve yeni yönetmelik kapsamında iptal davasına konu hükümler paralellik teşkil eden yeni bir hükme yer verilmemiştir.

III. ZEYTİNLİKLERİN KORUNMASI VE TAŞINMASINA İLİŞKİN HUKUKİ NOKSANLIĞIN YARGIYA VE İDAREYE ETKİLERİ

Bir önceki bölümde bahsedilmiş olan Yönetmelik ile mevzuata eklenen zeytinlik sahası tanımı ve zeytin ağaçlarının taşınmasına ilişkin istisnaların Danıştay tarafından iptal edilmesiyle oluşan mevzuatsal belirsizlik neticesinde mahkemelerce konuyla ilgili farklı kararlar verilmiştir.

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin konuya ilişkin kararlarında;

2018 yılında konuya ilişkin verilen bir kararda¹⁹, *"O halde, çekişme konusu 204 parsel sayılı taşınmazın tapu kaydına göre tarla vasfında olması nedeniyle "3573 sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılmasına Hakkındaki Yasa" hükümlerinin somut olayda uygulanmayacağı açıktır."*

FOOTNOTE

¹⁷ Mining Regulation, Official Gazette dated 21.09.2017 and numbered 30187.

¹⁸ Regulation Amending the Mining Regulation, Official Gazette dated 01.03.2022 and numbered 31765.

¹⁹ Yargıtay 1. HD., T. 05.02.2018, E. 2018/375, K. 2018/772.

DİPNOT

¹⁷ Maden Yönetmeliği, 21.09.2017 tarih, 30187 sayılı Resmi Gazete.

¹⁸ Maden Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, 01.03.2022 tarih, 31765 sayılı Resmi Gazete.

¹⁹ Yargıtay 1. HD., T. 05.02.2018, E. 2018/375, K. 2018/772.

PART 1

In a 2017 decision²⁰, “The removal of olive trees is subject to certain procedures and principles in accordance with the Code No. 3573 on the Reclamation of Olive Groves and Grafting of Wild Olive Trees. However, the immovable subject to the dispute does not qualify as an olive grove and there is no legal possibility to apply the aforementioned law here.”

In another 2007 decision²¹, it was stated that “The provision mentioned in Article 20 of Code No. 3573, as amended by Article 5 of Code No. 4086, regarding the olive grove areas that cannot be reduced and that the removal of olive trees is subject to permission, is related to the places that are determined and declared as olive grove areas in accordance with Article 2 of the same law (Code No. 3573).”

On the other hand, in the decisions of the 8th Civil Chamber of the Court of Cassation on the subject;

In a decision rendered in 2019²², “Although the court, with the acceptance of the lawsuit, decided to ban the intervention as well as to remove the olive trees planted by the defendants on the 97 parcel, as it is known, it is necessary to make an evaluation within the framework of Article 20 of the Code No. 3573 on the Breeding of Olive Groves and Grafting of Wild Olives, which was amended by Article 99 of the Code No. 5728 dated 23. Article 20 of the Code No. 3573 on the Breeding of Olive Groves and Grafting of Wild Ones, which was amended by Article 99 of the Code No. 5728 dated 1.1.2008 and dated 23.1.2008, and then a decision should be made on the stay request, it was not deemed correct to rule for the stay of the olive trees by ignoring this issue.”

In a 2020 decision²³, the court ruled that “It was not deemed correct to rule for the removal of olive trees by ignoring this issue, while an evaluation should be made within the framework of the provision of Article 20 of the Code No. 3573 on the Breeding of Olive Groves and Grafting of Wild Olive Trees, which was amended by Article 99 of the Code No. 5728 dated 23.1.2008, regarding the request for the removal of olive trees, and then a decision should be made on the removal request.”

2017 yılında verdiği bir kararda²⁰, “Zeytin ağaçlarının sökülüp kaldırılması 3573 Sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkındaki Yasa gereğince bazı usul ve esaslara bağlanmıştır. Ne var ki, çekişme konusu taşınmaz zeytinlik vasfında olmayıp anılan yasanın burada uygulanmasına yasal olanak yoktur.”

2007 yılında verdiği bir diğer kararda²¹ ise “3573 Sayılı Yasanın 4086 Sayılı Yasanın 5. maddesi ile değiştirilen 20. maddesinde sözü edilen, daraltılmayacak zeytinlik alanlar ile zeytin ağaçlarının sökülmesinin izne tabi olduğuna ilişkin hüküm, aynı yasanın (3573 Sayılı Yasa) 2’nci maddesi uyarınca zeytinlik alanı olarak tespit ve ilan edilen yerlerle ilgilidir.” ifadelerine yer verilmiştir.

Buna mukabil Yargıtay 8. Hukuk Dairesi’nin konuya ilişkin kararlarında;

2019 yılında verdiği bir kararda²², “Mahkemece, davanın kabulü ile müdahalenin men’inin yanı sıra 97 parsel davalılar tarafından dikilen zeytin ağaçlarının kal’ine karar verilmişse de bilindiği üzere, “3573 Sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanun’un özellikle 23.1.2008 tarihli ve 5728 Sayılı Yasanın 99. maddesi hükmü ile değişik 20.maddesi hükmü çerçevesinde bir değerlendirme yapılması ve ondan sonra kal isteği hakkında karar verilmesi gerekirken, bu husus gözardı edilmek suretiyle zeytin ağaçlarının kal’ine hükmedilmesi doğru görülmemiştir.”

2020 yılında verdiği bir kararda²³ da “Şöyle ki, zeytin ağaçlarının kal’i istemiyle ilgili olarak 3573 Sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanun’un özellikle 23.1.2008 tarihli ve 5728 Sayılı Yasa’nın 99. maddesi hükmü ile değişik 20.maddesi hükmü çerçevesinde bir değerlendirme yapılması ve ondan sonra kal isteği hakkında karar verilmesi gerekirken, bu husus gözardı edilmek suretiyle zeytin ağaçlarının kal’ine hükmedilmesi doğru görülmemiştir.” ifadelerine yer verilerek hüküm kurulmuştur.

Örneklerine yer verildiği üzere hukuk mahkemelerinin kararlarının yanı sıra, konuya ilişkin idare mahkemelerinin de kararları bulunmaktadır. Buna göre, Danıştay 3. ve 6. Dairelerince verilen birçok kararda²⁴ “Bakılan davada, uyuşmazlığa konu taşınmazlara ilişkin olarak 3573 sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerin Aşılattırılması Hakkında Kanun

In addition to the decisions of the civil courts, there are also decisions of the administrative courts on the subject. Accordingly, in many decisions²⁴ rendered by the 3rd and 6th Chambers of the Council of State, “In the case under consideration, it has been observed that there is no clear information and document in the case file regarding whether an olive grove area determination has been made in accordance with the provisions of the Code No. 3573 on the Breeding of Olive Groves and Grafting of Wild Olive Groves regarding the immovables subject to the dispute. In this case, it is necessary to make a new decision after a committee of experts, including an agricultural engineer, is formed and a discovery and expert examination is made at the site of the immovable property and it is clarified whether the parcel in dispute is an olive grove, and if it is understood that it is an olive grove, it is necessary to make a new decision after it is revealed whether the usage decision and construction conditions brought for the parcels in dispute with the zoning plans subject to the lawsuit are in accordance with the above-mentioned provision of the Law.”, emphasizing that the determination of whether the relevant Law applies in an area should be made by experts.

As explained in Chapter II, although there are regulations regarding the cutting and/or uprooting of olive trees within the scope of the relevant legislation, there is no legal regulation regarding the relocation of olive trees to different locations under the supervision of the relevant administrations. As a matter of fact, there are examples where the relevant administrations have given opinions and/or permissions to relocate olive trees from their current location to other locations if the circumstances so require and in cases where there is no olive grove annotation on the title deed page of the parcel, as given in the precedents below.

In a letter dated 29.01.2020 issued by the Adana Provincial Directorate of Agriculture and Forestry of the Ministry of Environment, Urbanization and Climate Change of the Republic of Turkey; “(...) For the part of the site planned as an Individual Investment Site within the scope of Law No. 3573, there is no problem in the continuation of the EIA process of the site planned as an Individual Investment Site, provided that the olive groves are moved to another area of equal size to the 60 ha olive grove area under the

hükümleri uyarınca zeytinlik alan belirlenmesi yapıp yapılmadığı hususuna ilişkin net bir bilgi ve belgenin dava dosyasında bulunmadığı görülmüştür. Bu durumda, aralarında ziraat mühendisinin de bulunduğu bir bilirkişi heyeti oluşturularak taşınmaz mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle uyuşmazlık konusu parselin zeytinlik vasfında olup olmadığı netleştirildikten ve zeytinlik vasfında olduğunun anlaşılması halinde, dava konusu imar planlarıyla uyuşmazlık konusu parseller için getirilen kullanım kararı ve yapılaşma koşullarının yukarıda yer verilen Kanun hükmüne uygun olup olmadığı ortaya konulduktan sonra yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.” denilerek bir alanda ilgili Kanun’un uygulanıp uygulanmamasının tespitinin bilirkişilerce yapılması gerektiği vurgulanmıştır.

II. bölümde de anlatıldığı üzere ilgili mevzuat kapsamında zeytin ağaçlarının kesilmesi ve/veya sökülmesine ilişkin düzenlemeler mevcut olsa da zeytin ağaçlarının ilgili idareler nezaretinde oldukları yerden farklı mahallere taşınmasına ilişkin herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Nitekim ilgili idarelerin, şartların gerektirmesi halinde ve parselin tapudaki sayfasında zeytinlik şerhi bulunmadığı durumlarda; aşağıda emsallerine yer verildiği üzere zeytin ağaçlarının bulunduğu konumdan başka mahallere taşınmasının uygun olduğuna ilişkin görüş ve/veya izin verdiği örnekler mevcuttur.

T.C. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı Adana İl Tarım ve Orman Müdürlüğü tarafından tanzim edilen 29.01.2020 tarihli bir yazıda; “(...)Münferit Yatırım Yeri olarak planlanan sahanın 3573 sayılı Kanun kapsamındaki kısmı için yatırımcı firma tarafından faaliyet başlamadan önce Müdürlüğümüz kontrolü altında söz konusu 60 ha zeytinlik alana eşit büyüklükteki başka bir alana zeytinliklerin taşınması kaydıyla Münferit Yatırım Yeri olarak planlanan sahanın ÇED sürecinin devam etmesinde sakınca bulunmamaktadır.” ifadelerine yer verilmiştir.

T.C. Adana İl Tarım ve Orman Müdürlüğü Tarımsal Altyapı ve Arazi Değerlendirme Şube Müdürlüğü tarafından verilen 27.12.2022 tarihli bir görüş yazısının ekinde yer alan raporda ise; “yaklaşık 60 hektar boyutundaki Özel Endüstri Bölgesi ilanına ilişkin kamu yararı kararı alınması durumunda, Kanun’un 20. maddesi çerçevesinde eşit büyüklükteki başka bir alana taşınmasının Şube Müdürlüğü tarafından uygun bulunduğu, şirket ta-

FOOTNOTE

²⁰ Yargıtay 1. HD., T. 15.11.2017, E. 2017/4577, K. 2017/6452.

²¹ Yargıtay 1. HD., T. 17.05.2007, E. 2007/4551, K. 2007/5597.

²² Yargıtay 8. HD., T. 02.12.2019, E. 2018/10215, K. 2019/10793.

²³ Yargıtay 8. HD., T. 07.09.2020, E. 2018/5671, K. 2020/4863.

²⁴ Danıştay 3. D., T. 24.05.2022, E. 2019/4478, K. 2022/2396. - Danıştay 6. D., T. 28.03.2022, E. 2019/1852 K. 2022/3682.

DİPNOT

²⁰ Yargıtay 1. HD., T. 15.11.2017, E. 2017/4577, K. 2017/6452.

²¹ Yargıtay 1. HD., T. 17.05.2007, E. 2007/4551, K. 2007/5597.

²² Yargıtay 8. HD., T. 02.12.2019, E. 2018/10215, K. 2019/10793.

²³ Yargıtay 8. HD., T. 07.09.2020, E. 2018/5671, K. 2020/4863.

²⁴ Danıştay 3. D., T. 24.05.2022, E. 2019/4478, K. 2022/2396. - Danıştay 6. D., T. 28.03.2022, E. 2019/1852 K. 2022/3682.

PART 1

control of our Directorate before the activity starts by the investor company."

In the report attached to an opinion letter dated 27.12.2022 issued by the Agricultural Infrastructure and Land Evaluation Branch Directorate of the Republic of Turkey Adana Provincial Directorate of Agriculture and Forestry, it was stated that "in case a public benefit decision is taken regarding the declaration of a Special Industrial Zone of approximately 60 hectares in size, it is deemed appropriate by the Branch Directorate to move the olive trees to another area of equal size within the framework of Article 20 of the Law, and it is decided that it would be appropriate to move the olive trees in question to another area of equal size under the control of the Provincial Forestry Directorate before the activity is started by the company."

In addition to the opinions where the relevant administrations allow the relocation of olive trees from one location to another if the conditions are met, there are also precedents where the relevant administrations have authorized the aforementioned process and this process has actually been carried out. In fact, although there are olive trees on the land where the Ceyhan Energy Specialized Industrial Zone established in Ceyhan district of Adana province is located, considering that there is no olive grove registration on the title deed pages of the relevant parcels; Article 20 of the Code No. 3573 states that in accordance with the phrase "Olive groves cannot be reduced" regulated in Article 20 of Code No. 3573, it was deemed appropriate to move the olive groves to another area of equal size to the olive grove area under the control of the Provincial Forestry Directorate before the start of the Ceyhan Energy Specialized Industrial Zone activity and it was stated that there is no objection to the zoning plan for non-agricultural use (industry, storage, etc.) within the Ceyhan Energy Specialized Industrial Zone.

IV. CONCLUSION

As a result, although the law for the protection of olives, which is the only one of its kind in the world as described above, has been enacted in our country, it has not been established on a solid framework. Although the amendments to the law and the regulations issued pursuant to them are not sufficient to draw a clear framework, there is a legal gap especially in the scope of the relocation of

rafından faaliyet başlamadan önce İl Orman Müdürlüğü'nün kontrolü altında söz konusu zeytin ağaçlarının, eşit büyüklükteki başka bir alana taşınmasının uygun olacağına karar verildiği" bildirilmiştir.

İlgili idarelerce zeytin ağaçlarının, şartların gerçekleşmesi halinde bir mahalden başkasına taşınmasına olur verildiği görüşlerin yanı sıra; ilgili idareler tarafından mezkur işleme izin verildiği ve bu işlemin fiilen gerçekleştirildiği emsaller de söz konusudur. Zira, Adana ili Ceyhan ilçesinde kurulan Ceyhan Enerji İhtisas Endüstri Bölgesi'nin bulunduğu arazide zeytin ağaçları bulunmasına rağmen, ilgili parsellerin tapu sayfalarında zeytinlik kaydı bulunmadığı nazara alınarak; 3573 sayılı Kanun'un 20. maddesinde düzenlenen "Zeytinlik sahalari daraltılamaz" ibaresi gereğince, Ceyhan Enerji İhtisas Endüstri Bölgesi faaliyeti başlamadan önce İl Orman Müdürlüğü kontrolü altında söz konusu zeytinlik alana eşit büyüklükteki başka bir alana zeytinliklerin taşınması uygun görülmüş ve Ceyhan Enerji İhtisas Endüstri Bölgesi dahilinde, tarım dışı amaçlı kullanıma yönelik (sanayi, depolama vb.) imar planı yapılmasında sakınca bulunmadığı ifade edilmiştir.

IV. SONUÇ

Sonuç olarak, her ne kadar yukarıda da anlatıldığı üzere dünyada tek örneği olan zeytinleri koruma amaçlı Kanun ülkemizde yapılmış olsa da sağlam bir zemine oturtulamamıştır. Kanun üzerinde yapılan değişiklikler ve bunlara istinaden düzenlenen yönetmeliklerde sınırları belirgin bir çerçeve çizmek için yeterli olmamakla beraber özellikle zeytinliklerin taşınması kapsamında kanuni bir boşluk

olive groves. The fact that it is such an important issue for our country and the lack of success in establishing a legal framework, has made it necessary to carry out legal studies that allow for adequate and quick solutions in this regard. Furthermore, considering that the lack of a clear regulation under other legislations regarding the relocation of olive trees has caused the relevant administrations to make different dispositions on this issue on different dates, and that this situation has manifested itself in a way that prejudices the principle of "integrity of administration" prevailing in Administrative Law, it is clear that it is necessary to amend the legislation on the subject and to create a fiction that includes clear regulations on the relocation of olive trees in a way that does not contradict the purpose of the law.

görülmektedir. Hem ülkemiz için bu derece önem arz eden bir husus olması hem de hukuki çerçeve oluşturulması yolunda tam anlamıyla başarı elde edilememiş olması; bu hususta yeterli ve çabuk çözümlere olanak sağlayan hukuki çalışmalar yapılmasını ihtiyaç haline getirmiştir. Ayrıca, zeytin ağaçlarının taşınmasına ilişkin sair mevzuat tahtında net bir düzenleme bulunmamasının, örneklerine yer verildiği üzere ilgili idarelerin bu hususta farklı tarihlerde farklı tasarruflarda bulunmasına sebep olduğu ve bu durumun, İdare Hukuku'na hakim "idarenin bütünlüğü" ilkesine halel getirecek şekilde tezahür ettiği nazara alındığında, konuya ilişkin mevzuat kapsamında değişikliğe gidilerek Kanun'un amacına ters düşmeyecek şekilde, zeytin ağaçlarının taşınmasının net düzenlemeleri ihtiva eden bir kurgunun oluşturulmasının gerektiği açıktır.

BIBLIOGRAPHY

ARTUN ÜNSAL, Ölmez Ağacın Peşinde-Türkiye'de Zeytin ve Zeytinyağı, 8th Edition, İstanbul, 2011.

AZİZ ORHAN ÇİMEN, "Zeytin Hukuku", 2021. <https://www.tarimhukuku.org/zeytin-hukuku-aziz-orhan-cimen/> (Erişim tarihi, 04.01.2024).

Danıştay 3. D., T. 24.05.2022, E. 2019/4478, K. 2022/2396.

Danıştay 6. D., T. 28.03.2022, E. 2019/1852 K. 2022/3682.

Danıştay, 8. D., T. 19.2.2015, E. 2012/6113, K. 2015/998.

FİLİZ ÇOLAK, "Osmanlı Devleti'nin Son Yıllarında Anadolu'da Zeytin ve Zeytinyağı Üretim ve İhracatı (1908-1922)" Akademik Tarih ve Düşünce Dergisi, N. 2, 2021.

PROF. DR. MUSTAFA TOPALOĞLU, "Madencilik Sektörü Açısından Zeytinliklerle İlgili Hukuki Gelişmeler", 2022. <https://www.mtopaloglu.av.tr/img/makaleler/madencilik-sektoru-acisindan-zeytinliklerle-igli-hukuki-gelistmeler-173.pdf> (Date of access, 04.01.2024).

Yargıtay 1. HD., T. 05.02.2018, E. 2018/375, K. 2018/772.

Yargıtay 1. HD., T. 15.11.2017, E. 2017/4577, K. 2017/6452.

Yargıtay 1. HD., T. 17.05.2007, E. 2007/4551, K. 2007/5597.

Yargıtay 8. HD., T. 07.09.2020, E. 2018/5671, K. 2020/4863.

KAYNAKÇA

ARTUN ÜNSAL, Ölmez Ağacın Peşinde-Türkiye'de Zeytin ve Zeytinyağı, 8. Baskı, İstanbul, 2011.

AZİZ ORHAN ÇİMEN, "Zeytin Hukuku", 2021. <https://www.tarimhukuku.org/zeytin-hukuku-aziz-orhan-cimen/> (Erişim tarihi, 04.01.2024).

Danıştay 3. D., T. 24.05.2022, E. 2019/4478, K. 2022/2396.

Danıştay 6. D., T. 28.03.2022, E. 2019/1852 K. 2022/3682.

Danıştay, 8. D., T. 19.2.2015, E. 2012/6113, K. 2015/998.

FİLİZ ÇOLAK, "Osmanlı Devleti'nin Son Yıllarında Anadolu'da Zeytin ve Zeytinyağı Üretim ve İhracatı (1908-1922)" Akademik Tarih ve Düşünce Dergisi, S. 2, 2021.

PROF. DR. MUSTAFA TOPALOĞLU, "Madencilik Sektörü Açısından Zeytinliklerle İlgili Hukuki Gelişmeler", 2022. <https://www.mtopaloglu.av.tr/img/makaleler/madencilik-sektoru-acisindan-zeytinliklerle-igli-hukuki-gelistmeler-173.pdf> (Erişim tarihi, 04.01.2024).

Yargıtay 1. HD., T. 05.02.2018, E. 2018/375, K. 2018/772.

Yargıtay 1. HD., T. 15.11.2017, E. 2017/4577, K. 2017/6452.

Yargıtay 1. HD., T. 17.05.2007, E. 2007/4551, K. 2007/5597.

Yargıtay 8. HD., T. 07.09.2020, E. 2018/5671, K. 2020/4863.



PART 2

**GENERAL ASSEMBLY AND
BOARD OF DIRECTORS'
MEETINGS IN ELECTRONIC
ENVIRONMENT AND LEGAL
CHALLENGES IN PRACTICE**

ELEKTRONİK ORTAMDA
GENEL KURUL VE YÖNETİM
KURULU TOPLANTILARI VE
UYGULAMADAKİ HUKUKİ
ZORLUKLAR

DOĞA AKÇAKOCA

PART 2

ABSTRACT | ÖZET

This article seeks to assist companies in establishing their own equilibrium by evaluating the advantages and disadvantages of conducting electronic general assembly and board of directors' meetings.

Bu makalede, şirketlerin elektronik ortamda yapılan genel kurul ve yönetim kurulu toplantılarının avantaj ve dezavantajlarını karşılaştırarak kendi dengelemlerini oluşturmalarına yardım etmek amaçlanmıştır.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELELER

General Assembly, Board Of Directors, Participation Via Electronic Environment, Virtual Meeting, Joint Stock Company, Commercial Companies, Electronic General Assembly System, Electronic Signature.

Genel Kurul, Yönetim Kurulu, Elektronik Ortamda Katılma, Anonim Şirket, Ticaret Şirketleri, Elektronik Genel Kurul Sistemi, Elektronik İmza.

I. INTRODUCTION

In accordance with Article 1527 of the Turkish Commercial Code No. 6102 (the "TCC") published in the Official Gazette dated 14.02.2011 and numbered 27846, companies are now authorized to conduct board of directors' and general assembly meetings through electronic environment. This article was introduced to align with global digitalization and technological advancements; gaining significant prominence in practical application during the COVID-19 pandemic. Amid the COVID-19 pandemic, the Ministry of Trade of Republic of Türkiye issued an official announcement¹ (the "Announcement") on March 20th, 2020, available on its official website, encouraging and facilitating companies to conduct their general assembly and board of directors' meetings in electronic environment. The Announcement also outlines the possibility of preemptively canceling these meetings with a board of directors' decision.

Although the TCC does not explicitly define "electronic environment", it can be construed as a comprehensive term encompassing environments where digitized data is recorded and stored². Therefore, electronic environment extends beyond the internet, encompassing all telecommunication

I. GİRİŞ

14.02.2011 tarihli 27846 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ("TTK") 1527. maddesi uyarınca, şirketlerin yönetim kurulu ve genel kurul toplantılarının elektronik ortamda yapılması mümkün hale gelmiştir. Söz konusu maddede, dünyanın dijitalleşmesine ve teknolojik gelişmelere ayak uydurmak üzere getirilmiş; sonrasında COVID-19 salgını sebebiyle uygulamada yoğun olarak kullanılmaya başlanmıştır. COVID-19 salgını döneminde, T.C. Ticaret Bakanlığı'nın 20 Mart 2020 tarihinde resmi internet sitesinde yayınladığı duyuru¹ ("Duyuru") ile şirketlerin genel kurul ve yönetim kurulu toplantılarını elektronik ortamda yapmalarının teşvik edildiği ve kolaylaştırıldığı görülmektedir. Duyuru'da ayrıca, bu toplantıların yönetim kurulu kararı ile önceden iptal edilmesinin mümkün olduğu açıklanmıştır.

"Elektronik ortam", TTK'da herhangi bir şekilde tanımlanmamış olmasına karşın sayısallaştırılmış verilerin üzerinde kaydedilip saklandığı ortamların genel adı olarak tanımlanabilmektedir². Dolayısıyla elektronik ortam; sadece internet ortamıyla sınırlı olmayıp telefon, teleks, faks, elektronik posta gibi tüm telekomünikasyon hizmetlerini de kapsamaktadır³. Fakat, TTK hükümlerinin



services such as telephone, telex, fax, and electronic mail³. However, given the use of the term "online" in the preamble of the TCC provisions, it is inferred that the concept of electronic environment specifically refers to the internet environment⁴.

II. LEGAL INFRASTRUCTURE

Article 1527 of the TCC governs the possibility of conducting general assembly and board of directors' meetings in electronic environment for commercial companies, contingent upon specific conditions. Furthermore as secondary legislation, the Ministry of Trade has issued the Regulation on General Assembly Meetings of Joint Stock Companies in Electronic Environment (the "Regulation"), published in the Official Gazette dated August 28th, 2012 and numbered 28395, along with the Communiqué on Electronic General Assembly Meeting System Applicable to General Assembly Meetings of Joint Stock Companies (the "EGAS Communiqué"), published in the Official Gazette dated August 29th, 2012 and numbered 29396, and the Communiqué on Electronic Meetings of Commercial Companies other than the General Assembly Meetings of Joint Stock Companies by Electronic (the "Communiqué").

gereğinesine bakıldığında "online" kavramı kullanıldığından, elektronik ortam kavramı ile sadece internet ortamının ifade edilmek istendiği anlaşılmaktadır⁴.

II. HUKUKİ ALTYAPI

TTK'nın 1527. maddesi, ticaret şirketlerinde genel kurul ve yönetim kurulu toplantılarının belirli şartlara bağlı olarak elektronik ortamda yapılabilmesini düzenlemektedir. Ayrıca, Ticaret Bakanlığı'nca düzenlenerek 28.08.2012 tarihli ve 28395 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurul Kararlarına İlişkin Yönetmelik ("Yönetmelik"), 29.08.2012 tarihli ve 29396 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarına İlişkin Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurul Sistemi Hakkında Tebliğ ("EKGS Tebliğ") ile Ticaret Şirketlerinde Anonim Şirket Genel Kurulları Dışındaki Elektronik Ortamda Yapılacak Kurullar Hakkında Tebliğ ("Tebliğ") bu konuyu düzenleyen ikincil mevzuatlarıdır.

Mevzuat uyarınca, elektronik ortamda iki farklı toplantı çeşidi bulunmaktadır. Birincisi "sanal toplantı" denilen tamamen elektronik

FOOTNOTE

¹ <https://covid19.ticaret.gov.tr/ic-ticaret/duyuru/sirket-sozlesmelerinde-kurul-toplantilarinin-elektronik-ortamda-gerceklestirilmesi> Access: 12.03.2024.

² Habip Oğuz, "Elektronik Ortamda Kişisel Verilerin Korunması, Bazı Ülke Uygulamaları ve Ülkemizdeki Durum", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi V. 3, 2013, p. 3.

³ Gamze Turan, "Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti", Türkiye Barolar Birliği Dergisi V. 77, 2008, p. 88.

⁴ Reasoning of Articles of the Turkish Commercial Code, Lexpera (online), Articles 359(d), 407, 428, 434, 1525.

DİPNOT

¹ <https://covid19.ticaret.gov.tr/ic-ticaret/duyuru/sirket-sozlesmelerinde-kurul-toplantilarinin-elektronik-ortamda-gerceklestirilmesi> Erişim: 12.03.2024.

² Habip Oğuz, "Elektronik Ortamda Kişisel Verilerin Korunması, Bazı Ülke Uygulamaları ve Ülkemizdeki Durum", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi S. 3, 2013, s. 3.

³ Gamze Turan, "Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti", Türkiye Barolar Birliği Dergisi S. 77, 2008, s. 88.

⁴ Türk Ticaret Kanunu Madde Gereklere, Lexpera (çevrimiçi), madde 359(d), 407, 428, 434, 1525.

PART 2

In accordance with the current legislation, there are two types of meetings in the electronic environment. The first type is known as a "virtual meeting", denoting a meeting held entirely in an electronic environment. Participants initiate the meeting setting through electronic media, and all attendees engage in the meeting through this electronic environment. The second type of meeting is meetings with "participation via electronic environment". In these meetings, alongside the establishment of a physical chairmanship of the meeting; other participants, upon request, are provided the option to participate electronically. The participation via electronic environment method enables participant who is not unable to physically attend the general assembly or board of directors meeting to simultaneously participate in the meeting electronically. Participants with the right to participation electronically have the opportunity to participate in the meeting and vote by accessing the electronic environment where the meeting is shared. This type of meeting is also referred to as a "hybrid meeting"⁵.

All capital companies may hold general assembly and board of directors' meetings in electronic environment, contingent upon explicit regulation within their articles of association pursuant to Article 1527 of the TCC. Nevertheless, in practice, this approach is primarily adopted by joint stock companies.

A. Electronic General Assembly Meetings

General assembly meetings of limited liability companies, general partnerships, limited partnerships, and limited partnerships with capital divided into shares may held electronically, pursuant to Article 1527/2 of the TCC. Notably, the holding of general assembly meetings of joint stock companies electronically is regulated in a separate paragraph from other commercial companies. As stipulated in Article 1527/5 of the TCC, a specific regulation has been enacted to govern the general assembly meetings for joint stock companies in electronic environment. Since the Regulation came into effect on October 1st, 2012 it has become mandatory for joint stock companies with listed shares on the stock exchange to provide the option for participation in electronic environments in general assembly meetings.

ortamda yapılan toplantıyı ifade etmektedir. Toplantıya katılacak olan kişiler elektronik ortam aracılığıyla toplantı ortamını oluşturur ve tüm katılımcılar bu ortam üzerinden toplantıya katılım sağlarlar. İkincisi ise "elektronik ortamda katılım" şeklinde olan toplantılardır. Bu toplantılarda esasen fiziken bir toplantı başkanlığı oluşturulmasının yanı sıra, talep edilmesi halinde, diğer katılımcılar için elektronik ortamdan katılma imkânı tanınmaktadır. Elektronik ortamda katılım şeklinde olan yöntem, fiziken gerçekleşen genel kurul/ yönetim kurulu toplantısına fiziki olarak katıl(a)mayan katılımcının söz konusu toplantıyı eş zamanlı olarak elektronik ortamda da takip etmesine imkan tanımaktadır. Elektronik ortamdan katılma hakkına sahip olan katılımcılar, toplantının paylaşıldığı elektronik ortama girerek toplantıya iştirak etme ve oy kullanma imkanına sahip olurlar. Bu toplantı çeşidini "karma toplantı" olarak tanımlayanlar da mevcuttur⁶.

TTK m.1527 uyarınca, tüm sermaye şirketleri, esas sözleşmelerinde açıkça düzenlenmesi ön koşuluyla elektronik ortamda genel kurul ve yönetim kurulu toplantıları yapabilir. Ancak uygulamada, bu yöntemin ağırlıklı olarak anonim şirketler tarafından kullanıldığı görülmektedir.

A. Elektronik Ortamdaki Genel Kurul Toplantıları

Limited şirketlerin, kolektif şirketlerin, komandit şirketlerin ve sermayesi paylara bölünmüş şirketlerin genel kurul toplantıları, TTK m.1527/2 uyarınca elektronik ortamda yapılabilmektedir. Anonim şirketlerdeki genel kurul toplantılarının elektronik ortamda yapılması ise diğer şirket türlerinden ayrı fıkarda düzenlenmiştir. TTK m.1527/5 uyarınca, anonim şirketlerdeki elektronik ortamda yapılacak genel kurulların regüle edilebilmesi için Yönetmelik düzenlenmiştir. Yönetmelik'in yürürlüğe girdiği 01.10.2012 tarihinden itibaren payları borsaya kote olmuş anonim şirketlerin genel kurul toplantıları için bu şirketlerin elektronik ortamdan katılma imkânı sunmaları zorunlu hale gelmiştir.

Yürürlükteki mevzuat, genel kurul toplantılarının sanal toplantı şeklinde yani tamamen

The current legislation does not allow for the general assembly meetings to be held in the form of virtual meetings. Given that shareholders participating in general assembly meetings have the opportunity to engage in discussions during the meeting, their interactions can influence the opinions of participants and subsequently impact the decisions to be made. Despite the option for proxy attendance at general assembly meetings, certain individuals are legally obligated to be physically present at the meeting. Consequently, even if all participants will attend the meeting electronically, at ordinary general assembly meetings, the executive directors and at least one (1) member of the board of directors, the auditor (if applicable) and the Ministry representative (if appointed) must physically attend the meeting⁶.

1. General Meetings of Joint Stock Companies

The general assembly meetings of joint stock companies in electronic environment are regulated separately under Article 1527/5 of the TCC. General assembly meetings of joint stock companies may only be held through participation, making proposals, expressing opinions and voting in electronic platforms, pursuant to this provision. In essence, virtual general assembly meetings are not feasible. Attendance to the general assembly, making proposals and voting through the online meeting system carry the same legal consequences as physical attendance, proposal submission, and voting⁷.

There is a pre-condition for utilizing the opportunity to attend general assembly meetings in electronic environment. According to this pre-condition, companies are required to have cited the provision in Article 5 of the Regulation to their articles of association without any amendments. The said provision is as follows:

"Participation at the General Assembly meeting through electronic means.

According to Article 1527 of the Turkish Commercial Code, right holders who are entitled to attend the Company's General Assembly meetings may also do so electronically. Pursuant to the provisions of the Regulation on General Assembly Meetings of Joint Stock Companies to be held in Electronic Environments, the Company may establish an electronic General Assembly system, al-

elektronik ortamda yapılmasını şu an için mümkün kılmamaktadır. Genel Kurul toplantılarına iştirak eden pay sahipleri, toplantı esnasında karşılıklı müzakere imkanına sahip olduğundan, katılımcıların düşünceleri üzerinde ve dolayısıyla da alınacak kararlar üzerinde de etkili olacaklardır. Genel kurul toplantılarına vekaleten iştirak etmek mümkün olsa dahi kanunen, bazı kişiler özelinde fiziken genel kurul toplantısında bulunma zorunluluğu mevcuttur. Buna göre bütün katılımcılar toplantıya elektronik ortamdan katılacak olsa bile olağan genel kurul toplantılarında muahhas üyeler ile en az bir (1) yönetim kurulu üyesi ile şirket denetime tabi ise denetçinin, görevlendirilmiş ise Bakanlık temsilcisinin fiziki olarak toplantıya katılımı gerekmektedir⁶.

1. Anonim Şirket Genel Kurul Toplantıları

Elektronik ortamda yapılacak olan anonim şirket genel kurul toplantıları, TTK m. 1527/5 hükmünde ayrı olarak düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca anonim şirketlerde genel kurul toplantıları ancak elektronik ortamda katılma, öneride bulunma, görüş açıklama ve oy verme şeklinde olabilmektedir. Yani sanal genel kurul imkânı yoktur. Online toplantı sistemi aracılığıyla genel kurula katılım, öneride bulunma ve oy verme işlemleri, hukuksal neticeleri bakımından fiziki katılım, öneride bulunma ve oy vermenin bütün sonuçlarını doğurur⁷.

Elektronik ortamda katılım şeklindeki genel kurul toplantıları imkânından faydalanmak için bir ön koşul vardır. Bu ön koşula göre Yönetmelik 5. maddede yer alan hükmü hiçbir değişiklik yapmadan ana sözleşmelerine aktarmış olmaları gerekmektedir. Bu hüküm şu şekildedir:

"Genel Kurul toplantısına elektronik ortamda katılım

Şirketin Genel Kurul toplantılarına katılma hakkı bulunan hak sahipleri bu toplantılara, Türk Ticaret Kanunu'nun 1527. maddesi uyarınca elektronik ortamda da katılabilir. Şirket, Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelik hükümleri uyarınca hak sahiplerinin Genel Kurul toplantılarına elektronik ortamda katılmalarına, görüş açıklamalarına, öneride bulunmalarına ve oy kullanmalarına imkân tanıyacak elektronik Genel Kurul sistemini

FOOTNOTE

⁵ M. Fatih Cengil/ Ömer Korkut, "Dijital Çağda Genel Kurul (Anonim Şirket Genel Kurul Toplantılarına İlişkin İsviçre Borçlar Kanunu Değişikliği Hakkında Değerlendirmeler)", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi V. 26., Iss. 3, 2022, p. 288; Thomas Grob/ Hans Caspar von der Crone, p. 7.

⁶ Article 407/2 of the TCC; Article 17 of the Regulation on the Procedures and Principles of General Assembly Meetings of Joint Stock Companies and the Ministry Representatives to Attend These Meetings.

⁷ Dr. Soner Altaş, "Anonim Şirket Genel Kurul Rehberi", Seçkin Yayıncılık, 8th Edition, Ankara 2022, p. 131.

DİPNOT

⁵ M. Fatih Cengil/ Ömer Korkut, "Dijital Çağda Genel Kurul (Anonim Şirket Genel Kurul Toplantılarına İlişkin İsviçre Borçlar Kanunu Değişikliği Hakkında Değerlendirmeler)", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 26, Sayı: 3, 2022, s. 288; Thomas Grob/ Hans Caspar von der Crone, s. 7.

⁶ TTK m.407/2; Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul Ve Esasları İle Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik m. 17.

⁷ Dr. Soner Altaş, "Anonim Şirket Genel Kurul Rehberi", Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara 2022, s. 131.

PART 2

lowing right holders to engage in General Assembly meetings in electronic environment, express their opinions, offer suggestions, and cast votes; or may purchase services from systems established for this purpose. In adherence to this provision within the articles of association, it is guaranteed that, in all General Assembly meetings, right holders and their representatives can exercise the rights specified in the provisions of the mentioned Regulation through the established system."

Companies whose shares are listed on the stock exchange are currently obliged to establish the infrastructure for holding general assembly meeting in electronic environment and to ensure that shareholders can benefit from this opportunity. For other joint stock companies, the opportunity to participate via electronic environments in the general assembly meeting are discretionary. According to the Regulation, and pursuant to Article 10/A of the Capital Markets Law No. 2499 (the "CMB"), companies whose shares are listed on the stock exchange are obliged to use the Electronic General Assembly System (the "EGAS") provided by the Central Registry Agency (the "CRA"). Other companies may use this system or other approved systems that fulfill the necessary requirements. Companies utilizing the EGAS are required by Article 8 of the Regulation to provide participants with secure e-signatures for the meeting invitation, agenda, and documents that need to be submitted for review by the right holders before the meeting. In accordance with Article 1528 of the TCC, participants of the general assembly meeting intending to utilize the option of the participation in electronic environment must inform the company of their electronic mail addresses prior to the meeting.

2. General Assembly Meetings in Companies Other Than Joint Stock Companies

Pursuant to Article 1527/2 of the TCC, it is regulated that the meetings of the board of shareholders' and general assembly meetings of general, limited partnership, limited liability companies and limited partnership companies with capital divided into shares may be held through participation via electronic environment. Pursuant to Article 7 of the Communiqué, these companies have the option to utilize the Electronic Meeting System as an intermediary.

kurabileceği gibi bu amaç için oluşturulmuş sistemlerden de hizmet satın alabilir. Yapılacak tüm Genel Kurul toplantılarında esas sözleşmenin bu hükmü uyarınca, kurulmuş olan sistem üzerinden hak sahiplerinin ve temsilcilerinin, anılan Yönetmelik hükümlerinde belirtilen haklarını kullanabilmesi sağlanır."

Pay senetleri borsaya kote olmuş şirketlerin, şu an elektronik ortamda genel kurul toplantısı yapılmasına yönelik altyapılarının olması ve dileyen pay sahiplerinin bu imkândan yararlanmasını sağlamaları zorunludur. Diğer anonim şirketler için ise genel kurula elektronik ortamda katılma imkanının sağlanması ihtiyari bir durumdur. Yönetmelik'e göre, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun ("SPK") 10/A. maddesi uyarınca pay senetleri borsaya kote olmuş şirketler, Merkezi Kayıt Kuruluşu ("MKK") tarafından sağlanmış olan Elektronik Genel Kurul Sistemi'ni ("EGKS") kullanmak zorundadırlar. Diğer şirketler ise dilerse bu sistemi veya gerekli şartları yerine getiren ve onaylı olan diğer sistemleri kullanabilir. Yönetmelik m. 8 uyarınca EGKS'yi kullanan şirketler toplantı öncesi hak sahiplerinin incelemesine sunulması zorunlu olan belgeleri, toplantı çağrısını ve toplantı gündemine ilişkin belgeleri güvenli e-imzalı olarak katılımcıların erişimine sunmalıdır. TTK m. 1528 uyarınca elektronik ortamda katılım imkanını kullanmak isteyen genel kurul toplantı katılımcıları, toplantıdan önce elektronik posta adreslerini şirkete bildirmek zorundadırlar.

2. Anonim Şirket Dışındaki Şirketlerde Genel Kurul Toplantıları

TTK m. 1527/2 uyarınca kolektif, komandit, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin ortaklar kurulu ve genel kurul toplantılarının elektronik ortamda katılım yöntemiyle yapılabileceği düzenlenmiştir. Tebliğ m. 7 uyarınca bu şirketler Elektronik Toplantı Sistemi'ni aracı olarak kullanabilirler.

Tebliğ m. 8 uyarınca, yine aynı şekilde, genel kurul toplantılarının elektronik ortamda

Article 8 of the Communiqué specifies that the following provision must be incorporated into the articles of association of the company in order for the general assembly meetings to be held through participation via electronic environment:

"Those who have the right to attend the Company's board of directors/board of managers meeting may also attend these meetings electronically pursuant to Article 1527 of the Turkish Commercial Code. The Company may establish the Electronic Meeting System that will enable the right holders to participate and vote in these meetings via electronic environments in accordance with the provisions outlined in the Communiqué on Electronic Meetings of Commercial Companies Other Than General Assembly Meetings of Joint Stock Companies, or may procure services from the systems established for this specific purpose. During the meetings, it is ensured that right holders can exercise their rights, as specified in the relevant legislation, within the framework outlined in the provisions of the Communiqué, utilizing the system established based on this provision in the articles of association or through the system from which support services will be obtained."

B. Board of Directors and Board of Managers Meetings in Electronic Environment

The meetings of the board of directors of joint stock companies, limited liability companies and limited partnership companies with capital divided into shares may be held in a fully electronic (virtual) environment, or

katılım yöntemiyle yapılabilmesi için şirket sözleşmesinde aşağıdaki hükmün yer alması gerekmektedir:

"Şirketin yönetim kurulu/müdürler kurulu toplantısına katılma hakkına sahip olanlar bu toplantılara, Türk Ticaret Kanunu'nun 1527'nci maddesi uyarınca elektronik ortamda da katılabilir. Şirket, Ticaret Şirketlerinde Anonim Şirket Genel Kurulları Dışında Elektronik Ortamda Yapılacak Kurullar Hakkında Tebliğ hükümleri uyarınca hak sahiplerinin bu toplantılara elektronik ortamda katılmalarına ve oy vermelerine imkân tanıyacak Elektronik Toplantı Sistemini kurabileceği gibi bu amaç için oluşturulmuş sistemlerden de hizmet satın alabilir. Yapılacak toplantılarda şirket sözleşmesinin bu hükmü uyarınca kurulmuş olan sistem üzerinden veya destek hizmeti alınacak sistem üzerinden hak sahiplerinin ilgili mevzuatta belirtilen haklarını Tebliğ hükümlerinde belirtilen çerçevede kullanabilmesi sağlanır."

B. Elektronik Ortamdaki Yönetim Kurulu ve Müdürler Kurulu Toplantıları

Anonim şirketlerin, limited şirketlerin ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin yönetim kurulu toplantıları tamamen elektronik (sanal) ortamda yapılabileceği gibi, fiziki toplantıya eş zamanlı olarak elekt-



PART 2

simultaneously in both an electronic and physical setting⁸. In virtual meetings, there is no physical meeting being held simultaneously; all members of the board of directors participate in the meeting through electronic means. Pursuant to Article 1527/1 of the TCC, this option can be utilized only if explicitly specified in the articles of association of the companies. Pursuant to the TCC, the sole type of meeting permitted to be held as a virtual meeting is the board of directors' meetings.

In the aforementioned Announcement of the Ministry of Trade, it was stated that during the extraordinary period arising from COVID-19, measures have been taken to enable companies to hold general assembly and board of directors meetings through the "Electronic General Assembly Meeting System" and "Electronic Board of Directors System", even if there is no provision in the articles of association of the company that allows the board meetings to be held in electronic environment, and that companies can amend the articles of association allowing companies to hold electronic meetings at the first general assembly meeting to be held later; in this context, it has been recommended that companies utilizing the electronic general assembly system, intending to hold a general assembly meeting, should use their discretion to ensure shareholders to participate in general assembly meetings via electronic environment.

In contrast to general assembly meetings, proxy representation is not feasible for board of directors' meetings as per Article 390/2 of the TCC. Therefore, members of the board of directors are obliged to attend the board meetings in person, even if it is conducted in electronic environment.

It is also possible to use electronic environment in the decision-making by circulation method regulated under Article 390/4 of the TCC. This method essentially means that if none of the members of the board of directors requests a meeting, the text of the resolution proposal is circulated among all members of the board of directors and signed by a sufficient number of signatures in order to facilitate a resolution. This method proves to be a convenience for board meetings where the mandatory attendance of board members is not feasible. Pursuant to Article 10 of the Communiqué, in order for the members of the board of directors to officially take deci-

ronik ortamda katılım şeklinde de yapılabilmektedir⁸. Sanal toplantı imkanında eş zamanlı olarak fiziki toplantı yapılmaz; bütün yönetim kurulu üyeleri elektronik ortam üzerinden toplantıya iştirak ederler. TTK m. 1527/1 uyarınca, bu imkân şirketlerin esas sözleşmelerinde açıkça öngörülmüş olması kaydıyla kullanılabilir. TTK uyarınca, sanal toplantı şeklinde yapılabilmesine izin verilen tek toplantı çeşidi, yönetim kurulu toplantılarıdır.

Ticaret Bakanlığı'nın söz konusu Duyuru'sunda: COVID-19'dan kaynaklanan olağüstü dönemde şirket sözleşmelerinde kurul toplantılarının elektronik ortamda gerçekleştirilmesine imkan tanıyan hüküm bulunmasa dahi şirketlerin, "Elektronik Genel Kurul Toplantı Sistemi" ve "Elektronik Yönetim Kurulu Sistemi" üzerinden genel kurul ve yönetim kurulu toplantılarını gerçekleştirebilmelerine yönelik tedbirler alındığı ve şirketlerin elektronik toplantı yapabilmelerine imkan tanıyan sözleşme değişikliğini ise daha sonra yapacakları ilk genel kurul toplantısında gerçekleştirebileceği ifade edilmiş; bu kapsamda, genel kurul toplantısı gerçekleştirmek isteyen elektronik genel kurul sistemini kullanan şirketlerin pay sahipleri için genel kurul toplantılarına elektronik ortamda katılım sağlayabilecekleri hususunda takdirlere kullanmaları tavsiye edilmiştir.

Genel kurul toplantılarının aksine yönetim kurulu toplantılarında vekil aracılığıyla temsil TTK m. 390/2 uyarınca mümkün değildir. Dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin, yönetim kurulu toplantısı elektronik ortamda yapılsa dahi yönetim kurulu toplantılarına aslen katılım zorunluluğu bulunmaktadır.

TTK m. 390/4'te düzenlenmiş olan elden karar alma yönteminde de elektronik ortam imkanlarının kullanılması mümkündür. Bu yöntem, esasen yönetim kurulu üyelerinden hiçbirinin toplantı yapılmasını talep etmemesi halinde, karar alınabilmesi amacıyla, karar önerisi metninin tüm yönetim kurulu üyeleri arasında dolaştırılıp yeterli karar sayısı kadar imzalanmak suretiyle yönetim kurulu kararı alınmasıdır. Dolayısıyla, bu yöntemin, yönetim kurulu üyelerinin aslen katılımının zorunlu olduğu yönetim kurulu toplantılarına getirilen bir kolaylık olduğu görülmektedir. Tebliğ m. 10 uyarınca, yönetim kurulu üyelerinin elektronik ortamda yapılan yönetim kurulu toplantılarında resmi olarak karar alabilmeleri için güvenli elektronik imzaya sahip olmaları gerekmektedir. Elden karar alma

sions at the board meetings held in electronic environment, they are required to have a secure electronic signature. Given that there is no impediment to combining the methods of decision-making by circulation and virtual board of directors' meetings, board decisions can currently be taken by hand with secure e-signatures⁹. Thus, Article 10/4 of the Communiqué stipulates that members of the board of directors may utilize electronic signatures for decision-making by hand.

III. ADVANTAGES OF ELECTRONIC ENVIRONMENT

The ability to conduct meetings in an electronic environment is a facilitating regulation for members of the board of directors. This is because the members of the board of directors are obliged to attend the board of directors' meetings in person; they cannot attend the meetings through a representative. Especially in companies with foreign capital, where some of the members are foreign legal or natural persons residing abroad, holding board of directors' meetings in an electronic environment will eliminate the difficulty of physical presence in meetings¹⁰. Meetings in electronic environment will also prevent the travel expenses and time loss that shareholders and/or executives would incur if they were to physically attend meetings.

In the doctrine, the phenomenon of low attendance rates of the shareholders to the meetings and their alienation from the com-

yöntemi ile sanal yönetim kurulu toplantısı yöntemlerinin birlikte uygulanması önünde bir engel olmadığından, günümüzde güvenli e-imzalarla elden yönetim kurulu kararları alınabilmektedir⁹. Nitekim Tebliğ m. 10/4, elden karar alma yönteminde yönetim kurulu üyelerinin elektronik imza kullanabileceğini düzenlemiştir.

III. ELEKTRONİK ORTAMIN AVANTAJLARI

Toplantıların elektronik ortamda gerçekleştirilebilmesi, yönetim kurulu üyeleri açısından toplantıya katılmalarını kolaylaştırıcı bir düzenlemedir. Zira yönetim kurulu üyeleri, yönetim kurulu toplantılarına aslen katılmak zorundadırlar; temsilci yolu ile katılım gösteremezler. Özellikle yabancı sermayeli şirketlerde, üyelere bir kısmının yurtdışında yerleşik yabancı tüzel veya gerçek kişiden oluştuğu durumlarda, yönetim kurulu toplantılarının elektronik ortamda yapılması toplantılarda fiziki olarak bulunma güçlüğü ortadan kaldıracaktır¹⁰. Elektronik ortamdaki toplantılar, pay sahiplerinin ve/veya yöneticilerin fiziksel ortamdaki toplantıya katılması halinde katlanacağı yol masrafı ve zaman kaybının da önlenmesini sağlayacaktır.

Pay sahiplerinin, paylarının sermayeye oranla az kalması ile şirket iradesini etkileme imkanlarının az olduğunu düşündüklerinden

FOOTNOTE

⁸ Article 1527/1 of the TCC.

⁹ Umur Kocaoglu, "Turkey: Uygulamada elektronik yönetim kurulu toplantıları" 06.07.2018, p.1,

¹⁰ Erkan Yetkiner, "Türk Ticaret Kanun Tasarısında Elektronik İşlemler ile İlgili Yer Alan Yeni Düzenlemeler", E-yaklaşım Dergisi, V: Ağustos, 2008, p. 3.

DİPNOT

⁸ TTK 1527/1.

⁹ Umur Kocaoglu, "Turkey: Uygulamada elektronik yönetim kurulu toplantıları" 06.07.2018, s.1.

¹⁰ Erkan Yetkiner, "Türk Ticaret Kanun Tasarısında Elektronik İşlemler ile İlgili Yer Alan Yeni Düzenlemeler", E-yaklaşım Dergisi, S: Ağustos, 2008, s. 3.



PART 2

pany due to the fact that their shares are low in proportion to the capital and they think that they have little opportunity to influence the decisions of the company is called "power gap"¹¹. Since the opportunity to participate in the meeting electronically facilitates the participation of shareholders in the general assembly meeting, it also provides a solution to the "power gap" problem. This method serves shareholder democracy by providing shareholders with the right to attend meetings wherever they are located. The ease of the electronic environment will increase the participation rate in meetings, effectively resolving the power gap issue.

Using this approach, shareholders who are unable to attend meetings in person can directly participate without the necessity of a representative. This will ensure direct participation and direct reflection of the will of the person. This situation demonstrates that meetings conducted in an electronic environment adhere to the principle of "directness"¹². Therefore, the capability to conduct meetings in an electronic environment can be seen as a solution intended to eliminate the reliance on representatives.

Electronic environment is more adaptable for today's conditions as it allows the execution of meetings to be more convenient and faster. Given that shareholders and board members can easily attend the meeting, the time and date can be set more freely.

A more environmentally conscious approach will be embraced by providing and preserving the documents that required to be prepared before the meeting and presented during the meeting via electronic environments. In this way, paper waste will be prevented and the necessary documents for shareholders will be stored in an environment that they can easily access.

Today, the problem of global warming is one of the most dangerous threats to our world and environmentalists are trying to calculate the damage to nature by measuring the carbon footprints. The primary factors in carbon footprints include carbon emissions from fossil fuels used by vehicles. Given that meetings in an electronic environment eliminate the necessity for each participant to travel, the carbon footprint associated with meetings in electronic environment is substantially lower compared to physical meetings¹³. For this reason, meetings held

dolayı toplantılara katılım oranlarının çok düşük olması ve buna bağlı olarak şirkete yabancılaşmaları olayına doktrinde "güç boşluğu" denilmektedir¹¹. Toplantıya elektronik ortamda katılma imkânı, pay sahiplerinin genel kurul toplantısına katılmasını kolaylaştıracağından, "güç boşluğu" sorununa da çözüm olmaktadır. Bu yöntem, hak sahiplerine nerede olurlarsa olsunlar toplantıya katılma hakkı sağlamasından ötürü pay sahipleri demokrasisine de hizmet etmektedir. Elektronik ortamın kolaylığı ile toplantılara katılım oranı artacak ve güç boşluğu sorunu da böylelikle büyük oranda çözülecektir.

Bu yöntem aracılığıyla, fiziken katılma imkânı bulamayan pay sahipleri temsilciye ihtiyaç duymadan toplantılara katılabilecektir. Böylece doğrudan katılım söz konusu olacak ve kişinin iradesinin doğrudan yansımaları sağlanacaktır. Bu durum elektronik ortamda yapılan toplantıların "doğrudan doğruluk" ilkesine uygun olduğunu göstermektedir¹². Dolayısıyla, toplantıların elektronik ortamda yapılabilme imkanının, temsilci kullanımının önüne geçilmek istenmesine yönelik bir çözüm niteliğinde olduğu çıkarımına da varılabilir.

Elektronik ortam, toplantıların icrasının daha rahat ve hızlı olmasına imkân verdiği için günümüz şartlarına daha uygun bir sistemdir. Pay sahipleri ve yönetim kurulu üyelerinin kolaylıkla toplantıya katılabileme imkanından ötürü, toplantı saati ve günü de daha esnek olarak belirlenebilecektir.

Toplantı öncesi hazırlanıp toplantı sırasında sunulması gereken dokümanların da elektronik ortam üzerinden sağlanması ve kaydedilmesi ile daha çevreci bir yol izlenmiş olacaktır. Böylelikle hem kâğıt israfının önüne geçilir hem de pay sahipleri için gerekli dokümanlar ellerinin altında kolaylıkla erişebilecekleri bir ortamda saklanmış olur.

Günümüzde küresel ısınma problemi dünyamız açısından en tehlikeli tehditlerden biridir ve çevrecilerin araştırmaları sonucu karbon ayak izi ölçümü yapılarak doğaya verilen zarar hesaplanmaya çalışılmaktadır. Karbon ayak izi faktörlerinde birincil olarak araçların fosil yakıtlarından kaynaklanan karbon salınımları yer almaktadır. Elektronik ortamda toplantıda fiziki toplantının aksine ortak bir toplantı için her bir katılımcının yolculuk etmesine gerek kalmadığından, elektronik ortamda yapılan toplantıların karbon ayak izi fiziki toplantılara oranla çok daha düşük-

in an electronic environment are deemed more environmentalist and sustainable than physical meetings.

Compared to the decision-making by circulation by hand method, which is equivalent to the convenience of meetings in electronic environments, electronic meetings allow for more deliberation. That is because the participants are in one-to-one communication and there is no disconnection and/or temporal difference in this communication. To be able to negotiate further means to make healthier decisions on behalf of the company. In contrast, the decision-making by circulation by hand method lacks a negotiation environment, where board members are limited to either approving or disapproving the presented decision text.

IV. CHALLENGES OF GENERAL ASSEMBLY AND BOARD MEETINGS IN ELECTRONIC ENVIRONMENT

Pursuant to Article 1527/1 of the TCC, issues have been raised regarding whether conducting board of directors' meetings entirely in an electronic environment might infringe upon the rights and fulfillment of obligations of board of directors' members lacking internet access¹⁴. Attendance, voting, and expressing opinions at board meetings are not only obligations but also rights for the members of the board of directors¹⁵. In the event that the meeting is held entirely in electronic environment, the members of

tür¹³. Bu nedenle, elektronik ortamda yapılan toplantılar fiziki toplantılara göre çok daha çevreci ve sürdürülebilirdir.

Elektronik ortamda yapılan toplantıların kolaylığına eşdeğer nitelikte olan elden dolaştırma yöntemine göre elektronik ortamdaki toplantılarda daha fazla müzakere yapmaya olanak vardır. Çünkü, katılımcılar bire bir iletişim halindedir ve bu iletişimde bir kopukluk ve/veya zamansal fark bulunmamaktadır. Daha fazla müzakere edebilmek demek şirket adına daha sağlıklı kararlar alabilmek demektir. Buna karşılık, elden dolaştırma yöntemiyle karar alma, yönetim kurulu üyelerinin sunulan karar metnini onaylamak ya da onaylamamakla sınırlı olduğu bir müzakere ortamından yoksundur.

IV. ELEKTRONİK ORTAMDA YAPILAN GENEL KURUL VE YÖNETİM KURULU TOPLANTILARININ ZORLUKLARI

TTK m. 1527/1 hükmü uyarınca yönetim kurulu toplantılarının tamamen elektronik ortamda yapılması, internet kullanma imkânı olmayan yönetim kurulu üyelerinin yükümlülüklerini yerine getirmeleri ve hakları bakımından bir ihlale yol açıp açmadığı hususlarında sorular gündeme gelmektedir¹⁴. Yönetim kurulu toplantılarına katılma, oy kullanma veya görüş açıklama yönetim kurulu üyeleri bakımından yükümlülük olmakla birlikte aynı zamanda hak da teşkil etmektedir¹⁵. Toplantının tamamen elektro-

FOOTNOTE

11 Ünal Tekinalp, "Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Sorunları", İstanbul 1979, p. 7 ff; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, p. 402; Mustafa Can, "ABD Hukukunda Çıkar Çatışmalarının Yol Açtığı Vekâleten Oy Kullanma Mücadeleleri (Proxy Contests)", www.e-sosder.com.

12 Cengil/ Korkut, p. 291.

13 Gül Nihal Güğül/ Nihal Kılınc, "Uzaktan Eğitim ile Örgün Eğitimin Karbon Ayak İzine Etkilerinin Karşılaştırılması", Çanakkale Onsekiz Mart University Journal of Advanced Research in Natural and Applied Sciences, 2022, V 8, Iss. 1, p. 124-131.

14 Necat Azarkan, "Anonim Şirketlerde Sanal (Virtüel) Genel Kurul", Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi, V. 2, Iss. 4, 2018, p. 25-48.

15 Levent Uysal, "6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Kapsamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu", TBB Dergisi, Iss. 80, 2009, p. 315-366.

DİPNOT

11 Ünal Tekinalp, "Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Sorunları", İstanbul 1979, s. 7 vd.; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 402; Mustafa Can, "ABD Hukukunda Çıkar Çatışmalarının Yol Açtığı Vekâleten Oy Kullanma Mücadeleleri (Proxy Contests)", www.e-sosder.com.

12 Cengil/ Korkut, s. 291.

13 Gül Nihal Güğül/ Nihal Kılınc, "Uzaktan Eğitim ile Örgün Eğitimin Karbon Ayak İzine Etkilerinin Karşılaştırılması", Çanakkale Onsekiz Mart University Journal of Advanced Research in Natural and Applied Sciences, 2022, Cilt 8, Sayı 1, s. 124-131.

14 Necat Azarkan, "Anonim Şirketlerde Sanal (Virtüel) Genel Kurul", Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi, Cilt:2, Sayı: 4, Yıl 2018, s. 25-48.

15 Levent Uysal, "6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Kapsamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu", TBB Dergisi, Sayı 80, 2009, s. 315-366.



PART 2

the board of directors do not have any other alternative to participate in the meeting other than using the internet. As technology advances, internet use has become a basic necessity. However, members of the board of directors should not be directly forced to use the internet, participate in meetings electronically, learn the IT skills required for electronic voting, or advance their knowledge in this area. This is because the use of the internet is not a natural capability like raising a hand or casting a ballot into the ballot box. As a resolution, the company may attempt to prevent potential harm to the rights or obligations of the board members by providing the necessary internet infrastructure and training for the members of the board of directors.

nik ortamda yapılması halinde, yönetim kurulu üyelerinin internet kullanmak dışında toplantıya katılmak için başka bir alternatif bulunmamaktadır. Her ne kadar teknolojik gelişmeler doğrultusunda internet kullanımını hayatın olağan akışının bir gerekliliği haline gelmiş olsa da yönetim kurulu üyelerine, internet kullanmak, toplantıya elektronik ortamda katılım sağlamak, elektronik ortamda oy kullanabilmeleri için gerekli bilişim bilgisini edinmek ve kendilerini bu alanda geliştirmek zorunda olmak gibi yükümlülükler doğrudan yüklenememelidir. Zira internet kullanımı, el kaldırma ya da oy pusulasının oy sandığına atılması gibi doğal bir kabiliyet niteliğinde değildir. Çözüm olarak şirketin yönetim kurulu üyeleri için gerekli internet altyapısı ve eğitimi sağla-



FOOTNOTE

16 Altaş, p. 89.

17 Articles 407, 415/1 and 419 of the TCC; Merve Sarıkaya, "Anonim Şirket Genel Kuruluna Katılmaya Yetkili ve Katılmak Zorunda Olanlar İle Katılmamanın Hukuki Sonuçları", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Iss. 1, 2021, p. 415.

18 Altaş, p. 208.

19 Mustafa Evren Berk, "Dijital Çağın Yeni Tehlikesi Deepfake", OPUS International Journal of Society Researches, August 2020, V. 16, Iss. 28, p. 1511.

20 Cengil/ Korkut, p. 299.

21 Oğuz, p. 4.

22 Articles 5/1, 8/1 and 9/1 of the LPPD.

23 Article 10 of the LPPD.

24 Articles 17 and 18 of the LPPD.

In terms of general assembly meetings, since Article 1527 of the TCC mentions electronic attendance to the meeting, there is no contradiction for shareholders who do not have access to the internet to physically attend the meeting. Therefore, there is no practice that violates the shareholders' right to attend the general assembly meetings and contradicts the principle of equality.

The shareholders registered in the list of attendants prepared by the board of directors and their representatives, the holder of a usufruct right on a share, bearers of share certificates proving possession, representatives of depositors¹⁶, executive members, board members, auditor(s) if the company is subject to audit, and the authorized Ministry

arak yönetim kurulu üyelerinin hak veya yükümlülüklerinin zarara uğraması engellenmeye çalışılabilir.

Genel kurul toplantıları bakımından ise TTK m. 1527 hükmünde toplantıya elektronik ortamda katılımdan söz edilmesi sebebiyle internet kullanma imkânı olmayan pay sahiplerinin fiziken toplantıya katılmasına aykırı bir durum bulunmamaktadır. Dolayısıyla, pay sahiplerinin genel kurula katılım haklarını ihlal eden ve eşitlik ilkesine aykırı olan bir uygulamadan söz edilmemektedir.

Genel kurul toplantısına yönetim kurulu tarafından hazırlanan hazır bulunanlar listesinde kayıtlı olan pay sahipleri ve onların temsilcileri, bir pay üzerindeki intifa hakkı sahibi, zil-

representative if a Ministry representative is required, the meeting chairman if not selected from among the shareholders, the clerk, and vote collector if deemed necessary, vice chairman, and other individuals specified in the company's internal directive are entitled to attend the meeting¹⁷. On the other hand, only the members of the board of directors are entitled to attend the board of directors meeting¹⁸. In this case, it is crucial to correctly identify the persons attending the meeting. As a security measure, an encrypted electronic login system is created for participants to access the meeting. However, due to technological advancements, encryption methods have become vulnerable, enabling the creation of fraudulent audio and video recordings using techniques such as DeepFake¹⁹. In this case, while it is difficult to determine that the person attending the meeting is the authorized person entitled to attend the relevant meeting, it may also pose a security risk. To address this, companies can reduce the risk by requiring participants to verify their ID cards or power of attorney via video/ telephone or by identifying participants identification through facial recognition²⁰.

In addition to the verification of identities of shareholders or members of the board of directors, another aspect posing risks for participants in electronic meetings involves risks associated with the processing and confidentiality of personal data²¹. Companies are obligated to securely handle and store personal data, secure explicit consent²² for its processing, provide individuals with comprehensive information on how personal data is processed during meetings, the purposes for which it is utilized, the entities with whom it is shared, as well as the employment of cookies and tracking tools on electronic meeting platforms²³ and obtain the necessary approvals. Otherwise, companies would cause violations under the Law on Protection of Personal Data No. 6698 and face administrative and criminal sanctions²⁴.

Attending general assembly or board of directors' meetings in electronic environment also poses a risk in terms of confidentiality of company information. Cyber-attacks on electronic environments during the meeting may lead to the unauthorized exposure of information and documents, allowing third parties to gain access. In the case of external attendance to a meeting held in an electronic environment, there may be a potential for third parties to eavesdrop on discussions

yetliğini ispatlayan hamiline yazılı pay senedi sahibi, tevdi eden temsilcisi¹⁶, murahhas üyeler, yönetim kurulu üyeleri, denetime tabi bir şirket ise denetçi(ler), Bakanlık temsilcisi bulunma zorunluluğu halinde görevli Bakanlık temsilcisi, pay sahipleri arasından seçilmesi halinde harici olarak toplantı başkanı, tutanak yazmanı ve gerekli görüldüğü takdirde oy toplama memuru ile başkan yardımcısı ve şirket iç yönergesinde toplantıya girmesi öngörülen diğer kişiler katılma hakkını haizdir¹⁷. Yönetim kurulu toplantısına ise yalnızca yönetim kurulu üyeleri katılma hakkını haizdir¹⁸. Bu durumda toplantıya katılan kişiler bakımından kimlik tespitinin doğru yapılması önem taşımaktadır. Güvenlik önlemi olarak, katılımcıların toplantıya erişebilmesi için şifrelenmiş bir elektronik ortama giriş sistemi oluşturulur. Ancak, teknolojinin ilerlemesiyle şifreleme yöntemleri yetersiz hale gelmiş olup DeepFake¹⁹ gibi teknikler kullanılarak kişilerin ses ve görüntülerinin sahte şekilde oluşturulması mümkün hale gelmiştir. Bu durumda toplantıya katılım sağlayacak kişinin ilgili toplantıya katılma hakkına sahip yetkili kişi olduğunun tespiti zor olmakla beraber güvenlik açısından risk teşkil eden bir durum da ortaya çıkabilir. Şirketler bu riskin, katılımcıların video/ telefon yoluyla kimlik kartlarını ya da vekaletnamelerini ibraz etmeleri veyahut katılımcıların kimliğinin yüz tanıma sistemiyle tespit edilmesi ile azaltılabileceğini sağlayabilirler²⁰.

Pay sahipleri veya yönetim kurulu üyelerinin elektronik toplantıya katılımlarında kimlik tespitinin yanı sıra katılımcılar bakımından risk teşkil eden başka bir husus da kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğine ilişkin risklerdir²¹. Şirketlerin kişisel verilerin güvenli şekilde işlenmesi ve depolanması, kişisel verilerin işlenmesi için açık rıza alınması²²; kişileri toplantılarda kişisel verilerin nasıl işlendiği, hangi amaçlarla kullanıldığı ve kimlerle paylaşıldığı, elektronik toplantı platformlarındaki çerezler ve takip araçları konusunda bilgilendirmesi²³ ve gerekli onayları alması gerekmektedir. Aksi takdirde şirketler 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında ihlallerin oluşmasına sebebiyet verecek ve idari ve cezai yaptırımlarla²⁴ karşı karşıya kalacaktır.

Genel kurul veya yönetim kurulu toplantılarına elektronik ortamda katılım, şirket bilgilerinin gizliliği bakımından da risk teşkil etmektedir. Toplantı sırasında elektronik ortamda siber saldırılara maruz kalındığında, o toplantıdaki bilgilerin ve belgelerin sızdırılması ve

DİPNOT

16 Altaş, s. 89.

17 TTK m. 407, 415/1, 419; Merve Sarıkaya, "Anonim Şirket Genel Kuruluna Katılmaya Yetkili Ve Katılmak Zorunda Olanlar İle Katılmamanın Hukuki Sonuçları", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Sayı 1, 2021, s. 415.

18 Altaş, s. 208.

19 Mustafa Evren Berk, "Dijital Çağın Yeni Tehlikesi Deepfake", OPUS International Journal of Society Researches, Ağustos 2020, Cilt: 16, Sayı: 28, s. 1511.

20 Cengil/ Korkut, s. 299.

21 Oğuz, s. 4.

22 KVKK m. 5/1, 8/1, 9/1.

23 KVKK m. 10.

24 KVKK m. 17, 18.

PART 2

and view shared documents. In this situation, the confidentiality of information regarding the matters discussed at the meetings, information and documents on the company's trade secrets and operations will be violated. Therefore, even if such attacks do not directly impact the conduct of the general assembly or board of directors meeting, it has been noted that cyber-attacks pose a threat to confidentiality and the integrity of the voting process²⁵. It has been noted that cyber-attacks pose a threat to secrecy and the voting process. In fact, interference with the voting process may pose the danger of influencing the company's decisions and future policies.

Another practical challenge is the possibility of technical failures and problems during meetings held in electronic environment. Frequent technical problems such as internet connection problems or disruptions in audio and video transmission can prevent participants from communicating effectively, prolonging decision-making processes and negatively affecting the efficiency of meetings²⁶.

V. ANNULMENT AND INVALIDITY OF RESOLUTIONS OF MEETINGS HELD OR ATTENDED IN ELECTRONIC ENVIRONMENT

There is no specific provision within the TCC or the relevant regulations addressing the nullification or potential annulment of the meetings held or attended electronically. At this stage, it is necessary to examine the general nullity and annullability aspects of pertinent general assembly and board of directors' resolutions.

Article 445 of the TCC stipulates that an action for annulment may be filed against general assembly resolutions that contravene legal provisions, articles of association, and the principle of good faith. Additionally, the criteria for the nullification of general assembly resolutions are regulated in Article 447 of the TCC.

Concerning joint stock companies, the absence of a provision in Article 5 of the Reg-

ülçüncü kişilerin eline geçmesi söz konusu olacaktır. Elektronik ortamda yapılan toplantıya dış ortamdan katılım sağlandığında, katılımın sağlandığı yerde toplantıda konuşulanları duyma, paylaşılan belgeleri görme imkânı olan üçüncü kişiler söz konusu olabilir. Bu durumda toplantılarda görüşülen konular, şirketin ticari sırları ve işleyişi hakkındaki bilgiler ve belgeler hususunda bilgi gizliliği ihlal edilmiş olacaktır. Dolayısıyla genel kurul veya yönetim kurulu toplantısının icrasına bir etkisi olmasa dahi, siber saldırıların gizlilik bakımından ve oylama süreci bakımından tehlike arz ettiği görülmektedir²⁵. Zira oylama sürecine müdahale edilmesi ile şirketin kararları ve gelecekteki politikalarını doğrudan yönlendirilebilme tehlikesi doğabilmektedir.

Uygulama bakımından bahsedilmesi gereken bir başka zorluk da elektronik ortamlarda gerçekleştirilen toplantılarda teknik arıza ve problemlerin yaşanabilme ihtimalidir. İnternet bağlantı sorunları, ses veya görüntü iletimindeki kesintiler gibi sık karşılaşılan teknik problemler toplantılara katılanların etkin bir şekilde iletişim kurmalarını engelleyebilmektedir; karar alma süreçlerini uzatıp toplantıların verimliliğini olumsuz etkileyebilmektedir²⁶.

V. ELEKTRONİK ORTAMDA YAPILAN VEYA KATILIM SAĞLANAN TOPLANTI KARARLARININ İPTALİ VE GEÇERSİZLİĞİ

TTK kapsamında veya ilgili yönetmelik ve tebliğlerde elektronik ortamda yapılan veya katılım sağlanan toplantıların butlan veya iptal edilebilirliğine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda konuya ilişkin genel kurul ve yönetim kurulu kararlarının genel butlan ve iptal edilebilirlik hallerinin incelenmesi gerekmektedir.

TTK m. 445'te kanun veya esas sözleşme hükümlerine ve dürüstlük kuralına aykırı olan genel kurul kararlarına karşı iptal davası açılabilirliği hükmü yer almaktadır. İlaveten, TTK m. 447 hükmü uyarınca ise genel kurul kararlarının butlan halleri düzenlenmektedir.

Anonim şirketler bakımından Yönetmelik m. 5 hükümlerinde anonim şirketlerin esas sözleşmelerinde yer vermesi gereken düzenlemenin olmaması TTK m. 445 doğrultusunda

ulation, that should be included in the articles of association of joint stock companies, could be regarded as a potential cause for annullability under Article 445 of the TCC; since Article 5 of the Regulation imposes an obligation, and the failure to fulfill this obligation would constitute a violation of the provisions of the law. Moreover, it is noteworthy that a general assembly resolution would be rendered null and void under certain circumstances, such as interference with the voting process, participation of a non-shareholder using technical advantages without the right to participate, or situations that may detrimentally impact other inalienable rights of the shareholders protected by law.

Pursuant to Article 391 of the TCC, decisions of the board of directors that contradict the principle of equal treatment, deviate from the fundamental structure of the joint stock company, neglect the principle of capital protection, violate the rights of the shareholders, especially the inalienable rights or that fall within the inalienable powers of other organs, or that are related to the delegation of these powers, shall be deemed null and void. However, Article 460/1 of the TCC provides an exception to the principle of capital protection, allowing the board of directors, in the registered capital system, to be authorized for capital increase up to the specified limit, with the capital increase being resolved by the board of directors. Article 460/5 of the TCC applies the provisions on the annulment of general assembly resolutions analogously for the annulment of the aforementioned board of directors' resolution.

iptal edilebilirliğe yol açabilecek sebeplerden biri olarak görülmelidir, zira Yönetmelik m. 5'te bir zorunluluktan söz edilmektedir ve bu zorunluluğun yerine getirilmemesi kanun hükümlerine aykırılık meydana getirecektir. Öte yandan oylama sürecine müdahalede bulunulması, pay sahibi olmayan başka bir kişinin katılma hakkı bulunmaksızın teknik dezavantajları kullanarak toplantıya katılım sağlaması veya pay sahiplerinin kanundan kaynaklanan diğer vazgeçilmez haklarına halel getirebilecek durumlarda genel kurul kararının batıl olacağı belirtilmelidir.

Yönetim kurulu kararları bakımından TTK m. 391 uyarınca eşit işlem ilkesine aykırı olan, anonim şirketin temel yapısına uymayan veya sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen, pay sahiplerinin, özellikle vazgeçilmez nitelikteki haklarını ihlal eden veya bunların kullanılmasını kısıtlayan ya da güçleştiren veya diğer organların devredilemez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin kararların batıl olduğu düzenlenmektedir. Ancak, sermayenin korunması ilkesine istisnai bir durum olarak, TTK m. 460/1 uyarınca, kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kuruluna sermayeyi sermayenin tavan sınırına kadar artırma yetkisi verilebileceği ve yönetim kurulu kararı ile sermayenin artırılabilirliği düzenlenmektedir. TTK m. 460/5 uyarınca, söz konusu yönetim kurulu kararının iptalinde genel kurul kararlarının iptaline ilişkin maddeler kıyasen uygulanmaktadır.

Yönetim kurulu toplantıları bakımından özellikli husus, bahsedildiği üzere yönetim kurulu toplantısının bir fiziki ortamda yapılmaksızın doğrudan elektronik ortam üzerinden



FOOTNOTE

²⁵ Grob/ Caspar, von der Crone, "Die virtuelle Generalversammlung", SZW/RSDA, 1/2018, p. 20.

²⁶ Azarkan, p. 25-48.

DİPNOT

²⁵ Grob/ Caspar, von der Crone, "Die virtuelle Generalversammlung", SZW/RSDA, 1/2018, s. 20.

²⁶ Azarkan, s. 25-48.

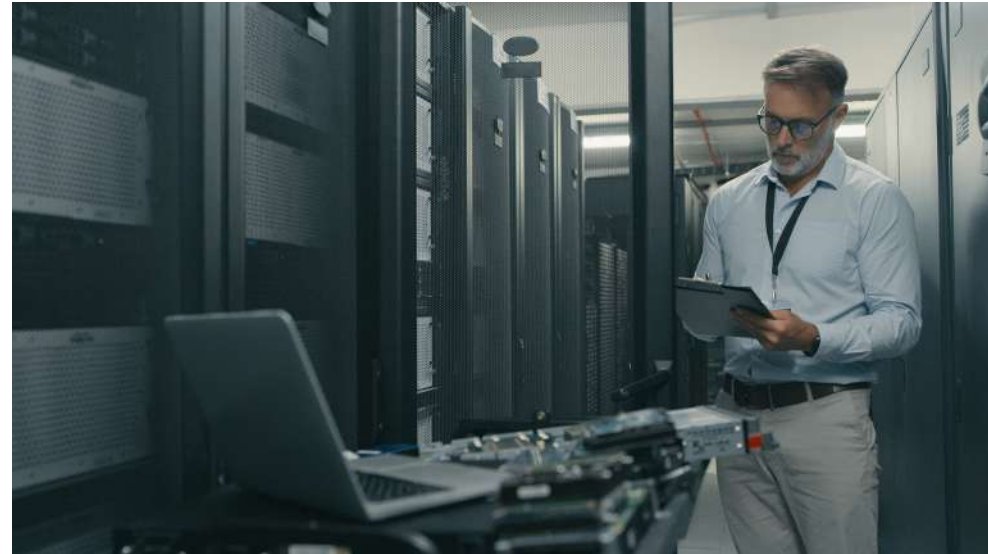
PART 2

Regarding board of directors' meetings, a notable aspect is that if such meetings are conducted directly through electronic environment as a virtual meeting rather than in a physical environment, and the company fails to establish the necessary technical electronic infrastructure and ensure accessibility for all board members, it not only results in the non-fulfillment of obligations for absent members but also violates the principle of equal treatment and infringes upon one of their inalienable rights. In this case, the decision of the board of directors shall be null and void pursuant to Article 391 of the TCC.

In case technical malfunctions occur during the conduct of an electronic general assembly or board of directors meeting, or if these issues prevent the participants from engaging in the voting and decision-making process, the decisions taken by the general assembly or board of directors may be annulled or invalid depending on the characteristics of the concrete case. Swiss law meticulously addresses such technical problems in a dedicated section. Article 701 of the Swiss Code of Obligations Revision (RevOR) dated June 19th, 2020 stipulates that in the event of technical problems that result in the inability to conduct the electronic general assembly meeting, the general assembly shall be repeated²⁷. Turkish law lacks a similar dedicated provision. In the event of a technical failure that prevents the continuation of the electronic general assembly meeting, it may be considered that the chairman of the meeting will be required to postpone the general

yapılması halinde şayet şirket gerekli teknik elektronik altyapı oluşturmadan ve tüm yönetim kurulu üyelerinin erişimi olmasını sağlamadan toplantıyı gerçekleştirirse bu katılmayan yönetim kurulu üyeleri bakımından yükümlülüklerin yerine getirilememesine sebebiyet vermekle beraber hem eşit işlem ilkesine aykırı olacak hem de vazgeçilmez haklarından birini ihlal edecektir. Bu durumda yönetim kurulu kararı TTK m. 391 doğrultusunda batıl olmaktadır.

Genel kurul veya yönetim kurulu toplantısının icrası sırasında icra edilememesine yol açacak teknik arızaların meydana gelmesi veya bu teknik arızaların karar alınması ve oylama süresince katılımcıların oylamaya katılmasını engelleyecek nitelikte olması halinde, genel kurul veya yönetim kurulunun aldığı kararlar somut olayın özelliklerine bağlı olarak iptal edilebilir veya geçersiz olabilecektir. İsviçre hukukunda konuya ilişkin bu tarz teknik problemlerin detaylı bir şekilde ayrı bir başlık altında düzenlendiği görülmektedir. Genel kurul toplantısının icra edilememesi sonucunu doğuran teknik problemler meydana gelmesi halinde 19 Haziran 2020 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu Revizyonu (RevOR) 701. madde kapsamında genel kurulun tekrarlanacağı hüküm altına alınmıştır²⁷. Türk hukukunda benzer bir özel düzenleme mevcut değildir. Genel kurul toplantısının devamına engel olan bir teknik arıza olması halinde toplantı başkanı tarafından genel kurulun ertelenmesi ve yeni bir genel kurul toplantısı yapılmasının gerekeceği düşünülebilir²⁸. Bu durumda teknik arıza yaşanmadan önce hukuka uygun olarak alınmış kararların varlığı



assembly meeting and convene a new general assembly meeting²⁸. In this case, there are opinions stating that the resolutions taken in accordance with the law before the technical failure are deemed valid and do not need to be discussed again²⁹.

VI. RECOMMENDATIONS TO COMPANIES

The electronic media designated for use may be stipulated in the company agreement, provided that they comply with the principle of directness³⁰. However, due to the dynamic nature of technological advancements, it is more advisable to establish a general principle for regulating the use of electronic media rather than providing detailed specifications³¹.

Blockchain is a distributed ledger in which data is stored in blocks by linking them together like a chain and encrypting them. Each time a new block of data is created, a hash of the previous block is taken and the next new block is generated and added to the chain³². In addition, approval from all network registries is obtained when adding a block to the chain³³. As transactions are made, this structure is maintained in the same way. Thus, someone else can never change them. Therefore, companies that want to hold general assembly and board of directors' meetings in electronic environment can use Blockchain technology to increase their cyber security. The aforementioned chain structure in Blockchain, requires the decryption of both the password of a specific block and the preceding block's code to access information. Since each block contains a code belonging to the previous block, passwords need to be broken in a chained manner. This is one of the strongest reasons why Blockchain technology is more secure. Because, in cyber-attacks, the defense system in Blockchain makes it difficult. With Blockchain technology, only shareholders with private keys can participate in voting. Voting in this way is also transparent in that voters can personally verify whether their votes were counted and whether the overall outcome was correct³⁴.

The utilization of e-signatures is obligatory for systems to be used for holding board of directors and general assembly meetings in electronic environment. Requiring all shareholders and board of directors' members to acquire e-signatures from service providers approved by the Information and Communi-

halinde geçerli sayılması ve tekrar görüşülmesine gerek olmadığını belirten görüşler bulunmaktadır²⁹.

VI. ŞİRKETLERE TAVSİYELER

Şirket sözleşmesinde, kullanılacak olan elektronik araçlar doğrudan doğruyalık ilkesine³⁰ uygun olmak koşuluyla önceden belirlenebilir. Fakat, sürekli yenilenen ve değişen teknolojik gelişmelerden dolayı detaylı bir belirleme yapmak yerine elektronik araçların genel prensip olarak düzenlenmesi daha yerinde olacaktır³¹.

Blockchain, verilerin bloklar halinde birbirlerine zincir gibi bağlanarak ve şifrelenerek saklandığı bir dağıtık kayıt defteridir. Her yeni veri bloğu oluşturmada bir önceki bloğa ait özet alınır ve bir sonraki yeni blok üretilerek zincire ekleme yapılmaktadır³². Ayrıca zincire bir blok eklenirken ağdaki tüm kayıt defterlerinin onayı alınır³³. İşlem yapıldıkça bu yapı aynı şekilde sürdürülür. Böylece başka biri onları hiçbir zaman değiştiremez. Dolayısıyla, elektronik ortamda genel kurul ve yönetim kurulu toplantısı yapmak isteyen şirketlerin Blockchain teknolojisini kullanması siber güvenliklerinin artmasını sağlayabilir. Blockchain'deki söz konusu zincir yapı sayesinde bilgilere erişebilmek adına bir bloktaki veriye ulaşılabilmesi için o bloğun şifresinin ve o blokta kayıtlı olan ondan önceki bloğun da şifresinin çözülmesi gerekmektedir. Her blokta ondan önceki bloğa ait bir kod bulunduğundan zincirleme şekilde şifrelerin kırılması gerekmektedir. Bu husus Blockchain teknolojisinin daha güvenli olmasının en güçlü nedenlerinden birisidir. Çünkü, siber saldırılarda Blockchain'deki savunma sistemi işi zorlaştırır. Blockchain teknolojisi ile sadece özel anahtar sahibi pay sahipleri oylamaya katılabilirler. Bu şekilde gerçekleştirilen oylama, oy verenlerin kendi oylarının sayılıp sayılmadığını ve sonucun doğru meydana gelip gelmediğini bizzat doğrulayabilmeleri açısından aynı zamanda şeffaftır³⁴.

Elektronik ortamda yönetim kurulu ve genel kurul toplantısı yapılabilmesi için kullanılacak olan sistemlerde e-imza zorunludur. Şirket bünyesindeki bütün hissedarların ve yönetim kurulu üyelerinin Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) onaylı hizmet sağlayıcılardan e-imza almalarının zorunlu tutulma-

FOOTNOTE

27 Cengil/ Korkut, p. 299.

28 Hakan Pulaşlı, "Elektronik Ortamda Anonim Şirket Genel Kuruluna İlişkin Düzenlemelerin Evrimi ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunundaki Durum", Arslanlı Bilim Arşivi (online), 10.12.2015, p. 61.

29 Pulaşlı, "Şirketler Hukuku Şerhi", V. 2, 4th Edition, Adalet Yayınevi, 2022 p. 906.

30 Cengil/ Korkut, p. 297.

31 Cengil/ Korkut, "Dijital Çağda Genel Kurul (Anonim Şirket Genel Kurul Toplantılarına İlişkin İsviçre Borçlar Kanunu Değişikliği Hakkında Değerlendirmeler)", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXVI. Y. 2022, p. 299.

32 Gökhan Ünal/ Çelebi Uluyol, "Blok Zinciri Teknolojisi", Bilişim Teknolojileri Dergisi, V. 13, Iss. 2, April 2020, p. 168.

33 Dr. Mahir E. Ocak, "Blokzincir Nedir? Nasıl Çalışır?", Tübitak Bilim Genç (online), 09.03.2023.

34 Cengil/ Korkut, p. 303.

DİPNOT

27 Cengil/ Korkut, s. 299.

28 Hakan Pulaşlı, "Elektronik Ortamda Anonim Şirket Genel Kuruluna İlişkin Düzenlemelerin Evrimi ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunundaki Durum", Arslanlı Bilim Arşivi (çevrimiçi), 10.12.2015, s. 61.

29 Pulaşlı, "Şirketler Hukuku Şerhi", Cilt 2, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022 s. 906.

30 Cengil/ Korkut, s. 297.

31 Cengil/ Korkut, "Dijital Çağda Genel Kurul (Anonim Şirket Genel Kurul Toplantılarına İlişkin İsviçre Borçlar Kanunu Değişikliği Hakkında Değerlendirmeler)", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXVI. Y. 2022, s. 299.

32 Gökhan Ünal/ Çelebi Uluyol, "Blok Zinciri Teknolojisi", Bilişim Teknolojileri Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 2, Nisan 2020, s. 168.

33 Dr. Mahir E. Ocak, "Blokzincir Nedir? Nasıl Çalışır?", Tübitak Bilim Genç (çevrimiçi), 09.03.2023.

34 Cengil/ Korkut, s. 303.

PART 2

cation Technologies Authority (ICTA) will expedite the transition of companies that have not yet adopted electronic meeting systems, facilitating their swift adoption in the future and enabling them to avail themselves of the opportunities outlined in the Announcement.

VII. CONCLUSION

Today, with the increase in technological developments, technology has entered every aspect of our lives. Concurrently, our current legislation endeavors to align with these progressions. The prospect of conducting board of directors and general assembly meetings in electronic environments, which are mandatory for the continuation of company operations, is deemed advantageous for companies in numerous aspects. However, this method is not without its drawbacks, alongside its merits. It is noteworthy that our current legislation does not provide virtual meetings in commercial companies, except for board of directors' meetings. This shows that while there is room for improvement in our laws, they do not comprehensively meet the demands of today. Nevertheless, even in this context, it is imperative to acknowledge that the advantages of meetings conducted in electronic environments outweigh the disadvantages, and forward-thinking companies should adapt to these systems.

sı, elektronik ortamda toplantı sistemlerine geçmemiş şirketlerin de ileride geçmek için daha hızlı adım atabilmesine ve Duyuru'da bahsedilen imkandan yararlanabilmesine olanak sağlar.

VII. SONUÇ

Günümüzde teknolojik gelişmelerin artması ile birlikte teknoloji, hayatımızın her alanına girmiştir. Mevzuatımız da bu gelişmelere ayak uydurmaya çalışmaktadır. Şirket faaliyetlerinin devam edebilmesi adına yapılması zorunlu olan yönetim kurulu ve genel kurul toplantılarının elektronik ortamda gerçekleştirilme imkânı şirketler için birçok yönden avantajlı görünmektedir. Ne var ki, bu yöntemin avantajları olduğu gibi dezavantajları da mevcuttur. Ayrıca hukukumuzda henüz sermaye şirketlerinde yönetim kurulu toplantıları haricinde sanal toplantı imkânının bulunmadığını belirtmekte fayda vardır. Bu da kanunlarımızın hâlen gelişmeye müsait olsa da, günümüz gerekliliklerini tam olarak karşılamadığını göstermektedir. Fakat bu haliyle bile elektronik ortamda yapılan toplantıların avantajlarının daha fazla olduğu kabul edilmeli; geleceğe yönelik düşünen şirketlerin bu sistemlere uyum sağlaması gerekmektedir.

BIBLIOGRAPHY

AYHAN KORTUNAY, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı, 1st Edition, İstanbul 2015.

BÜNYAMİN GÜRPINAR, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Toplantılarının Şekli ve Elektronik Toplantı Sistemi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi V.19, Iss. 2, 2013.

DR. SONER ALTAŞ, "Anonim Şirket Genel Kurul Rehberi", Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara 2022.

ERKAN YETKİNER, Türk Ticaret Kanun Tasarısında Elektronik İşlemler İle İlgili Yer Alan Yeni Düzenlemeler, E-yaklaşım Dergisi V. August, 2008.

GAMZE TURAN, Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Iss. 77, 2008.

GÖKHAN ÜNAL/ ÇELEBİ ULUYOL, Blok Zinciri Teknolojisi, Bilişim Teknolojileri Dergisi, V. 13, Iss. 2, April 2020.

GÜL NİHAL GÜĞÜL/ NİHAL KILINÇ, Uzaktan Eğitim ile Örgün Eğitimin Karbon Ayak İzine Etkilerinin Karşılaştırılması, Çanakkale Onsekiz Mart University Journal of Advanced Research in Natural and Applied Sciences, 2022, V. 8, Iss. 1.

HABİP OĞUZ, Elektronik Ortamda Kişisel Verilerin Korunması, Bazı Ülke Uygulamaları ve Ülkemizdeki Durum, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi Iss. 3, 2013.

HASAN PULAŞLI, Elektronik Ortamda Anonim Şirket Genel Kuruluna İlişkin Düzenlemelerin Evrimi ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunundaki Durum, Başkent Üniversitesi Arslanlı Bilim Arşivi (online), 10.12.2015.

İŞİK ÖZER, Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul ve Genel Kurulun Elektronik Ortamda Toplanması ve Karar Alması, Ankara 2006.

LEVENT UYSAL, 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Kapsamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, TBB Dergisi, Iss. 80, 2009.

M. FATİH CENGİL/ ÖMER KORKUT, "Dijital Çağda Genel Kurul (Anonim Şirket Genel Kurul Toplantılarına İlişkin İsviçre Borçlar Kanunu Değişikliği Hakkında Değerlendirmeler)", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V. 26, Iss. 3, 2022.

MEHMET AK, Anonim Şirketlerde Genel Kurul Toplantıları ve Ticaret Sicili Uygulamaları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.

MEHMET BAHTIYAR/ ESRA HAMAMCIOĞLU, Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.

MERVE SARIKAYA, "Anonim Şirket Genel Kuruluna Katılmaya Yetkili ve Katılmak Zorunda Olanlar İle Katılmamanın Hukuki Sonuçları", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Iss. 1, 2021.

MUSTAFA EVREN BERK, "Dijital Çağın Yeni Tehlikesi Deepfake", OPUS International Journal of Society Researches, Ağustos 2020, V. 16, Iss. 28.

NECAT AZARKAN, Anonim Şirketlerde Sanal (Virtüel) Genel Kurul, Dicle Üniversitesi Adalet Dergisi, V. 2, Iss. 4, 2018.

SALİH KARADENİZ, Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul, İMHFD, V. 7, Iss. 13, 2022.

ÜNAL TEKİNALP, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Sorunları, İstanbul 1979.

KAYNAKÇA

AYHAN KORTUNAY, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı, 1. Baskı, İstanbul 2015.

BÜNYAMİN GÜRPINAR, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Toplantılarının Şekli ve Elektronik Toplantı Sistemi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi C. 19, S. 2, 2013.

DR. SONER ALTAŞ, "Anonim Şirket Genel Kurul Rehberi", Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara 2022.

ERKAN YETKİNER, Türk Ticaret Kanun Tasarısında Elektronik İşlemler İle İlgili Yer Alan Yeni Düzenlemeler, E-yaklaşım Dergisi S: Ağustos, 2008.

GAMZE TURAN, Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti, Türkiye Barolar Birliği Dergisi S. 77, 2008.

GÖKHAN ÜNAL/ ÇELEBİ ULUYOL, Blok Zinciri Teknolojisi, Bilişim Teknolojileri Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 2, Nisan 2020.

GÜL NİHAL GÜĞÜL/ NİHAL KILINÇ, Uzaktan Eğitim ile Örgün Eğitimin Karbon Ayak İzine Etkilerinin Karşılaştırılması, Çanakkale Onsekiz Mart University Journal of Advanced Research in Natural and Applied Sciences, 2022, Cilt 8, Sayı 1.

HABİP OĞUZ, Elektronik Ortamda Kişisel Verilerin Korunması, Bazı Ülke Uygulamaları ve Ülkemizdeki Durum, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi S. 3, 2013.

HASAN PULAŞLI, Elektronik Ortamda Anonim Şirket Genel Kuruluna İlişkin Düzenlemelerin Evrimi ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunundaki Durum, Başkent Üniversitesi Arslanlı Bilim Arşivi (çevrimiçi), 10.12.2015.

İŞİK ÖZER, Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul ve Genel Kurulun Elektronik Ortamda Toplanması ve Karar Alması, Ankara 2006.

LEVENT UYSAL, 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Kapsamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, TBB Dergisi, Sayı 80, 2009.

M. FATİH CENGİL/ ÖMER KORKUT, "Dijital Çağda Genel Kurul (Anonim Şirket Genel Kurul Toplantılarına İlişkin İsviçre Borçlar Kanunu Değişikliği Hakkında Değerlendirmeler)", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 26, Sayı: 3, 2022.

MEHMET AK, Anonim Şirketlerde Genel Kurul Toplantıları ve Ticaret Sicili Uygulamaları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.

MEHMET BAHTIYAR/ ESRA HAMAMCIOĞLU, Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.

MERVE SARIKAYA, "Anonim Şirket Genel Kuruluna Katılmaya Yetkili ve Katılmak Zorunda Olanlar İle Katılmamanın Hukuki Sonuçları", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Sayı 1, 2021.

MUSTAFA EVREN BERK, "Dijital Çağın Yeni Tehlikesi Deepfake", OPUS International Journal of Society Researches, Ağustos 2020, Cilt: 16, Sayı: 28.

NECAT AZARKAN, Anonim Şirketlerde Sanal (Virtüel) Genel Kurul, Dicle Üniversitesi Adalet Dergisi, C. 2 S: 4, 2018.

SALİH KARADENİZ, Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul, İMHFD, C. 7, S. 13, 2022.

ÜNAL TEKİNALP, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetime Katılma Sorunları, İstanbul 1979.



PART 3

SELLER'S LIABILITY FOR DEFECTS IN SHARE PURCHASE AGREEMENTS

PAY DEVİR SÖZLEŞMELERİNDE
SATICININ AYIPTAN
SORUMLULUĞU

BERFİN SAİME SARI

PART 3

ABSTRACT | ÖZET

Within the scope of the article, the consequences of the breach of the representations and warranties regarding the share purchase agreements regarding the transfer of shares related to the company and the liability of the seller arising from these defects are analyzed.

Makale kapsamında şirkete ilişkin payların devrini konu alan pay devir sözleşmelerine ilişkin beyan ve tekefüllere aykırılığının pay devir sözleşmesi bakımından neticeleri ile satıcının işbu ayıplardan kaynaklanan sorumluluğu incelenmiştir.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELELER

Share Purchase Agreements, Defect, Representation, Warranty, Seller, Transfer Of Shares, Target Company.

Pay Devir Sözleşmeleri, Ayıp, Beyan, Tekeffül, Satıcı, Payların Devri, Hedef Şirket.

I. INTRODUCTION

Share purchase agreements are agreements between the shareholder who transfers their shares (the "Seller") and the shareholder who acquires the shares (the "Buyer") that focus on the transfer of the shares held by the Seller in the company to the Buyer. In share purchase agreements, since the value subject to the sale is "shares", in addition to the responsibilities of the Seller arising from the share purchase agreement, the Seller also has a liability of warranty against defects in the event that the shares sold are defective. Furthermore, although the value subject to sale in share purchase agreements is the "share", the matters declared and warranted are sometimes directly related to the "share", while sometimes the declarations, undertakes and warranties under the agreement are not limited to the qualifications of the shares, but may also include information regarding the status of the target company. The representations and warranties promised under the agreement may include information regarding the management decisions, activities and general condition of the company. This means that the Seller's liabilities may vary depending on the characteristics of the representations and warranties.

I. GİRİŞ

Pay devir sözleşmeleri (ya da hisse devir sözleşmeleri), paylarını devreden hissedar ("Satıcı") ve payları devralacak ("Alıcı") arasında Satıcı'nın şirkette sahip olduğu payların Alıcı'ya devri üzerine odaklanan sözleşmelerdir. Pay devir sözleşmelerinde, satışa konu olan değer "pay" olması sebebiyle, Satıcı'nın pay devir sözleşmesinden doğan sorumluluklarının yanında, temelde satılan payın ayıplı olması durumunda, Satıcı'nın ayıba karşı tekeffül mesuliyeti de mevcuttur. Bunun yanı sıra pay devir sözleşmelerinde satışa konu olan değer "pay" olmasına rağmen beyan ve tekeffül edilen konular kimi zaman direkt olarak "pay"a yönelik iken kimi zaman ise sözleşme tahtındaki beyan, taahhüt ve tekefüller sadece payların nitelikleriyle sınırlı kalmayıp hedef şirketin durumuyla ilgili bilgileri de içerebilmektedir. Sözleşme kapsamında vaat edilen beyan ve tekefüller şirketin yönetim kararlarına, faaliyetlerine ve genel durumuna dair bilgileri içerebilir. Bu durum, beyan ve tekefüllerin özelliklerine bağlı olarak Satıcı'nın sorumluluklarının değişkenlik gösterebileceği anlamına gelmektedir.



II. SHARE PURCHASE AGREEMENTS IN GENERAL

The Turkish Code of Obligations No. 6098 (the "TCO") extensively regulates the liability arising from the defects of the goods sold and the effect of such liability on the sales agreement. On the other hand, there is no special regulation on liability for representations and warranties in the context of share purchase agreements, which are mainly subject to the Turkish Commercial Code No. 6102 (the "TCC").

Notwithstanding the fact that the basis of the share purchase agreements is the transferred share of the company, the purpose of the Buyer in the share purchase agreement may be the acquisition of not only the share, but also the activities of the company belonging to the share. In this context, in addition to the characteristics of the share, the characteristics that are extremely important for the Buyer include elements that may significantly affect the activities of the company. Therefore, the representations and warranties contained in the agreement may not only be limited to the characteristics of the shares but may also include information regarding the status of the target company.

II. GENEL OLARAK PAY DEVİR SÖZLEŞMELERİ

Satış sözleşmelerinde, satılanın ayıplarından doğan sorumluluk ve işbu sorumlulukların satış sözleşmesine etkisi hakkında düzenlemelere 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ("TBK") kapsamlı olarak yer verilmektedir. Bunun yanında, esas itibarıyla 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na ("TTK") konu payların devrine ilişkin sözleşmeler bağlamında beyan ve tekefüllerden sorumluluğa ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

Pay devir sözleşmelerinin temelini şirketin devredilen payı oluştursa da Alıcı'nın pay devir sözleşmesindeki amacı, sadece payın değil, aynı zamanda paya ait şirketin faaliyetlerinin de devralınması olabilir. Bu bağlamda, paya ilişkin özelliklerin yanı sıra, Alıcı için son derece önemli olan nitelikler, şirketin faaliyetlerini önemli derecede etkileyebilecek unsurları içermektedir. Bu nedenle, sözleşmede yer alan beyan ve tekefüller sadece payların nitelikleriyle sınırlı kalmayıp hedef şirketin durumuyla ilgili bilgileri de içerebilmektedir.

PART 3

III. REPRESENTATIONS AND WARRANTIES

Especially in share purchase agreements, the accuracy of the Seller's representations and warranties hold paramount significance for the future performance and value of the company whose shares the Buyer will acquire. Such agreements are usually detailed and comprehensive and are accompanied by a process in which many factors such as the target company's financial status, legal obligations, and position in the sector in which it operates are examined.

A. Liability for Representations and Warranties in Sales Agreements

In sales agreements, the TCO comprehensively regulates the liabilities that may arise from the defects of the goods sold and the projection of these liabilities in the agreement. However, in principle, there is no special provision in the TCC with respect to share purchase agreements. The representations and warranties in share purchase agreements determine the liability of the seller¹. In the event that the representations and warranties regarding the accuracy and completeness of the circumstances declared by the Seller with the provision to be included in the agreement are not true or the conditions undertaken are not fulfilled, the liability of the Seller will arise. In this case, the Buyer may have the right to claim indemnification for material damages and/ or terminate the agreement with the regulations introduced in favor of the Buyer as outlined in the agreement.

Pursuant to Article 219 of the TCO, the Seller may be held liable in the event that the qualities specified to the Buyer in the sales agreement are not present in the sold goods, as well as in the presence of material, legal or economic defects that contradict the quality or quantity affecting the quality, that eliminate the value in terms of intended use and the benefits that the Buyer expects to provide or that significantly reduce these benefits². In this case, the warranty liability under the agreement of sale is divided into statutory (legal) and contractual warranties³. Statutory warranty is the liability arising from the absence of the characteristics that should normally be present in the goods subject to sale or the existence of certain defects that

III. BEYAN VE TEKEFFÜLLER

Özellikle pay devir sözleşmelerinde Satıcı'nın verdiği beyan ve tekefüllerin doğruluğu, Alıcı'nın paylarını devralacağı şirketin gelecekteki performansı ve değeri açısından büyük önem taşır. Bu tür sözleşmeler genellikle detaylı ve kapsamlı olup, hedef şirketin mali durumu, yasal yükümlülükleri, faaliyet gösterdiği sektördeki konumu gibi pek çok unsurun incelendiği bir süreçle beraber ilerler.

A. Satış Sözleşmelerinde Beyan ve Tekefüllerden Sorumluluk

Satış sözleşmelerinde, satılanın ayıplarından doğabilecek sorumluluklarına ve işbu sorumlulukların sözleşmedeki izdüşümüne ilişkin düzenlemelere TBK'da detaylı olarak yer verilmektedir. Bununla birlikte, esas itibarıyla TTK'da payların devrine dair sözleşmeler bakımından özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Pay devir sözleşmelerinde yer alan beyan ve tekefüller, satıcının sorumluluğunu belirler¹. Sözleşmeye konulacak hüküm ile Satıcı'nın beyan ettiği durumların doğru tam ve eksiksiz olduğu hususuna ilişkin beyan ve tekefüllerin gerçek olmaması veya taahhüt edilen şartların yerine getirilmemesi durumunda Satıcı'nın sorumluluğu doğacaktır. Bu durumda Alıcı, sözleşmede Alıcı lehine getirilmiş düzenlemeler ile maddi zararlarının tazminini talep etme ve/ veya sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olabilecektir.

TBK madde 219 uyarınca, Satıcı'nın, satış sözleşmesinde alıcıya belirttiği niteliklerin satılarda bulunmadığı durumda sorumluluğuna gidilebileceği gibi; nitelik veya niteliği etkileyen niceliğiyle tezatlık oluşturan, kullanım amacı açısından değerini ve alıcının sağlamayı beklediği yararları ortadan kaldıran veya işbu yararları önemli ölçüde düşüren maddi, hukuki yahut ekonomik ayıpların varlığı halinde de sorumluluğuna gidilebilecektir². Bu durumda satış sözleşmesi tahtındaki tekeffül sorumluluğu kanundan doğan (kanuni) ve sözleşmeden doğan (sözleşmesel) tekefüller olarak ortaya çıkmaktadır³. Kanuni tekeffül, satışa konu malda normal olarak bulunması gereken özelliklerin bulunmamasından veya o malın kıymetini azaltan birtakım ayıpların mevcudiyetinden doğan sorumluluktur. Satıcı'nın

reduce the value of the goods. In order for the Seller to be held liable for such defects, the Seller does not need to make a separate undertaking, and the liability arises directly from the provision of the law⁴. Contractual warranty, on the other hand, is the liability of the Seller for the features that the Seller has declared to be present in the goods subject to sale. The Seller's undertaking may be express or implied⁵.

B. Statements of Qualification and Warranties in Share Purchase Agreements

The seller may make certain commitments that are not only valid when the contract is executed, but also during the period between the execution of the contract and the closing, at the time of the closing, and thereafter⁶. These commitments are characterized as qualification statements for a specific period of time, such as whether the company possesses certain characteristics at the time of transfer.

In the doctrine, a distinction is made between "statements of qualification" (representations) and "warranties". With a statement of qualification, the Seller undertakes that the company subject to the transfer has certain positive qualities or does not have certain negative qualities at the time the share purchase agreement is concluded.

In the concrete case, the issue of whether a declaration of qualifications or a guarantee is in question is important since the declaration of qualifications is subject to the provisions regarding the liability of warranty against defects, whereas the guarantees give rise to an independent obligation. In case of breach of the guarantee commitment, the general provisions regarding breach of obligation are applied instead of the provisions of the liability of warranty against defects, and the claims arising therefrom are subject to the general limitation period of 10 (ten) years instead of the 2 (two) year limitation period for defects⁷. In cases where there is a notice of quality, an independent cause of liability does not arise, the provisions of the law on the liability of warranty against defects are extended or amended in favor of the Buyer, and in other cases, the provisions of the law are applied⁸.

söz konusu ayıplardan sorumlu tutulabilmesi için Satıcı'nın ayrıca taahhütte bulunması gerekmeyip sorumluluk, doğrudan doğruya kanun hükmünden kaynaklanır. Sözleşmesel tekeffül ise Satıcı'nın, satışa konu malda bulunduğu bildirdiği özellikler için sorumlu olmasıdır⁴. Satıcı'nın taahhüdü açık veya örtülü olabilir⁵.

B. Pay Devir Sözleşmelerinde Nitelik Bildirimleri ve Garantiler

Satıcı, yalnızca sözleşmenin akdedildiği an için geçerli olmayıp; sözleşmenin akdedildiği an ile kapanış (closing) arasında geçen dönemde; kapanış anında ve sonrası için de geçerli olabilecek birtakım taahhütlerde bulunabilmektedir⁶. Bu taahhütler, belirli bir zaman aralığı için; örneğin devir anı itibarıyla şirketin bazı özellikleri taşıdığına ya da taşımadığına ilişkin olduğu durumda nitelik bildirimini özelliği taşımaktadır.

Doktrinde "nitelik bildirimleri" (beyan; representations) ile "garantiler" (tekefüller; warranties) arasında bir ayrım yapılmaktadır. Nitelik bildirimini ile Satıcı, hisse devir sözleşmesinin akdedildiği anda devre konu şirketin birtakım olumlu niteliklere sahip olduğunu veya birtakım olumsuz niteliklere sahip olmadığını taahhüt etmektedir.

Somut olayda nitelik bildiriminin mi yoksa garantinin mi söz konusu olduğu hususu; nitelik bildiriminin ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümlere tabi olmasına rağmen garantilerin bağımsız bir borç doğurmasından ötürü önem arz etmektedir. Garanti taahhüdüne aykırılık durumunda ayıba karşı tekeffül hükümleri yerine borca aykırılığa ilişkin genel hükümler uygulanıp bundan kaynaklanan talepler de iki (2) yıllık ayıp zamanaşımı süresi yerine on (10) yıllık genel zamanaşımı süresine tabidir⁷. Nitelik bildiriminin bulunduğu durumlarda ise bağımsız bir sorumluluk nedeni gündeme gelmemekte, ayıba karşı tekeffüle dair kanun hükümleri alıcı lehine genişletilmekte veya değiştirilmekte, bunun haricindeki durumlarda ise kanun hükümleri uygulanmaktadır⁸.

DİPNOT

¹ **Nurşen Ayan**, Taşınır Satımında Satıcının Kanundan Doğan Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, DergiPark, z. 14.

² 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK).

³ **Hande Deniz Çakmaklı**, Türk Medeni Hukukunda Komisyon Sözleşmesi, Marmara Üniversitesi, 2021.

⁴ **Ayan**, Taşınır Satımında Satıcının Kanundan Doğan Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, DergiPark, z. 14.

⁵ İşbu husus, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 227. maddesinin gerekçesinde de özellikle vurgulanmıştır.

⁶ **Vedat Buz**, Ortaklık Paylarının Devrinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 35. cilt, S. 3, 2019'dan naklen Pay devrine ilişkin sözleşmeler borçlandırıncı işlem niteliği taşıyorken söz konusu işlemin ifası amacıyla payların devri "closing" kavramı ile ifade edilmektedir.

⁷ **F. Eren**, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2017, s. 109; **Gümüüş, M. A.**: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul 2012, s. 97; **Kapanıcı, K. B.**: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Türleri, İstanbul 2012, s. 117.

⁸ **Buz**, Ortaklık Paylarının Devrinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 35. cilt, S. 3, 2019'dan naklen **Staudinger/ Beckmann**, § 453 BGB, Rn. 108; BeckOGK-BGB/Wilhelmi, § 453, Rn.720; Huber, Acp 202 (2002), s. 205.

FOOTNOTE

¹ **Nurşen Ayan**, Taşınır Satımında Satıcının Kanundan Doğan Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, DergiPark, z. 14.

² Turkish Code of Obligations No. 6098 (TCO).

³ **Hande Deniz Çakmaklı**, Türk Medeni Hukukunda Komisyon Sözleşmesi, Marmara Üniversitesi, 2021.

⁴ **Ayan**, Taşınır Satımında Satıcının Kanundan Doğan Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, DergiPark, z. 14.

⁵ This matter has been particularly emphasized in the preamble of Article 227 of the Turkish Draft Civil Code.

⁶ **Vedat Buz**, Ortaklık Paylarının Devrinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 35th volume, p. 3, While the agreements regarding the transfer of shares have the characteristics of an obligatory transaction, the transfer of shares for the purpose of performance of the transaction in question is expressed by the concept of "closing".

⁷ **Eren, F.**: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 4th volume, Ankara 2017, p. 109; **Gümüüş, M. A.**: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul 2012, p. 97; **Kapanıcı, K. B.**: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Türleri, İstanbul 2012, p. 117.

⁸ Cited in; **Buz**, Ortaklık Paylarının Devrinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 35th volume, p. 3, 2019; **Staudinger/ Beckmann**, § 453 BGB, Rn. 108; BeckOGK-BGB/Wilhelmi, § 453, Rn.720; Huber, Acp 202 (2002), p. 205.

PART 3

C. Optional Rights of the Buyer when the Seller is Responsible for the Defect

Article 227 of the TCO regulates the optional rights of the Buyer in cases where the Seller is liable for defects, and pursuant to the provision of this article; the Seller has the right to withdraw from the agreement, to retain the goods or value and to request a discount in the sale price in proportion to the defect, to request the repair of the sold goods at the Seller's expense unless it requires an excessive expense, and if possible, to request the replacement of the sold goods with a similar one without defects⁹.

In share purchase agreements, since the value sold is basically the shares, the main liability of the Seller arises within the scope of the defects related to the shares. As mentioned above, there is no special provision in the TCC regarding the declarations and undertakings under the share purchase agreement, and the relevant liability is subject to the general provisions explained above. In this context, the Seller first undertakes that the shares sold have been properly issued by the target company, that the share certificates, if any, have been duly issued, and similar matters regarding the shares.

a. Regulations on the Prevention of Problems that may arise in Share Purchase Agreements

In share purchase agreements, the parties aim to prevent problems that may arise after the execution of the agreement regarding declarations and warranties by regulating them through detailed examination procedures under headings such as the proper establishment of the company subject to the transfer, the subject matter of the transfer and the transfer price, closing conditions, arrangements regarding guarantees, the fact that the transferred company has the necessary permits to operate, that it performs its activities properly, that taxes are duly declared, and that the necessary reserves are set aside¹⁰. The provisions relating to these matters are the most intensively consulted and negotiated provisions during the conclusion of the agreement¹¹.

Amendments in the processes between the period the agreement is concluded, and the completion stage of the agreement may lead

C. Ayıptan Satıcının Sorumlu Olduğu Durumlarda Alıcının Sahip Olduğu Seçimlik Haklar

TBK'nın 227. maddesinde Satıcı'nın ayıptan sorumlu olduğu durumlarda Alıcı'nın sahip olduğu seçimlik haklar düzenlenmiş olup madde hükmü uyarınca; Satıcı'nın sözleşmeden dönme, mal veya değeri alıkoymuş ayıp oranında satış bedelinde indirim isteme, aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın onarılmasını isteme ve mümkün ise satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini talep etme hakları bulunmaktadır⁹.

Pay devir sözleşmelerinde temelde satılan değer pay olması sebebiyle, Satıcı'nın asıl taahhüt sorumluluğu, esasen paya ilişkin ayıpların kapsamında doğmaktadır. Değindiğimiz üzere TTK'da pay devir sözleşmesi çerçevesinde beyan ve taahhütlerle ilgili özel bir düzenleme bulunmayıp ilgili sorumluluk, yukarıda açıklanan genel hükümlere tabidir. Bu bağlamda, Satıcı ilk olarak, satılan payların hedef şirket tarafından uygun şekilde ihraç edildiğini, varsa pay senetlerinin usulüne uygun bir biçimde düzenlendiğini ve paya ilişkin benzer hususları taahhüt etmektedir.

a. Pay Devir Sözleşmelerinde Ortaya Çıkabilecek Sorunların Önlenmesine İlişkin Düzenlemeler

Pay devir sözleşmelerinde taraflar; devre konu şirketin usulüne uygun olarak kurulması, devrin konusu ve devir bedeli, kapanış koşulları, garantilere ilişkin düzenlemeler, devredilen şirketin faaliyette bulunabilmesi için gerekli izinlere sahip olması, faaliyetlerini usulüne uygun icra etmesi, vergilerin usulüne uygun olarak beyan ediliyor olması, gerekli yedek akçelerin ayrılması gibi başlıklar kapsamında detaylı inceleme prosedürleriyle düzenleyerek sözleşme kurulduktan sonra beyan ve tekefüllere ilişkin ortaya çıkabilecek sorunları önlemeyi hedeflemektedir¹⁰. Bu hususlara ilişkin hükümler, sözleşme akdedilirken üzerinde en yoğun iştişare edilen ve müzakeresine en önem atfedilen hükümlerdir¹¹.

Sözleşmenin yapıldığı dönem ile sözleşmenin tamamlanma aşaması arasındaki süreçlerde değişiklikler olması, taraflar arasında anlaşmazlıklara neden olabilmektedir. De-

to disputes between the parties. Differences in valuation processes can lead to disputes, particularly between the predicted value and the realized value.

IV. COMMON CHALLENGES IN SHARE PURCHASE AGREEMENTS

We have already mentioned above that amendments in the processes between the period the agreement is concluded, and the completion stage of the agreement may lead to disputes between the parties. Differences in valuation processes may lead to disputes, especially between the predicted value and the realized value.

Since the definition and regulations of the Seller's liability for defects in share transfer transactions are not clearly regulated in the law, there are different opinions in the doctrine on the definition and the ways to be followed in practice.

In the event that the representations and warranties regulated in the agreement are directed not only to the shares, but also to the company; since the shares constitute the main subject matter of the share purchase agreements, there is no consensus in the doctrine regarding the special quality of the goods sold notified to the Buyer pursuant to Article 219/1 of the TCO, i.e. "the matter mentioned and promised". In this context, Tekinalp emphasizes that in the event of the transfer of the majority of the shares of the target company, the transferor is liable for material and legal defects and deficiencies in the assets¹².



ğerleme süreçlerindeki farklılıklar, özellikle öngörülen değer ile gerçekleşen değer arasında anlaşmazlıklara yol açabilir.

IV. PAY DEVİR SÖZLEŞMELERİNDEKİ YAYGIN ZORLUKLAR

Sözleşmenin yapıldığı dönem ile sözleşmenin tamamlanma aşaması arasındaki süreçlerde değişiklikler olması, taraflar arasında anlaşmazlıklara neden olabileceğini yukarıda belirtmiştik. Değerleme süreçlerindeki farklılıklar, özellikle öngörülen değer ile gerçekleşen değer arasında anlaşmazlıklara yol açabilir.

Pay devir işlemlerindeki satıcının ayıptan sorumluluğunun tanımı ve düzenlemeleri kanunda açıkça düzenlenmediğinden, tanım ve uygulamada izlenecek yollar hakkında doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmaktadır.

Sözleşmede düzenlenmiş olan beyan ve tekefüllerin, yalnızca paya değil, şirkete yönelik de olması durumunda; pay devir sözleşmelerinin ana konusunu pay oluşturduğu için; TBK madde 219/1 hükmü uyarınca satılanın alıcıya bildirilen özel niteliği, yani "zikir ve vaat edilen husus" konusunda doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bu bağlamda Tekinalp, hedef şirket paylarının çoğunluğunun devri durumunda devreden maddi ve hukuki ayıplar ile malvarlığındaki eksikliklerden sorumlu olduğunu vurgulamaktadır¹².

DİPNOT

⁹ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK).

¹⁰ Ferna İpek Kayalı, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler, İstanbul, 2014, s. 138.

¹¹ Vedat Buz, Ortaklık Paylarının Devrinde Ayıba Karşı Tekefül Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 35. cilt, s. 3, 2019'dan naklen Tschäni, s. 145; Tschäni, R./Wolf, W.: Vertragliche Gewährleistung und Garantien - Typische Vertragsklauseln, Mergers & Acquisitions VIII, Zürich 2006, s. 94; Grossmann, K./Mönnich, U.: Warranty&Indemnity Insurance, Die Versicherbarkeit von Garantierisiken aus Unternehmenskaufverträgen, NZG 2003, s. 708.

¹² Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, Yeniden Yazılmış 14. Basım, s. 626-627.

FOOTNOTE

⁹ Turkish Code of Obligations No. 6098 (TCO).

¹⁰ Ferna İpek Kayalı, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler, İstanbul, 2014, p. 138.

¹¹ Buz, Ortaklık Paylarının Devrinde Ayıba Karşı Tekefül Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 35th volume, p. 3, 2019'dan naklen Tschäni, p. 145; Tschäni, R./Wolf, W.: Vertragliche Gewährleistung und Garantien - Typische Vertragsklauseln, Mergers & Acquisitions VIII, Zürich 2006, p. 94; Grossmann, K./Mönnich, U.: Warranty&Indemnity Insurance, Die Versicherbarkeit von Garantierisiken aus Unternehmenskaufverträgen, NZG 2003, p. 708.

¹² Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, Rewritten 14. Edition, p. 626-627.

PART 3

In support of Tekinalp, Buz argues that the transfer of the shares of a corporation is, as a rule, not the sale of goods, but the transfer of rights, and that only in the case of the transfer of all or almost all of the shares of the corporation, a situation economically similar to the transfer of a business will be in question¹³. In this case, Buz assesses that the defects related to the business can be characterized as defects related to the shares and the liability of the Seller will arise. Ayoğlu, on the other hand, argues that the representations and warranties regarding the company cannot be considered within the scope of the special quality notified to the Buyer regarding the sale within the meaning of Article 219/1 of the TCO¹⁴.

In a share purchase agreement, the issue of whether or not the company shares are

Tekinalp'i destekler nitelikte olarak Buz da ortaklığın paylarının devrinin kural olarak mal satışı değil, hak devri anlamına geldiğini ve yalnızca ortaklığın paylarının tamamının veya tamamına yakınının devri halinde, ekonomik olarak bir işletmenin devrine benzer bir durum söz konusu olacağını savunmaktadır¹³. Buz, bu durumda işletmeye ilişkin ayıpların paya ilişkin ayıplar olarak nitelendirilebileceğini ve satıcının doğacak olan sorumluluğunu değerlendirir. Ayoğlu ise şirkete ilişkin beyan ve tekefüllerin TBK m. 219/1 hükmü anlamında satılana ilişkin olarak alıcıya bildirilen özel nitelik kapsamında kabul edilemeyeceğini savunmaktadır¹⁴.

Pay devir sözleşmesinde, şirket paylarının kıymetli evraka bağlanıp bağlanmamış olması, pozitif düzenlemelerde ayrı bir şekilde ele alınmamıştır. Bu nedenle, söz konusu



bound to negotiable instruments is not addressed separately in the positive regulations. Therefore, it is important to take into account the doctrinal differences of opinion on share purchase agreements when making regulations regarding the consequences of such representations and warranties. In this context, it should be emphasized that the breach of the relevant representations and warranties is an important issue in terms of reaching the true will of the parties. The issues regarding the representations and warranties set forth in the agreement may vary depending on the legal, economic, tax and other various scopes of the Buyer's examination of the target company and the shares sold.

beyan ve tekefüllerin sonuçlarına yönelik düzenlemeler yapılırken pay devir sözleşmeleri üzerine doktrinsel görüş ayrılıklarının göz önünde bulundurulması önemlidir. Bu bağlamda, ilgili beyan ve tekefüllerdeki aykırılığın, tarafların gerçek iradesine ulaşılması açısından önemli bir husus olduğu vurgulanmalıdır. Sözleşmede belirtilen beyan ve tekefüllere ilişkin hususlar, alıcı tarafından hedef şirket ve satılan paylar üzerinde hukuki, ekonomik, vergisel ve diğer çeşitli kapsamlarda yapılan incelemeye bağlı olarak değişebilecektir.

V. CASES IN WHICH THE TRANSFEREE CLAIMS DEFICIENCIES IN THE ASSETS OF THE TARGET COMPANY IN THE TRANSFER OF SHARES OF A JOINT STOCK COMPANY

The transaction involving the transfer of shares in a joint stock company may be related to the value of the company's assets or the nature of the company's shares. Particularly in block purchases, the Buyer's objective is to obtain control of the business through ownership of the company's shares.

In each of these transactions, the economic results and benefits obtained by the Buyer are almost identical; however, the legal processes used to achieve this result are completely different. Therefore, in competition law, from an economic perspective, share acquisitions, mergers and acquisitions are broadly considered as mergers or concentrations. These transactions are evaluated in accordance with Article 7 of the No. 4054 Law on the Protection of Competition.

When evaluating the transfer of shares in a joint stock company, the validity of the transferee's share certificate and the establishment of share ownership through registration in the share ledger are critical factors to consider from a commercial and legal standpoint. When the transfer of shares of a joint stock company is considered in terms of commercial and law of obligations, it is important that the share certificate of the transferee is valid, and the share ownership is established by being registered in the share ledger. However, if it is considered that only the share is transferred, this may mean that the transferor is released from liability. However, when the transfer of shares is considered not only as an asset value but also as a means of control, it may not be sufficient for the transferor to be released from liability. In particular, in cases where the transferor has a dominant position in the management of the company, the transfer of shares may not only mean the transfer of shares but may also be perceived as the transfer of control power. The acceptance of control as a separate asset value arises from the fact that it provides the owner with direct or indirect economic power over the assets of the company¹⁵.

V. ANONİM ORTAKLIK HİSSE DEVRİNDE HEDEF ŞİRKETİN MALVARLIĞINDAKİ EKSİKLİKLERİN DEVRALAN TARAFINDAN İLERİ SÜRÜLDÜĞÜ DURUMLAR

Anonim ortaklık hisse devrini içeren işlem, şirketin malvarlığı değeriyle veya şirket hisselerinin niteliğiyle ilgili olabilir. Özellikle blok alımlarda, alıcı tarafın amacı, şirket paylarına sahip olarak işletmenin kontrolünü elde etmektir.

Bu işlemlerin her birinde, alıcının elde ettiği ekonomik sonuçlar ve faydalar neredeyse aynıdır; ancak bu sonuca ulaşmak için kullanılan hukuki süreçler tamamen farklıdır. Bu nedenle, rekabet hukukunda, ekonomik bir bakış açısıyla ele alındığında hisse iktisabı, şirket birleşmesi ve işletme devralma, geniş anlamda birleşme veya konsantrasyon olarak kabul edilir. Söz konusu işlemler, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 7 doğrultusunda değerlendirilmektedir.

Anonim ortaklık payının devri, ticaret ve borçlar hukuku açısından ele alındığında, devralan kişinin hisse senedinin geçerli olması ve pay defterine kaydedilmiş olmasıyla pay sahipliğinin tesis edilmiş olması önem arz eder. Ancak, sadece payın devredildiği kabul edildiğinde, bu durum devreden sorumluluktan kurtulduğu anlamına gelebilir. Fakat, pay devri sadece bir malvarlığı değeri olarak değil, aynı zamanda kontrol gücü sağlayan bir araç olarak da ele alındığında, devreden sorumluluktan kurtulması için yeterli olmayabilir. Özellikle, devreden şirket yönetiminde hâkim konumda olduğu durumlarda, hisse devri sadece payın devri anlamına gelmeyip aynı zamanda kontrol gücünün devri olarak da algılanabilir. Kontrolün ayrı bir malvarlığı değeri olarak kabul edilmesi, sahibine şirket malvarlığı üzerinde doğrudan veya dolaylı ekonomik güç sağlamasından kaynaklanır¹⁵. Dolayısıyla, hissenin değeri ile şirket malvarlığı arasındaki bağlantı göz önünde bulundurulmalıdır.

Bu durum, şirketin tüzel kişiliği ve malvarlığının hisse devriyle etkilenmediği gerçeğiyle çelişse de hissenin değerinin şirket

FOOTNOTE

¹³ Buz, Ortaklık Paylarının Devrinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi. 35th volume, p. 3, 2019, p. 70.

¹⁴ T. Ayoğlu, Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul (2018, p. 25.) See for the contrary opinion in the article: İsmail G. Esin/ S. Tunç Lokmanhekim, "M&A Transactions Under Turkish Law" p. 39-40.

¹⁵ Ali Paşlı, Anonim Ortaklığın Devralınması, İstanbul, 2009, p. 215.

DİPNOT

¹³ Buz, Ortaklık Paylarının Devrinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi. 35. cilt, s. 3, 2019, s. 70.

¹⁴ T. Ayoğlu, Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul (2018, s. 25.) Aksi görüş için bkz: İsmail G. Esin/ S. Tunç Lokmanhekim, "M&A Transactions Under Turkish Law", s. 39-40.

¹⁵ Ali Paşlı, Anonim Ortaklığın Devralınması, İstanbul, 2009, s. 215.

PART 3

Therefore, the link between the value of the shares and the assets of the company should be considered.

Although this contradicts the fact that the legal personality and assets of the company are not affected by the transfer of shares, it means that the value of the shares is not independent from the assets of the company and any legal or material deficiencies resulting from the transfer of shares should be included in the liability of the transferor. Although this contradicts the theory of legal personality and the principle of separation, it shows that the legal order should not ignore this economic reality and should take into account the relationship between the value of the shares and the assets of the company.

In the event of a transfer of a right attached to a negotiable instrument, in terms of the tangible asset subject to the transfer, this is not a transfer of "instrument", but a transfer of a share, which is essentially the right itself, and it expresses a transfer of a right within the scope of intangible property¹⁶. In the doctrine, it is generally argued that the provisions of the liability of warranty against defects are only applicable to the sale of tangible assets and therefore, if the subject matter of the agreement is considered to be only partnership shares, the provisions of the liability of warranty against defects cannot be applied¹⁷. According to this view, in cases where the share certificate is materially defective, the provisions of the warranty against defect are applicable only if the share certificate is attached to the share certificate. However, in the event that the share is attached to both the share as a right and the share certificate as a negotiable instrument in accordance with its nature, it may be possible to raise the issue of liability for defects in terms of the share certificate, which is a tangible asset. Material defects in the share certificate include scratches, tears or, in the case of attachments such as talons or coupons attached to the share certificate, the lack of these attachments, and the lack of these elements may be considered among the situations that may lead to liability for defect.

In the case of the transfer of control of the company or special undertakings related to the assets of the company, a situation is mentioned where it may almost qualify as a business transfer. In this case, the defect provisions in the sale of securities in the transfer of shares may need to be applied in a similar

malvarlığından bağımsız olmadığı ve hisse devrinden kaynaklanan hukuki veya maddi eksikliklerin devreden sorumluluğuna dahil edilmesi gerektiği anlamına gelir. Bu, tüzel kişilik teorisi ve ayrılık ilkesiyle çelişse de hukuk düzeninin bu iktisadi gerçeği göz ardı etmemesi ve hisse değeri ile şirket malvarlığı arasındaki ilişkiyi göz önünde bulundurması gerektiğini gösterir.

Kıymetli evraka bağlı bir hakkın devri söz konusuysa, devre konu olan maddi varlık bakımından bu, 'evrak' değil, esasen o hakkın kendisi olan bir pay devridir ve gayri maddi mal kapsamında bir hak devrini ifade eder¹⁶. Doktrinde genellikle ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yalnızca maddi varlığa sahip olan malların satışına yönelik olduğu ve dolayısıyla sözleşmenin konusunun sadece ortaklık payı olarak kabul edilmesi durumunda ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanamayacağı savunulmaktadır¹⁷. Bu görüşe göre, ayıba karşı teminat hükümleri, pay senedinde maddi ayıbın söz konusu olduğu durumlarda yalnızca payın senede bağlanmış olması halinde uygulanabilir. Ancak, niteliğine uygun bir şekilde hem bir hak olarak ortaklık payına hem de kıymetli evrak niteliğindeki pay senetlerine bağlanması durumunda, maddi bir varlık olan senet açısından ayıptan sorumluluğun gündeme gelmesi mümkün olabilir. Pay senedindeki maddi ayıplar, senet üzerindeki çizikler, yırtıklar veya senede bağlı talon veya kupon gibi eklerin mevcut olması durumunda bu eklere dair eksikliğin söz konusu olduğu durumları içerir ve bu unsurlardaki eksiklik, ayıptan sorumluluğa sebep olabilecek durumlar arasında sayılabilir.

Şirket kontrolünün devri veya malvarlığıyla ilgili özel taahhütlerin olması durumunda ise adeta işletme devri niteliği kazanabileceği bir durumdan bahsedilir. Bu durumda, hisse devrinde menkul satışındaki ayıp hükümlerinin benzer şekilde uygulanması gerekebilir. Burada menkul satışı olmasa da şirket malvarlığındaki değerlemeyi etkileyebilecek önemli eksiklikler veya olumsuzluklar söz konusu olduğunda, devreden veya satıcının ayıp hükümleri çerçevesinde sorumluluğu gündeme gelebilir.

Şirket kontrolünün devri veya malvarlığıyla ilgili özel taahhütlerin olması durumunda ise pay devrinin adeta işletme devri niteliği kazanabilmesi durumu gündeme gelmektedir. Bu durumda, hisse devrinde menkul satışındaki ayıp hükümlerinin benzer şekil-

manner. Here, even if there is no sale of securities, in the event of significant deficiencies or negativities in the assets of the company that may affect the valuation, the liability of the transferor or the Seller may arise within the framework of the defect provisions.

In the case of transfer of control of the company or special commitments regarding the assets of the company, the transfer of shares may become a business transfer. In this case, the defect provisions in the sale of movable property may need to be applied in a similar manner in the transfer of shares. Even if there is no sale of securities, in the event of significant deficiencies or negativities in the assets of the company that may affect the valuation, the liability of the transferor or the Seller may arise within the framework of the defect provisions.

In particular, the difficulty of the direct application of the provisions on the sale of securities should be taken into consideration when the company shares subject to the sale are not initially a "value". However, even in this case, it may be necessary to allow the application of the provisions of the sale of securities in a similar manner in the sale of "rights". In such a case, it would be fair to authorize the transferee to exercise the optional rights granted to the buyer in sales agreements under Article 227 of the TCO. In this case, the powers of rescission or reduction of consideration are particularly prominent, but the powers of modification or repair may be very difficult to enforce in large company acquisitions. Provided that it does not constitute an obstacle to the application of special undertakings and general indemnity liability, the defect liability assumed by the transferor may stand out as one of the most topical issues in corporate takeovers.

The Court of Cassation, evaluating the relationship between such block share transfers and business transfers, recognizes the special defect liability of the transferor in relation to the assets of the company¹⁸.

In another decision of the Court of Cassation numbered 2012-17579/6683, the Court of Cassation explains the relationship between company assets and share transfer and the liability of the transferor in a share transfer transaction, with the case law that the risk arising from the potential insurance indemnity of the target company's subsidiary company should be evaluated in the ter-

de uygulanması gerekebilir. Burada menkul satışı olmasa da şirket malvarlığındaki değerlemeyi etkileyebilecek önemli eksiklikler veya olumsuzluklar söz konusu olduğunda, devreden veya satıcının ayıp hükümleri çerçevesinde sorumluluğu gündeme gelebilir.

Özellikle, satışa konu edilen şirket hisselerinin başlangıçta bir "değer" olmamasıyla menkul satışı hükümlerinin doğrudan uygulanmasının zorluğu göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak, bu durumda dahi "hak" satışlarında menkul satışı hükümlerinin benzer şekilde uygulanmasına izin verilmesi gerekebilir. Söz konusu durumda devralana TBK m. 227'de satış sözleşmelerinde alıcıya tanınan seçimlik hakların kullanma yetkisinin verilmesi adil olacaktır. Söz konusu durumda özellikle, sözleşmeden dönme veya bedel indirme yetkileri öne çıkmakla birlikte, büyük şirket devralmalarında değiştirme veya tamir etme yetkilerinin uygulanması oldukça zor olabilir. Özel taahhütlerin ve genel tazminat sorumluluğunun uygulanmasına herhangi bir engel teşkil etmemesi kaydıyla, devreden üstlendiği ayıp sorumluluğu, şirket devralmalarının en güncel konularından biri olarak öne çıkabilir.

Yargıtay, bu tür blok hisse devirleri ile işletme devri arasındaki ilişkiyi değerlendirerek devreden şirket malvarlığına ilişkin özel ayıp sorumluluğunu kabul etmektedir¹⁸.

Yargıtay 2012-17579/6683 sayılı bir başka kararında da hisse devri işleminde, devreden ekonomik durumu hususunda yanıltıcı bilgiler vermesi sebebiyle açılan sözleşmenin feshi davasında, hedef şirketin bağlı şirketinin potansiyel sigorta tazminatından kaynaklanan riskin değerlendirilmesi gerektiği içtihadı ile yine şirket malvarlığı ile hisse devri arasındaki ilişkiyi ve devreden sorumluluğunu açıklamaktadır.

DİPNOT

¹⁶ Haluk Nami Nomer/ Baki İlkay Engin, Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2018, s. 54.

¹⁷ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Basım, İstanbul, 2022, s. 103.

¹⁸ Yargıtay 11. HD., T. 27.03.2014, E. 2012/19104, K. 2014/5976.

FOOTNOTE

¹⁶ Haluk Nami Nomer/ Baki İlkay Engin, Türk Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2018, p. 54.

¹⁷ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10th Edition, İstanbul, 2022, p. 103.

¹⁸ 11th Civil Chamber of the Court of Cassation, D:27.03.2014, 2012/19104.

PART 3

mination of the agreement lawsuit filed due to the transferor's misleading information about the economic situation.

VI. CONCLUSION

Share purchase agreements have a critical structure that requires due diligence in commercial relations. The difficulties encountered in drafting the agreements and the balance between the parties' representations form the basis of the agreement. Inaccuracies in the Seller's representations may give rise to the Buyer's right to protect its rights, which may lead to a claim of indemnity for damages or termination of the agreement. Therefore, it is vital for both parties that the flow of accurate information, the scrupulous fulfillment of legal commitments, and the clauses in the agreement reflect the concrete facts.

However, as explained, the Buyer's objective with the share purchase agreement is to take over the activities of the company to which the shares belong. In this context, the characteristics of the company and its activities are also important for the Buyer. For this reason, share purchase agreements do not contain a list of the qualifications that the Seller guarantees or warrants. The scope of such warranties and guarantees varies according to the interests of the parties and the agreement reached. In this framework, the share purchase agreements include representations and warranties regarding the qualifications such as that the company subject to transfer is duly established, has the necessary permits and licenses to carry out its activities, has the right to use the assets necessary to carry out its activities in accordance with the law, and carries out its activities in accordance with the legislation. However, liability of the Seller is not restricted to representations and warranties. Legally, the Seller may also be liable for defects.

Moreover, if not only the shares but also the transferred company is defective, the Seller may be held liable. In such a case, liability may arise as a result of deficiencies or defects in the target company's operations that are unrelated to the terms agreed upon by the Seller. In such cases, beyond the representations and warranties contained in the agreement, legal proceedings often come into play and various legal steps may be taken to protect the rights of the parties.

VI. SONUÇ

Pay devir sözleşmeleri, ticari ilişkilerde özen gerektiren kritik bir yapıya sahiptir. Sözleşmelerin hazırlanması aşamasında yaşanan zorluklar ve tarafların beyanları arasındaki denge, anlaşmanın temelini oluşturur. Satıcının beyanlarına ilişkin gerçek dışı durumlar, alıcının haklarını koruma hakkını doğurabilir ve bu durumda tazminat talebi veya sözleşmenin feshi gündeme gelebilir. Bu nedenle, doğru bilgi akışı, hukuki taahhütlerin titizlikle yerine getirilmesi ve sözleşmede yer alan maddelerin somut gerçekleri yansıtması her iki taraf için de hayati önem taşır.

Bununla birlikte, açıklandığı üzere alıcının pay devir sözleşmesi ile hedefi, payların ait olduğu şirketin faaliyetlerini de devralmaktır. Bu bağlamda, şirketin ve faaliyetlerinin nitelikleri de alıcı bakımından önem teşkil eder. İşbu sebeple pay devir sözleşmelerinde satıcının tekeffül veya garanti ettiği nitelikleri içeren bir liste bulunmamaktadır. Bahse konu tekeffül ve garantilerin kapsamı, tarafların menfaatlerine ve sağlanan mutabakata göre değişmektedir. Bu çerçevede, pay devir sözleşmelerinde devre konu şirketin usulüne uygun olarak kurulduğu, faaliyetlerini yürütmek için gerekli izin ve ruhsatlara sahip olduğu, faaliyetlerini sürdürmek için gerekli malvarlığı unsurları üzerinde hukuka uygun kullanım hakkı bulunduğu, faaliyetlerini mevzuata uygun şekilde sürdürdüğü gibi niteliklerle ilgili beyan ve tekefüllere yer verilmektedir. Ancak satıcının sorumluluğu sadece beyan ve tekefüllerle sınırlı kalmaz. Hukuki olarak, satıcının ayıptan sorumlu olması durumu da söz konusu olabilir.

Bunun yanında sadece payın değil; aynı zamanda devredilen şirketin de ayıplı olması durumunda, satıcının sorumluluğu gündeme gelebilir. Böyle bir durumda, satıcının taahhüt ettiği şartlarla ilgili olmaksızın, hedef şirketin faaliyetlerindeki eksiklikler veya ayıplar nedeniyle sorumluluk doğabilir. Bu tür durumlarda, sözleşmede yer alan beyan ve tekefüllerin ötesinde, genellikle hukuki süreçler devreye girer ve tarafların haklarını korumak için çeşitli yasal adımlar atılabilir.

Consequently, the main subject matter of share purchase agreements is shares. Generally, however, share purchase agreements aim to enable the Buyer to take over the activities of the company to which the shares belong. Therefore, the characteristics of the company are as important as the characteristics of the shares. Although the laws do not specifically regulate share purchase agreements, the parties usually make detailed arrangements in the agreement. The problems that may be encountered in share purchase agreements in the context of points of disagreement and legal problems and the solution of these problems require intensive analysis, the aim of bringing a fair solution for the parties and ultimately consensus. Maintaining the balance between the parties will contribute to the healthy conduct of commercial relations.

Sonuç olarak, pay devir sözleşmelerinin esas konusunu pay oluşturur. Ancak genellikle, pay devir sözleşmeleriyle alıcı, payların ait olduğu şirketin faaliyetlerini devralmayı hedefler. Bu nedenle paya ilişkin nitelikler kadar, şirketin nitelikleri de önemlidir. Kanunlar özel olarak pay devir sözleşmeleri için düzenleme içermese de taraflar genellikle sözleşmede detaylı düzenlemelere gitmektedir. Anlaşmazlık noktaları ve hukuki sorunlar bağlamında pay devir sözleşmelerinde karşılaşılabilecek sorunlar ve söz konusu sorunların çözümü; yoğun bir analiz, taraflar için adil bir çözüm getirme gayesi ve nihayetinde mutabakat gerektirir. Taraflar arasındaki dengenin korunması, ticari ilişkilerin sağlıklı bir şekilde yürütülmesine katkı sağlayacaktır.

BIBLIOGRAPHY

T. AYOĞLU, Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

İSMAİL G. ESİN/ S. TUNÇ LOKMANHEKİM, "M&A Transactions Under Turkish Law", p. 39, İstanbul, 2003.

HANDE DENİZ ÇAKMAKLI, Türk Medeni Hukukunda Komisyon Sözleşmesi, Doctoral Dissertation, İstanbul, 2013.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ TİCARET HUKUKU ANABİLİM DALI, Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar), October 12, 2018.

MELİSA SEVİNÇ ATILGANER, Pay Devir Sözleşmelerinde Beyan ve Tekefüllerden Sorumluluk, İstanbul, 2019.

POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku I, Rewritten 14th Edition, İstanbul, December, 2019.

VEDAT BUZ, Ortaklık Paylarının Devrinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi. Vol. 35, p. 3, 2019.

ZAHİDE ALTUNBAŞ SANCAK, Anonim Şirket Özelinde Devralma İşlemlerinde Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, December, 2021.

KAYNAKÇA

T. AYOĞLU, Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

İSMAİL G. ESİN/ S. TUNÇ LOKMANHEKİM, "M&A Transactions Under Turkish Law", S. 39, İstanbul, 2003.

HANDE DENİZ ÇAKMAKLI, Türk Medeni Hukukunda Komisyon Sözleşmesi, Doktora Tezi, İstanbul, 2013.

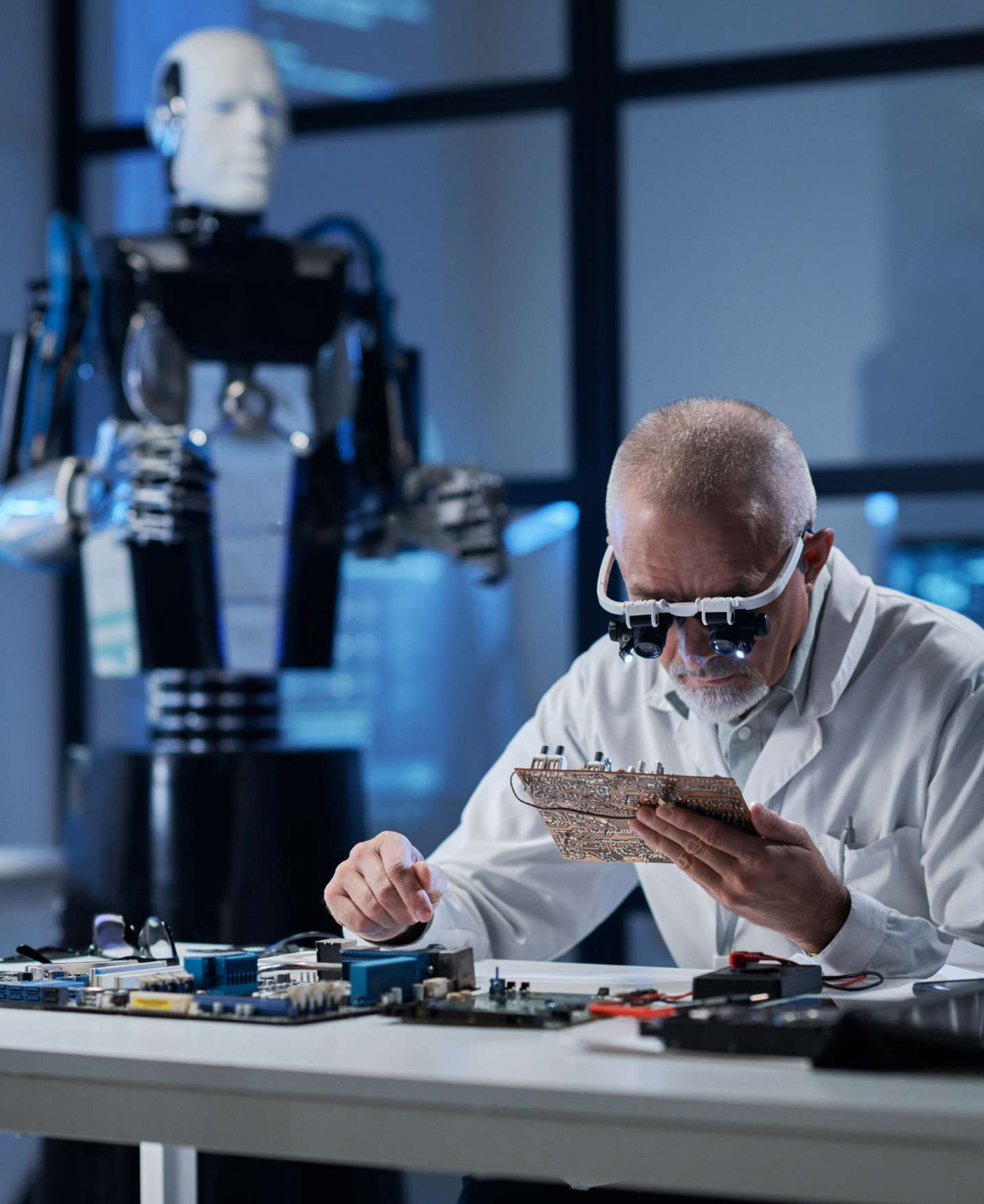
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ TİCARET HUKUKU ANABİLİM DALI, Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar), 12 Ekim 2018.

MELİSA SEVİNÇ ATILGANER, Pay Devir Sözleşmelerinde Beyan ve Tekefüllerden Sorumluluk, İstanbul, 2019.

POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku I, Yeniden Yazılmış 14. Basım, İstanbul, Aralık, 2019.

VEDAT BUZ, Ortaklık Paylarının Devrinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümlerinin Uygulanabilirliği Sorunu, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi. 35. cilt. S. 3, 2019.

ZAHİDE ALTUNBAŞ SANCAK, Anonim Şirket Özelinde Devralma İşlemlerinde Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Aralık, 2021.



PART 4

LEGAL RESPONSIBILITY OF THE PRODUCER IN ARTIFICIAL INTELLIGENCE TECHNOLOGIES

YAPAY ZEKA TEKNOLOJİLERİNDE
ÜRETİCİNİN HUKUKİ
SORUMLULUĞU

ŞEVAL GÖKÇE
ALİBERK BİRLİK

PART 4

ABSTRACT | ÖZET

This article will look at the challenges that have developed as a result of the progress of artificial intelligence technologies, as well as the concerns of who is responsible for the conduct of these entities in these times and from what legal sources.

Yapay zeka teknolojilerinin gelişmesiyle günümüzde bu varlıkların hareketlerinden kimin, hangi hukuki kaynaklara dayalı olarak sorumlu tutulacağına ilişkin sorular ortaya çıkmış olup, makalede bu hususlar irdelenecektir.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELER

Artificial Intelligence, Strict Liability, Product, Producer, Legal Responsibility Of The Producer.

Yapay Zeka, Kusursuz Sorumluluk, Ürün, Üretici, Üreticinin Sorumluluğu.

I. INTRODUCTION

With the evolving needs of society and the advancement of technology, the user base of artificial intelligence and autonomous applications has been progressively growing. Consequently, the inevitability of damages arising from these developments has become a recognized reality. Given that damages can occur in both material and immaterial forms, their appearances may vary. At this juncture, legal principles kick in for the compensation and indemnification of incurred damages. In this day and age, where artificial intelligence applications are easily accessible and transactions can be conducted even through smartphones held by virtually everyone, it has become imperative to enact regulations in Turkish Law addressing these matters and delineating the boundaries of the associated responsibilities.

II. DEFINITION OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE

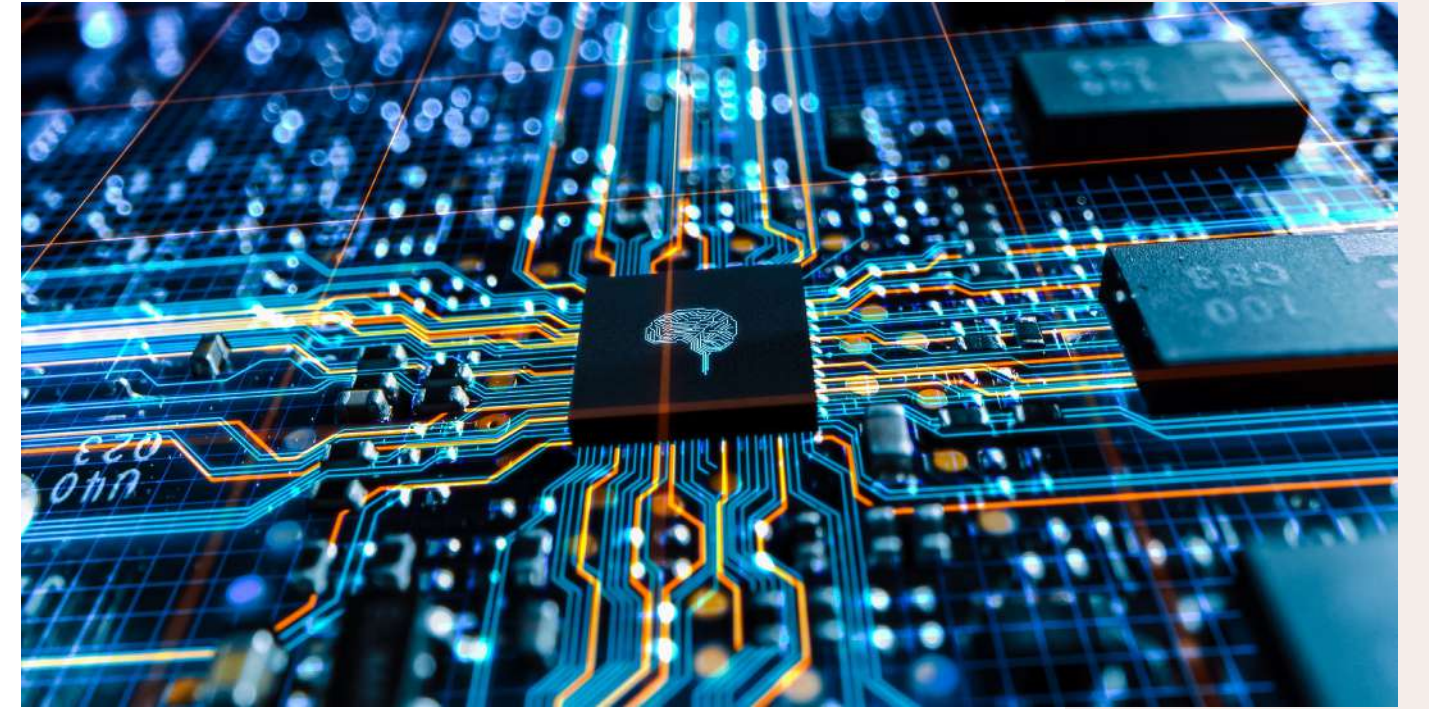
"The concept of artificial intelligence, first introduced by American computer scientist John McCarthy, can be generally defined as systems capable of performing functions that typically require human intelligence, such as perception, learning, development, creativity, communication, decision-making, and result

I. GİRİŞ

Toplumun ihtiyaçları doğrultusunda ve teknolojinin gelişmesiyle ortaya çıkan yapay zeka ve otonom uygulamaların kullanıcı yelpazesi gün geçtikçe daha da genişlemeye başlamıştır. Mezkur sebepten ötürü zararların ortaya çıkması kaçınılmaz bir gerçek haline gelmiştir. Zararlar maddi ve manevi olabileceği için görünüşleri de farklı şekillerde karşımıza çıkabilir. Bu noktada doğan zararların kompanse ve tazmin edilmesi noktasında hukuk kuralları devreye girmektedir. Günümüzde hemen hemen herkesin elinde bulunan akıllı cep telefonları aracılığıyla bile yapay zeka uygulamalarına kolayca erişilebilir işlem yapılabilirken, Türk Hukukunda da bu konulara ilişkin düzenleme yapılması ve söz konusu sorumluluğa ilişkin sınırların çizilmesi haiz olmuştur.

II. YAPAY ZEKANIN TANIMI

*"İlk defa Amerikalı bilgisayar bilimci John McCarthy tarafından ortaya atılmış olan yapay zekâ kavramı en genel anlamda, algılama, öğrenme, geliştirme, yaratıcılık, iletişim kurma, karar verme, sonuç çıkarma gibi normalde insan zekâsını gerektiren işlevleri yerine getirebilen sistemler olarak tanımlanabilir"*¹.



*inference"*¹. The fundamental objective is to enable machines to mimic human actions and exhibit behaviors specific to human intelligence.

*"Attempting to define artificial intelligence is thought to result in technological advances while restricting artificial intelligences"*². There is a notion that maintaining a balance between evolving technologies and the legal domain could be achieved by keeping the definition of artificial intelligence broad. However, it is acknowledged that the expansive nature of these definitions could significantly increase the responsibilities of artificial intelligence users, potentially adversely affecting the development of artificial intelligence technologies³.

III. LEGAL STATUS OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE

While there is no consensus in legal doctrine regarding the legal status of artificial intelligence, there is no explicit provision in Turkish Law that regulates this status. Nevertheless, views such as the goods perspective, slavery perspective, and legal entity perspective are among the main perspectives proposed in legal doctrine regarding the legal status of artificial intelligence. Adding to that, the Legal Affairs Committee Robotics

Tanımdan anlaşılacağı üzere temel amaç, makinelerle insan hareketlerini taklit ettirecek insan zekâsına özgü davranışları sergileyebilmektir.

Ayrıca "Yapay zekâyı tanımlamaya kalkmanın teknolojinin ilerlemesine ve yapay zekânın sınırlandırılmasına sebep olacağı dile getirilmektedir"². Yapay zeka ürünlerinin tanımlanmasına ilişkin görüşlerden biri de yapay zeka teknolojilerinin tanımının geniş tutulması sonucunda gelişen teknolojiler ve hukuk dünyası arasında bir denge yakalanabileceği, ancak geniş tutulan bu tanımlamaların yapay zeka kullanıcılarının sorumluluklarını oldukça arttırabileceği ve bu durumun yapay zeka teknolojilerinin gelişimini olumsuz etkileyebileceği ihtimalidir³.

III. YAPAY ZEKANIN HUKUKİ STATÜSÜ

Doktrinde yapay zekanın hukuki statüsüne ilişkin bir birlik bulunmamakla birlikte, Türk Hukukunda ilgili statüyü açıkça düzenleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte eşya görüşü, kölelik görüşü ve tüzel kişilik görüşü yapay zekanın hukuki statüsü bakımından doktrinde öne sürülen başlıca görüşlerdir. İlaveten, yapay zekanın hukuki statüsü konusunda Avrupa Parlamentosu tarafından 2017 yılında yayınlanan Hu-

FOOTNOTE

¹ p. 308 cited from, Mustafa Zorluoel, Yapay Zeka ve Telif Hakkı, Türkiye Barolar Birliği Journal, Vol. 142, 2019, Yanisky-Ravid Shlomit, "Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3A Era: The Human-like Authors Are Already Here: A New Model", Michigan State Law Review.

² Ecem Aksoy, Yapay Zekânın Sorumluluk Hukukundaki Konumu ve Büyük Veri ile İlişkisi, 1st Edition, Ankara 2022, p. 38-39.

³ p. 262 cited from Salih Karadeniz, "Yapay Zekânın Anonim Şirket Yönetim Kuruluna Üyeligi ve Üyelikten Doğan Sorumluluğun Değerlendirilmesi", Türkiye Adalet Akademisi Journal, Vol. 54, 2023: Aksoy, Büyük Veri, p. 15-16.

DİPNOT

¹ Mustafa Zorluoel, Yapay Zeka ve Telif Hakkı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 142, 2019, s. 308'den naklen, Yanisky-Ravid Shlomit, "Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3A Era: The Human-like Authors Are Already Here: A New Model", Michigan State Law Review.

² Ecem Aksoy, Yapay Zekânın Sorumluluk Hukukundaki Konumu ve Büyük Veri ile İlişkisi, 1. Baskı, Ankara 2022, s. 38-39.

³ Salih Karadeniz, "Yapay Zekânın Anonim Şirket Yönetim Kuruluna Üyeligi ve Üyelikten Doğan Sorumluluğun Değerlendirilmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.54, 2023'den naklen, Aksoy, Büyük Veri, s. 15-16.

PART 4

FOOTNOTE

4 European Civil Law Rules in Robotics (Online Access: 26.02.2024).

5 p. 51 cited from **Ilyas Sağlam/ Emre Girgin**, "Yapay Zeka ve Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk": **Erman Benli/ Gayenur Şenel**, "Yapay Zeka ve Haksız Fiil Hukuku", Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Journal Hukuk Fakültesi Journal, Vol. 2, 2020, p. 309.

6 p. 51 cited from **Sağlam/ Girgin**, "Yapay Zeka ve Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk": **Zeynep Dönmez Canseven**, Yapay Zekanın Anonim Şirketin Yönetim Kurulunda Yer Alması ve Bu Durumun Hukuki Sorumluluğu Etkisi, p. 32-33.

7 p. 30 cited from **Merve Salı Eroğlu**, Sorumluluk Hukukunda Yapay Zeka, LL.M. Thesis, 2022: European Parliament's Committee on Legal Affairs, European Civil Law Rules in Robotics, Study for the JURI Committee, October 2016, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU\(2016\)571379_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU(2016)571379_EN.pdf) (Online Access 02.01.2024) p. 14, 15.

8 **Sağlam/ Girgin**, "Yapay Zeka ve Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk", p. 52. **Lawrence B. Solum**: "Legal Personhood for Artificial Intelligences", North Carolina Law Review, 70/4, 1992, p. 1277.

9 p. 86 cited from: **Remzi Demir**, 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Açısından Yapay Zeka İmalatçısının Ürün Sorumluluğu, 1st Edition, Ankara 2023: **Emre Bayamlioğlu**, "Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zeka ve Kişilik Üzerine Bir Deneme", Türkiye Barolar Birliği Journal, Vol. 147, 2008, p. 139; **Shubham Singh**, "Attribution of Legal Personhood to Artificially Intelligent Beings", Bharati Law Review, July 2017, p. 198.

10 Turkish Civil Code numbered 4721 art. 47.

Recommendation Report⁴ published by the European Parliament in 2017 addresses the attribution of electronic personality to artificial intelligence.

A. Goods Perspective

Although the first perspective that emerged in the framework of artificial intelligence technologies is a concept of goods, these technologies may not be subject to rights, but may be objects. Namely, goods are generally owned by real or legal persons. For this reason, the view that artificial intelligence technologies are goods is criticized in the doctrine. One of the important reasons is the problem of who will be held liable for the damages arising from the behavior of artificial intelligence technologies if they are considered as goods⁵. "According to the goods perspective, artificial intelligence is considered as an object created to meet the needs of humans. Since it lacks self-awareness, it cannot be legally recognized as a person"⁶. Therefore, it can be debated whether the legal responsibility of artificial intelligence technologies exhibiting behaviors that can constitute a criminal element, formed based on user-fed data, lies with the user or possessor.

Given these reasons, it can be clearly stated that there is no consensus in legal doctrine regarding the classification of artificial intelligence technologies as goods. From our perspective, defining artificial intelligence technologies as goods will not be a pragmatic solution. Goods are legally defined as "substances with economic value and material existence over which people can exercise dominion". When this definition and the definitions of artificial intelligence are compared, it is appropriate to say that the existing definition of goods in Turkish law is quite inadequate and regulated without taking these technologies into account. Therefore, as a result of disputes, there is a high probability of ambiguous situations and problematic outcomes.

B. Slavery Perspective

"The increasing resemblance of artificial intelligence to humans has led to the reevaluation of the long-abandoned status of slavery in world history. Due to its ability to serve humans, facilitate various tasks, meet their needs, and possess intelligence, it has been suggested that artificial intelligence could

kuk işleri Komisyonu Robotik Tavsiye Raporu'nda⁴ yapay zekaya elektronik kişilik verme hususu üzerinde de durulmuştur.

A. Eşya Görüşü

Yapay zeka teknolojileri kapsamında ortaya atılan ilk görüş eşya görüşü olsa da bu teknolojiler hak süjesi değil ancak objesi olabilir. Şöyle ki; eşyalar genellikle gerçek veya tüzel kişilerin mülkiyetindedir. Bu sebeple yapay zeka teknolojilerinin eşya niteliğinde olduğunu ileri süren görüş öğretide eleştiril-mektedir. Zira, önemli sebeplerinden biri ise yapay zekaların eşya olarak nitelendirildiği takdirde davranışlarından ötürü ortaya çıkacak zararlarda sorumluluğunun kime yükleneceği sorunudur⁵. "Eşya görüşüne göre, yapay zekâ insanların ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla meydana getirilen bir eşya niteliğindedir. Öz bilinci bulunmadığı için hukuken kişi olarak tanınması mümkün değildir"⁶. Dolayısıyla kullanıcılar tarafından beslenen veriler doğrultusunda özek kişiliğini oluşturarak suç unsuru teşkil edebilecek davranışlarda bulunan yapay zeka teknolojilerinin hukuki sorumluluğun kendisini kullanan veya zilyetliğinde bulunduranın üstünde olabileceği tartışılabilir.

Bahsedilen sebepler üzerine doktrinde yapay zeka teknolojilerinin eşya olarak nitelendirilebilirliği hususu konusunda net bir görüş birliği bulunmadığı açıkça söylenebileceği gibi kanımızca yapay zeka teknolojilerini eşya niteliğinde tanımlamak pragmatik bir çözüm olmayacaktır. Eşya, hukukta "Kişilerin üzerinde hakimiyet kurabildiği ekonomik değer ve maddi varlığı olabilen maddelerdir." olarak tanımlanmıştır. Söz konusu tanım ve yapay zeka tanımları mukayese edildiğinde Türk Hukukunda mevcut olan eşya tanımının oldukça yetersiz ve bu teknolojilerin göz önünde bulundurulmadan düzenlendiğini söylemek yerindedir. Bu sebepten ötürü uyumsuzluklar sonucu muğlak durumlar ve sakıncalı sonuçlar doğma ihtimali de oldukça yüksek olacaktır.

B. Kölelik Görüşü

"Yapay zekanın giderek insanlara benzer bir yapıya yaklaşmaları, dünya tarihinde uzun zamandır rafa kaldırılmış olan kölelik statüsünün yeniden değerlendirilmesine yol açmıştır. İnsanlara hizmet etmesi, pek çok alanda işlerini kolaylaştırması, ihtiyaçlarını gidermesi ve zekaya sahip bir varlık olması nedeniyle

be granted the legal status that slaves were subjected to in Roman law"⁷.

Philosopher John Locke, on the other hand, argues that since artificial intelligence technologies are created by real individuals, the resulting product is a product of the real person's labor, and therefore, only the producers have ownership rights over the product they create. "Therefore, if artificial intelligence were to be considered a person, it is debated that it could only be a slave to its creator"⁸. The essence of the slavery perspective is to grant slavery status to artificial intelligence technologies, aiming to avoid personality infringement and support the object perspective. However, due to the unpredictable development of artificial intelligence technologies, possibilities of rejecting slavery status in the future have been suggested, and for this reason, a skeptical view is taken towards the slavery perspective. Another reason for the skeptical view of this perspective is the fear that it does not provide a solution to legal issues and the concern that the centuries-long struggle against slavery might reappear in history books.

C. Legal Entity Perspective

The question of granting legal entity status to artificial intelligence technologies has been addressed due to the impossibility of attributing real personality to them. "While it is argued that recognizing legal entity status for artificial intelligence will protect third parties from adversities, it is also emphasized that artificial intelligence, by having an independent asset and being registered in a special registry, will be subject to control"⁹. Although the analogy between the mechanism among companies and boards of directors supports this perspective, the idea of granting legal entity status to artificial intelligence is highly criticized, considering the challenging period even for companies, foundations, and associations to be granted legal entity status.

Currently, there is no regulation in Turkish legislation regarding the granting of legal entity status to artificial intelligence. According to Article 47 of the Turkish Civil Code, legal entities are defined as "Organized communities of persons, consisting of an individual entity, and independent property communities, which have a specific purpose, acquire legal personality in accordance with special provisions applicable to them"¹⁰. When examining the article, it is apparent that artificial

Roma hukukunda kölelerin tabii olduğu yasal statünün yapay zekaya tanınabileceği ileri sürülmüştür"⁷.

Filozof John Locke ise, yapay zekâ teknolojileri gerçek kişilerce üretildiğinden ortaya çıkan ürün gerçek kişinin emeğinin bir ürünüdür ve bu sebeple yalnızca üreticilerinin yarattıkları ürün üzerinde mülkiyet hakkı bulunduğunu savunmaktadır. "Bu nedenle yapay zekâ kişi olacaksa ancak üreticisinin kölesi olabileceği görüşü de tartışılmaktadır"⁸. Kölelik görüşünün özünde yapay zeka teknolojilerine kölelik statüsü verilerek kişilik ihlalinin olmaması ve eşya görüşünün desteklenmesi amaçlanmaktadır. Ancak, yapay zeka teknolojileri gelişimleri öngörülemez bir hal aldığından ileride kölelik statüsünü reddedebileme ihtimalleri öne sürülmüş olup, bu sebeple kölelik görüşüne çekimser bakılmaktadır. Mezkur görüşe çekimser bakılmasının başka bir sebebi ise görüşün hukuki sorunlara çözüm sunmamasının yanı sıra yüzlerce yıl süregelen mücadelenin tekrar tarih kitaplarına girmesi korkusudur.

C. Tüzel Kişilik Görüşü

Yapay zeka teknolojilerine gerçek kişilik atfedilemeyeceğinden tüzel kişilik statüsü verilmesi konusu üzerinde durulmuştur. "Yapay zekâya tüzel kişilik tanınması ile üçüncü kişilerin muhatap olacağı olumsuzluklara karşı korunacağı ileri sürülürken, yapay zekânın tüzel kişi gibi bağımsız bir malvarlığına sahip olması ve özel siciline tescil olunması sayesinde denetime tâbi olacağı da vurgulanmaktadır"⁹. Yapay zeka ürünleri ve üreticileri arasında şirketler ve yönetim kurulları arasında olan mekanizmanın benzetilmesi bu görüşü desteklemek için bir sebep olarak görünse de şirketlere, vakıflara, derneklere bile tüzel kişilik verilmesi hususunda oldukça sancılı bir dönem geçirildiğinden yapay zekalara tüzel kişilik verilmesi görüşü oldukça eleştirilmektedir.

Güncel olarak Türk Hukuku mevzuatında yapay zekalara tüzel kişilik verilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Türk Medeni Kanunu madde 47 uyarınca tüzel kişiler "Başlı başına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar."¹⁰ olarak tanımlanmıştır. Maddeyi incelediğimizde yapay zeka tekno-

DİPNOT

4 Robotik Tavsiye Raporu (Çevrimiçi Erişim: 24.01.2024).

5 **Ilyas Sağlam/ Emre Girgin**, "Yapay Zeka ve Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk", 51'den naklen, **Erman Benli/ Gayenur Şenel**, "Yapay Zeka ve Haksız Fiil Hukuku", Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Dergisi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S. 2, 2020, s. 309.

6 **Sağlam/ Girgin**, "Yapay Zeka ve Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk", s. 51'den naklen, **Zeynep Dönmez Canseven**, Yapay Zekanın Anonim Şirketin Yönetim Kurulunda Yer Alması ve Bu Durumun Hukuki Sorumluluğu Etkisi, s. 32-33.

7 **Merve Salı Eroğlu**, Sorumluluk Hukukunda Yapay Zeka, Yüksek Lisans Tezi, 2022, s. 30'dan naklen, European Parliament's Committee on Legal Affairs, European Civil Law Rules in Robotics, Study for the JURI Committee, Ekim 2016, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU\(2016\)571379_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU(2016)571379_EN.pdf) (Erişim: 02.01.2024) s. 14, 15.

8 **Sağlam/ Girgin**, "Yapay Zeka ve Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk", s. 52. **Lawrence B. Solum**: "Legal Personhood for Artificial Intelligences", North Carolina Law Review, 70/4, 1992, s. 1277.

9 **Remzi Demir**, 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Açısından Yapay Zeka İmalatçısının Ürün Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara 2023, s.86'dan naklen, **Emre Bayamlioğlu**, "Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zeka ve Kişilik Üzerine Bir Deneme", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C.2, S. 147, 2008 s. 139; **Shubham Singh**, "Attribution of Legal Personhood to Artificially Intelligent Beings", Bharati Law Review, Temmuz 2017, s. 198.

10 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 47.

PART 4

intelligence technologies do not quite fit this definition. Although the perspective of granting legal entity status to artificial intelligence technologies may seem like the most ideal solution on the surface, it is not overlooked that legal entities managed by real persons have human will behind them.

D. Electronic Personality Perspective

The idea of granting artificial intelligence electronic personality, as mentioned in the Robotics Recommendation Report of the Legal Affairs Committee published by the European Parliament in 2017, has brought a new perspective to the existing views on the subject. According to the report, as artificial intelligences act with the consciousness they develop independently of the creator as data flows, it is a perspective that can be considered with the emergence of the most intelligent and advanced artificial intelligence.

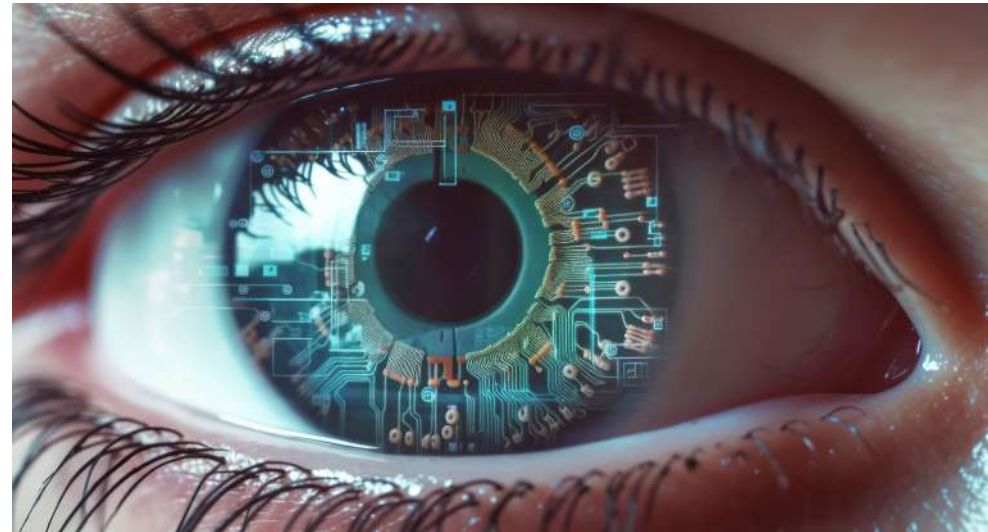
Through this new personality granted to artificial intelligence technologies, the report suggests recording them in a register and proposing the establishment of specific insurance funds for these entities in terms of financial liability¹¹. Compensation for damages incurred by the actions of artificial intelligence technology would be less problematic, as the causal link between the actual harm caused by artificial intelligence technology and its actions would be sufficient. According to a point mentioned in the report, for the best artificial intelligence technologies to emerge, regulations should be incentivizing rather than restrictive. Thus, by adopting

lojilerinin bu tanıma pekte uygun olmadığı görülmektedir. Yapay zeka teknolojilerine tüzel kişilik verilmesi görüşü yüzeyde en ideal çözüm olarak gözükse de gerçek kişilerce yönetilen tüzel kişiliklerin ardında insan iradesinin mevcut olduğu göz ardı edilmemelidir.

D. Elektronik Kişilik Görüşü

Avrupa Parlamentosu tarafından 2017 yılında yayınlanan Hukuk İşleri Komisyonu Robotik Tavsiye Raporu'nda bahsedilen yapay zekaya elektronik kişilik verilmesi görüşü halihazırda var olan görüşlere nazaran konuya yeni bir bakış açısı kazandırmıştır. Veri akışı sağlandıkça kendi içinde geliştirdiği bilinçle hareket eden yapay zekaların hareketleri üreticisinden bağımsız olduğundan, raporda belirtildiği üzere en zeki ve üstün yapay zekanın ortaya çıkmasıyla birlikte göz önünde bulundurulabilecek bir görüştür.

Yapay zeka teknolojilerine tanınacak bu yeni kişilik sayesinde yapay zeka teknolojileri bir sicile kaydedilerek mali sorumluluk bakımından bu varlıklara özgü sigorta fonları kurulması önerisinde bulunulmuştur¹¹. Söz konusu zararların tazmini konusunda yapay zeka teknolojisinin fiili ile ortaya çıkan zararın nedensellik bağı yeterli olduğundan, zararların tazmini hususunda çok daha az sorun yaşanacaktır. Raporda bahsedilen bir hususa göre en iyi yapay zeka teknolojilerinin ortaya çıkabilmesi için gereken mevcut mevzuatların kısıtlayıcı olması yerine teşvik edici olmasıdır. Böylelikle hukuki sorumluluk benimsererek yapay zeka teknolojilerine elektronik



FOOTNOTE

¹¹ Çağlar Ersoy, Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk, 2nd Edition, İstanbul 2017, p. 89.

¹² Alp Öztekin, Teoride ve Uygulamada Türk İnternet Hukuku, 2nd Edition, Ankara 2023, p. 447.

¹³ p. 53 cited from Merve Salı Eroğlu, Sorumluluk Hukukunda Yapay Zeka: Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24th Edition, Ankara 2019, p. 690; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler 25th Edition, Ankara 2021, p. 419.

legal responsibility and attributing electronic personality status to artificial intelligence technologies, the way for technological developments will be opened.

Considering the probable addition of new regulations to the legislation of many countries, including Turkish law, in the field of artificial intelligence due to advancements, the placement of artificial intelligence products, which cannot be precisely classified under personality theories, under a new personality class and adapting this class to current conditions and requirements with the forthcoming legislation can also provide solutions to many issues in terms of liability law.

IV. PRODUCER'S LIABILITY IN ARTIFICIAL INTELLIGENCE

As technology advances, the question of who is responsible for the potential harms caused by these entities without a sense of fault has become a significant issue. *"If legal violations caused by artificial intelligence are taken to court, according to Article 36 of the Constitution, which states, 'Everyone has the right to litigate, defend and be fairly judged before the judicial authorities by legitimate means and methods. No court can refrain from hearing the case within its duty and authority.' the lawsuit must be concluded"*¹².

In such lawsuits, the party usually held responsible for the damage is the producer, although it may not always be the producer who caused the harm. In some cases, the responsibility or contributory negligence of users, programmers, importers, or distributors may be discussed.

A. Strict Liability of the Producer

The primary factor leading to the imposition of strict liability is that, instead of intentional acts causing harm with intent or actual negligence, it is sufficient for there to be a violation of the duty of care or a breach of supervision. *"Strict liability" emerges in three forms: "fair liability" with the violation of the objective duty of care, "ordinary cause liability" arising from the appropriate causal connection between the violation of the duty of care and damage, and "danger liability" born from the appropriate causation between dangerous operations and harm"*¹³.

kişilik statüsü atfedilerek teknolojik gelişmelerin de önü açılacaktır.

Türk Hukuku başta olmak üzere pek çok ülke mevzuatında yapay zeka alanına ilişkin yeni düzenlemelerin eklenmesi bu alandaki gelişim sebebiyle muhtemel olduğundan, kişilik teorileri açısından tam olarak sınıflandırılmayan yapay zeka ürünlerinin yeni bir kişilik sınıfı altında yer bulması ve bu sınıfın yürürlüğe konulacak mevzuat ile birlikte güncel şart ve gerekliliklere uyarlanması sorumluluk hukuku açısından pek çok sorunun çözümünü de sağlayabilecektir.

IV. YAPAY ZEKALARDA ÜRETİCİNİN SORUMLULUĞU

Teknoloji geliştikçe kusur bilinci bulunmayan bu varlıkların ortaya çıkarabileceği zararlardan kimin sorumlu olacağı hususu da büyük bir soru haline gelmiştir. *"Yapay zekanın sebep olduğu hukuka aykırılıklar dava edilir ise Anayasa madde 36'daki 'Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.' hükmü gereği, bu dava neticelendirilmek zorundadır"*¹².

Bu tür davalarda zarardan sorumlu tutulan kişi genellikle üretici olsa da zararın ortaya çıkmasına sebep olan her zaman üretici olmayabilir. Bazı hallerde kullanıcı, programcı, ithalatçı veya distribütörlerin sorumluluklarından veya bu kişilerin müterafik kusurundan bahsedilebilir.

A. Üreticinin Kusursuz Sorumluluğu

Kusursuz sorumluluğun doğmasındaki en büyük etken, zarara sebep olan olay ile kast ile gerçekleştirilmiş kusur yerine; özen yükümlülüğü ihlali veya gözetim ihlali olması yeterlidir. *"Kusursuz sorumluluk "hakkaniyet sorumluluğu" ile objektif özen yükümlülüğünün ihlali ile ortaya çıkan "olağan sebep sorumluluğu" ve tehlikeli işletme ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıyla doğan "tehlike sorumluluğu" olarak üç şekilde karşımıza çıkmaktadır"*¹³. Türk hukukunda yapay zekanın eylemlerinden ötürü ortaya çıkan zararlara özgü yasal düzenleme olmadığından

DİPNOT

¹¹ Çağlar Ersoy, Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk, 2. Baskı, İstanbul 2017, s. 89.

¹² Alp Öztekin, Teoride ve Uygulamada Türk İnternet Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2023, s. 447.

¹³ Merve Salı Eroğlu, Sorumluluk Hukukunda Yapay Zeka, s. 53'den naklen, Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019 s. 690; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler 25. Baskı, Ankara 2021, s. 419.

PART 4

In Turkish law, due to the absence of specific legal regulations for damages arising from the actions of artificial intelligence, it will be possible and appropriate to rely on existing legal principles when legal issues arise. Existing legal regulations will be applied only when there is a specific person or persons involved in the creation, use, distribution, etc., causing the damage resulting from the actions of artificial intelligence.

Currently, the available legal provisions will be applied within the framework of damages caused by the actions of artificial intelligence when there is a specific individual or individuals, such as the producer, user, distributor, involved in the occurrence of harm. While the first person that comes to mind for the compensation of damages arising from the actions of artificial intelligence is often the producer, the situation may not always be this way. Another viewpoint in Turkish legal doctrine suggests that the application of existing strict liability provisions to artificial intelligence technologies would be sufficient for tort law purposes.

B. Producer's Non-Contractual Strict Liability

*"Alternatives based on the strict liability principle are assessed in the doctrine on "Non-contractual liability" in the context of damages caused to third parties by autonomous actions of artificial intelligence"*¹⁴.

*"In the law of liability, the main principle is that everyone is responsible for their own actions. The responsibility of the employer arises not from the employee's actions but from the failure to fulfill the passive duty of care"*¹⁵. In other words, there is a causation link sought between the harm caused by artificial intelligence and the violation of the duty of care. Additionally, within the context of Turkish Code of Obligations¹⁶, Article 66 (Employer's Liability), it is evident that the article is only applicable to natural persons. In this context, it will not be possible to refer to the liability of the employer mentioned in Article 66 of the TCO for the damages caused by artificial intelligence technologies, which currently do not have a legal personality.

However, it should be noted that the doctrine has decided that artificial intelligences can be evaluated within the scope of the animal keeper's liability instead of the

dan hukuki sorunlar meydana geldiğinde halihazırda bulunan hukuk prensiplerinden yararlanmak mümkün ve yerinde olacaktır.

Halihazırda bulunan kanuni düzenlemeler, yapay zekanın davranışları sonucu oluşabilecek zararlar çerçevesinde ancak zararın doğmasında üretici, kullanıcı, distribütör gibi belirli bir kişi veya kişiler olduğunda uygulanacaktır. Günümüzde yapay zekanın davranışlarından ötürü meydana gelen zararların tazmini konusunda akla gelen ilk seçenek üretici olarak gözükse de durum her zaman bu şekilde olmayabilir. Türk hukuk doktrininde yer alan görüşlerden bir diğeri ise mevcut kusursuz sorumluluk hükümlerinin yapay zeka teknolojilerine uygulanmasının tazminat hukuku açısından yeterli olacağı yönündedir.

B. Üreticinin Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluğu

*"Yapay zekanın otonom davranışlarıyla üçüncü kişilere verdiği zararlar bağlamındaki "sözleşme dışı sorumluluk" hakkında doktrinde, kusursuz sorumluluk esasına dayanan çeşitli ihtimaller değerlendirilmektedir"*¹⁴.

*"Sorumluluk hukukunda asıl olan herkesin kendi eyleminden sorumlu olmasıdır. Adam çalıştırmanın sorumluluğu da çalışanın eyleminden değil, kendi pasif şekilde tezahür eden özen yükümlülüğünü yerine getirme eyleminden kaynaklanmaktadır"*¹⁵. Başka bir deyişle, yapay zekanın doğurduğu zarar ile özen yükümlülüğü ihlali arasında illiyet bağının arandığı söylenebilir. Ayrıca Türk Borçlar Kanunu¹⁶, madde 66 (Adam çalıştırmanın sorumluluğu) bağlamında, maddenin yalnızca gerçek kişilerle uygulama alanı olduğu aşikardır. Bu bağlamda hukuk tahtında henüz kişilik statüsü bulunmayan yapay zeka teknolojilerinin sebep olduğu zararlardan ötürü TBK madde 66'da zikredilen adam çalıştırmanın sorumluluğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki yapay zekaların kusur bilinci bulunmasa da otonom hareketler gösterebildiklerinden ve kul-

manufacturer, given that they can exhibit autonomous movements and act in accordance with the data fed to them by the user, even if they lack a consciousness of fault. The problem with this theory is that if the producer can prove exoneration, the victim cannot appeal to the liability of artificial intelligence technologies. Detecting the responsibility of the producer becomes quite challenging when the artificial intelligence system has learned on its own, become relatively autonomous, and consequently made a decision causing harm. *"For example, Microsoft's artificial intelligence named Tay, after being created by Microsoft, started chatting randomly with people worldwide through its Twitter account and learned to be racist and sexist through these conversations. Microsoft had to shut down Tay due to its loss of control"*¹⁷.

Due to these reasons, especially considering the unpredictable nature of the actions of artificial intelligence technologies that develop based on user-fed data and have an autonomous structure, the strict liability of the producer should be limited.

V. RESPONSIBILITY OF THE MANUFACTURER UNDER THE LAW ON PRODUCT SAFETY AND TECHNICAL REGULATIONS

As previously mentioned, due to the lack of legal status for the damages caused by artificial intelligence technologies, there is also no corresponding liability. In this scenario, although the principles of strict liability for the producer are referred to, the Product Safety and Technical Regulations Law¹⁸ is one of the legal bases that a person harmed by artificial intelligence can rely on. While the law holds the producer responsible for damages, it also includes provisions regarding situations where the producer's liability is eliminated.

Compensation liability arising from a defective product is regulated in PSTRL Article 6. The occurrence of harm does not necessarily mean compensation will always be granted. According to Article 6/2, *"To hold the producer or importer liable, the injured party must*

lanıcı tarafından kendisine beslenen veriler doğrultusunda hareket edebildiklerinden doktrinde, üretici yerine hayvan bulunduranın sorumluluğu kapsamında değerlendirilebileceğine karar verilmiştir. Söz konusu teorideki problem, üreticinin kurtuluş ispatı getirdiği takdirde; mağdurun, yapay zeka teknolojilerinin sorumluluğuna başvuramayacak olmasıdır. Yapay zeka teknolojisi, sistemi kendi kendine öğrenmiş, görece otonom hale gelmiş ve buna bağlı olarak zararın ortaya çıkmasına sebep olan bir karar vermişse, üreticinin sorumluluğunu tespit edebilmek oldukça zordur. *"Örneğin Microsoft şirketinin Tay isimli yapay zekası, Microsoft şirketi tarafından yaratıldıktan sonra Twitter hesabı üzerinden dünyanın dört bir yanındaki insanlarla tesadüfî bir biçimde sohbet etmeye başlamış ve bu sohbetler sonucunda ırkçı ve cinsiyetçi olmayı öğrenmiştir. Microsoft şirketi, Tay'ın kontrolden çıkması sebebiyle Tay'ı kapatmak zorunda kalmıştır"*¹⁷.

Bu sebeplerden ötürü özellikle kullanıcı tarafından beslenen verilerle gelişen ve özerk bir yapıya sahip olan yapay zeka teknolojilerinin hareketleri önceden tahmin edilemez durumda olduğundan üreticinin kusursuz sorumluluğu kısıtlanmalıdır.

V. ÜRÜN GÜVENLİĞİ VE TEKNİK DÜZENLEMELER KANUNU KAPSAMINDA ÜRETİCİNİN SORUMLULUĞU

Daha önce de belirtildiği üzere yapay zeka teknolojilerinin doğurduğu zararlar kapsamında hukuki statüleri bulunmadığından, sorumlulukları da bulunmamaktadır. Bu senaryoda üreticiye ilişkin kusursuz sorumluluk hükümlerine başvurulsa da Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu¹⁸ yapay zekalardan zarar gören kişinin ileri sürebileceği hukuki dayanaklardan biridir. Kanun zararlardan her ne kadar üreticiyi sorumlu tutsa da aynı zamanda üreticinin sorumluluğunun ortadan kalkacağı durumlara dair hükümler de içermektedir.

Hatalı üründen kaynaklanan tazminat sorumluluğu ÜGK madde 6'da düzenlenmiştir. Madde kapsamında zararın doğması her zaman tazmin edileceği anlamına gelmez. Madde 6/2 uyarınca *"İmalatçı veya ithalatçının sorumlu tutulabilmesi için, zarar gören*

DİPNOT

¹⁴ Sinan S. Akkurt, "Yapay Zekanın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 7, S. 13, 2109, s. 48'den naklen, **Yüksel Bozkurt/ Ebru Armağan** : "Patent Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları Milletlerarası Tahkim ve Devlet Yargısı", Ankara 2009, s. 96.

¹⁵ Güler Göksu, Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, LLM Thesis, 2021: **Kemal Oğuzman / Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10th Edition, İstanbul 2013, p. 148.

¹⁶ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK).

¹⁷ **Başak Bak**, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Yapay Zeka Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 9, S. 35, s. 216-127.

¹⁸ 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGK).

FOOTNOTE

¹⁴ p. 48 cited from **Sinan S. Akkurt**, "Yapay Zekanın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", Uyuşmazlık Mahkemesi Journal, Yıl 7, Vol. 13, 2109: **Yüksel Bozkurt/ Ebru Armağan** : "Patent Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları Milletlerarası Tahkim ve Devlet Yargısı", Ankara 2009, p. 96.

¹⁵ p. 56 cited from **Güler Göksu**, Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, LLM Thesis, 2021: **Kemal Oğuzman / Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10th Edition, İstanbul 2013, p. 148.

¹⁶ Turkish Code of Obligations numbered 6098 (TCO).

¹⁷ **Başak Bak**, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Yapay Zeka Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", Türkiye Adalet Akademisi Journal, Yıl 9, Vol. 35, p. 216-127.

¹⁸ Product Safety and Technical Regulations Numbered 7223 (PSTRL).

PART 4

prove the damage suffered and the causal link between the defect and the damage"¹⁹. To put it another way, it can be said that the harm must result from the defect. In this context, it should be noted that even if the victim claims a defect in the product and proves the causation link and harm, the producer may be exempt from liability if they can prove that the product complies with technical regulations. These situations include the product not being placed on the market by the will of the producer, the product not being defective when it was placed on the market, or the defect occurring later due to the actions of a third party or the non-compliance of the product with technical regulations or other mandatory technical rules.

However, even if the producer cannot escape liability, there may be situations that lead to a reduction in compensation. The first is the presence of the victim's fault. The victim's willingness to accept the damage due to their own actions, along with the actions of the producer or the person causing the harm, is one of the reasons for reducing compensation. Another reason is based on examining the situation by comparing the victim's actions to those of a reasonable person²⁰. "The victim should use the product reasonably"²¹. "For example, if an AI-powered oven is explicitly stated to only cook food, reheating a mask for reuse, despite being labeled as a COVID-19 protective mask, would not be considered reasonable use, and the producer would not be liable"²². Another situation is when the damage arises from the actions of a person whose liability the victim bears.

With the legalization of the Product Safety and Technical Regulations Law, a specific regulation has been made concerning the producer's liability, replacing the regulations previously applied within the consumer framework²³. However, it is important to note that it is still insufficient to address the damages caused by artificial intelligence technologies.

VI. CONCLUSION

The ability to make decisions by thinking, a characteristic unique to humans, has been adapted to artificial intelligence entities with the advancement of technology, enabling

tarafın uğradığı zararı ve uygunsuzluk ile zarar arasındaki nedensellik bağıını ispat etmesi zorunludur"¹⁹. Başka bir deyişle, zararın uygunsuzluktan kaynaklanması gerektiği de söylenebilir. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki zarar görenin üründe uygunsuzluk olduğunu iddia etmesi ve illiyet bağıını ve zararı ispat etmesinin sonucunda üretici, ürünün teknik düzenlemelere uygun olduğunu ispat edebildiği halde sorumluluktan kurtulabilecektir. Bu haller; ürünün, üreticinin iradesiyle piyasaya sürülmemiş olması, ürünün piyasaya sürüldüğü anda hatalı olmaması veya hatanın üçüncü bir tarafın hareketiyle sonradan meydana gelmesi veya üründeki uygunsuzluğun, teknik düzenlemelere veya diğer zorunlu teknik kurallara uygun olarak üretilmesinden kaynaklanmasındır.

Bununla birlikte, üretici sorumluluktan kurtulmamasına bile tazminatta indirim uygulanmasına sebep olabilecek durumlar ortaya çıkabilir. İlki, zarar görenin kusurunun bulunmasıdır. Üreticinin veya zararın ortaya çıkmasına neden olan kişinin yanı sıra zarar görenin hür iradesi ile gerçekleştirmiş olduğu hareketlerden ötürü zarara katlanması, tazminatta indirim sebeplerinden biridir. Diğer bir sebep ise zarar görenin hareketlerinin aklı selim bir kişi ile mukayese edilerek durumun incelenmesine dayanır²⁰. "Zarar görenin, ürünü makul biçimde kullanması gerekir"²¹. "Örneğin yapay zekalı fırında sadece yiyeceklerin pişirileceği belirtilmesine rağmen, COVID 19'dan koruyan maskenin tekrar kullanılmak için ısıtılması makul kullanım sayılmayacağından imalatçının ürün sorumluluğu bulunmaz"²². Başka bir hal ise zararın, zarara uğrayanın sorumluluğundaki bir kişinin hareketlerinden dolayı ortaya çıkmış olmasıdır.

Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nun yasallaşması ile birlikte öncesinde üreticinin sorumluluğuna ilişkin olarak tüketici çerçevesinde düzenlenen mevzuatlara başvurulurken ilgili kanunun yürürlüğe girmesi ile nihayetinde konuya ilişkin özel bir düzenleme yapılmıştır²³. Yine de belirtmek isteriz ki yapay zeka teknolojilerinin ortaya çıkardığı zararlar kapsamında bu düzenlemeler yetersiz kalmaktadır.

VI. SONUÇ

İnsanlara özgü olan düşünerek karar alma yetisi, teknolojinin gelişmesiyle yapay zeka varlıklarına da uyarlanarak bu varlıkların otonom hareketler göstermelerini sağlamıştır.

these entities to exhibit autonomous movements. It has become necessary to determine who is responsible for the potential harms arising from the actions of artificial intelligence itself, its producer, user, or a third party. In this regard, various solutions have emerged, leading to different perspectives in legal doctrine.

Ultimately, establishing legal status and determining the adopted personality view for artificial intelligence technologies will pave the way for comprehensive legal regulations. These regulations, developed in line with the consensus on these fundamental questions, will provide a clear solution regarding the responsibility for the harms caused by artificial intelligence technologies.

BIBLIOGRAPHY

MERVE SALI EROĞLU, Sorumluluk Hukukunda Yapay Zeka, Yüksek Lisans Tezi, 2022.

İLYAS SAĞLAM/ EMRE GİRGİN, "Yapay Zeka ve Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk", Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 19, 2022.

ERMAN BENLİ/ GAYENUR ŞENEL, Yapay Zeka ve Haksız Fiil Hukuku, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 2, S.: 2, 2020.

ÇAĞLAR ERSOY, Robotlar, Yapay Zeka ve Hukuk, 2. Baskı, İstanbul 2017.

ALP ÖZTEKİN, Teoride ve Uygulamada Türk İnternet Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2023.

ECEM AKSOY, Yapay Zekanın Sorumluluk Hukukundaki Konumu ve Büyük Veri İle İlişkisi, 1. Baskı, Ankara 2022.

REMZİ DEMİR, 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Açısından Yapay Zeka İmalatçısının Ürün Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara, 2023.

ÇİĞDEM KIRCA, Ürün Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara 2007.

MUSTAFA ZORLUEL, Yapay Zeka ve Telif Hakkı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 142, 2019.

SALİH KARADENİZ, "Yapay Zekanın Anonim Şirket Yönetim Kuruluna Üyeliği ve Üyelikten Doğan Sorumluluğun Değerlendirilmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.54, 2023.

SİNAN S. AKKURT, "Yapay Zekanın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 7, S. 13, 2109.

GÜLER GÖKSU, Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, 2021.

Gerek yapay zekanın kendisinin gerek üreticisinin, kullanıcısının veya üçüncü bir tarafın hareketlerinden ötürü doğabilecek zararlardan kimin sorumlu olacağı sorusuna cevap bulmakta gerekli olmuştur. Bu doğrultuda konuya ilişkin çözüm arayışları ortaya çıkmış olmakla birlikte doktrinde farklı düşüncelerin yer almasını sağlamıştır.

Sonuç olarak, ilk olarak yapay zekaların hukuki statülerinin belirlenmesi gerekmektedir. Yapay zeka teknolojileri için hangi kişilik görüşü benimsenecektir? Benimsenecek görüş kapsamında bu teknolojilere hangi haklar tanınacaktır? Ancak bu soruların cevaplanmasıyla doğacak görüş birliği doğrultusunda hazırlanacak kanuni düzenlemeler sonucunda yapay zeka teknolojilerinin ortaya çıkardığı zararların sorumluluğu bağlamında kesin bir çözüme ulaşılabilir.

KAYNAKÇA

MERVE SALI EROĞLU, Sorumluluk Hukukunda Yapay Zeka, Yüksek Lisans Tezi, 2022.

İLYAS SAĞLAM/ EMRE GİRGİN, "Yapay Zeka ve Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk", Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 19, 2022.

ERMAN BENLİ/ GAYENUR ŞENEL, Yapay Zeka ve Haksız Fiil Hukuku, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 2, S.: 2, 2020.

ÇAĞLAR ERSOY, Robotlar, Yapay Zeka ve Hukuk, 2. Baskı, İstanbul 2017.

ALP ÖZTEKİN, Teoride ve Uygulamada Türk İnternet Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2023.

ECEM AKSOY, Yapay Zekanın Sorumluluk Hukukundaki Konumu ve Büyük Veri İle İlişkisi, 1. Baskı, Ankara 2022.

REMZİ DEMİR, 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Açısından Yapay Zeka İmalatçısının Ürün Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara, 2023.

ÇİĞDEM KIRCA, Ürün Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara 2007.

MUSTAFA ZORLUEL, Yapay Zeka ve Telif Hakkı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 142, 2019.

SALİH KARADENİZ, "Yapay Zekanın Anonim Şirket Yönetim Kuruluna Üyeliği ve Üyelikten Doğan Sorumluluğun Değerlendirilmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.54, 2023.

SİNAN S. AKKURT, "Yapay Zekanın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 7, S. 13, 2109.

GÜLER GÖKSU, Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, 2021.

DİPNOT

¹⁹ ÜGK m. 6/2.

²⁰ Demir, ÜGTDK Açısından Yapay Zeka İmalatçısının Ürün Sorumluluğu, s. 195-196.

²¹ Çiğdem Kirca, Ürün Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara, 2007.

²² Demir, ÜGTDK Açısından Yapay Zeka İmalatçısının Ürün Sorumluluğu, s. 196.

²³ Demir, ÜGTDK Açısından Yapay Zeka İmalatçısının Ürün Sorumluluğu, s. 210.

FOOTNOTE

¹⁹ PSTRL 6/2.

²⁰ Demir, ÜGTDK Açısından Yapay Zeka İmalatçısının Ürün Sorumluluğu, p. 195-196.

²¹ Çiğdem Kirca, Ürün Sorumluluğu, 1st Edition, Ankara, 2007.

²² Demir, ÜGTDK Açısından Yapay Zeka İmalatçısının Ürün Sorumluluğu, p. 196.

²³ Demir, ÜGTDK Açısından Yapay Zeka İmalatçısının Ürün Sorumluluğu, p. 210.

PART 5

CAPITAL MARKET FRAUD CRIME (MANIPULATION) WITH EXAMPLES FROM TÜRKİYE AND WORLDWIDE

TÜRKİYE'DEN VE DÜNYADAN
ÖRNEKLER İLE SERMAYE
PİYASASI DOLANDIRICILIĞI
SUÇU (MANİPÜLASYON)

ECE ÖZCAN
İREM NAS

PART 5

ABSTRACT | ÖZET

According to Article 1071 of Capital Markets Law No. 6362 (“CML”), there are two types of market fraud crimes: information-based market fraud crime and transaction-based market fraud crime.

Piyasa dolandırıcılığı suçu, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun (“SPK”) 107. maddesinde düzenlenmiş olup, işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu ve bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu olmak üzere yapılan eylemin türüne göre tanımlanmaktadır.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELE

Capital Markets Law, Manipulation, Market, Investor, Misdemeanor.

Sermaye Piyasası Kanunu, Manipülasyon, Piyasa, Yatırımcı, Kabahat.

I. INTRODUCTION

With this article, various dimensions of the capital market fraud crime within the scope of capital markets legislation will be discussed through cases in Türkiye and around worldwide, and transaction-based and information-based fraud types their legal structures and their effects on the market will be examined. Furthermore, the importance of protecting the fair & transparent functioning of capital markets will be emphasized by a discussion of laws and regulations aimed at preventing such offenses, supported by international instances.

II. THE CRIME OF MARKET FRAUD WITHIN THE SCOPE OF THE CML AND THE HISTORICAL DEVELOPMENT OF THE CRIME

Under capital markets law, manipulation generally refers to unlawful actions aimed at artificially changing the prices of capital market instruments by using false and/ or misleading information to influence investor behaviors.

The crime of “manipulation” contained in Article 47 /a-2-3 of the former CML numbered

I. GİRİŞ

Bu makale ile, sermaye piyasası mevzuatı kapsamında sermaye piyasası dolandırıcılığı suçunun çeşitli boyutları Türkiye ve dünya genelindeki vakalar üzerinden ele alınacak ve işlem ve bilgi bazlı dolandırıcılık türleri, hukuki yapıları ve piyasa üzerindeki etkileri irdelenecektir. Ayrıca, uluslararası kapsamda örnekler ile bu suçların önlenmesine yönelik yasal düzenlemeler tartışılıp sermaye piyasalarının şeffaf ve adil işleyişinin korunmasının önemi vurgulanacaktır.

II. SPK KAPSAMINDA PİYASA DOLANDIRICILIĞI SUÇU VE SUÇUN TARİHSEL GELİŞİMİ

Sermaye piyasası hukukunda, manipülasyon genel olarak, yatırımcı davranışlarını yönlendirmek amacıyla yanlış ve/ veya yanıltıcı bilgilerin kullanılması ile sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını yapay bir biçimde değiştirmeye yönelik hukuka aykırı eylemler anlamına gelmektedir.

2499 sayılı eski SPK'nın 47/a-2-3 maddesin-



2499 was abolished with the CML. It has been replaced and regulated under Article 107¹ of the CML under the title “Manipulation”.

The historical development of the market fraud varies depending on the economic and legal context of different countries. Australia and the United Kingdom are notable as the first states to establish prohibitions against market manipulation. After the¹Great Depression of 1929, the United States prohibit activities involving manipulation through the Securities Exchange Act of 1934 in response to speculators who were responsible for the crisis. In Russia, market manipulation offenses were relatively regulated later, with the initial regulation taking place in 2009. Regulations prohibiting market fraud in the European Union were not implemented until early 2000s, and in Germany, the first regulation linking currency fraud to criminal sanctions was implemented in 1986². The initial regulation on manipulation at the EU level is the Market Abuse Directive 2003/6/EC, and before this directive, the main document representing the common opinion of the regulatory authorities in EU member states was the FESCO Report dated 2000. This directive introduced a regulation at the EU level by combining the trading activities of insiders and manipulation actions³.

de yer alan “manipülasyon” suçu, 6362 sayılı SPK ile yürürlükten kaldırılmış ve 6362 sayılı SPK'nın 107. maddesinde¹ “Piyasa dolandırıcılığı” adı altında düzenlenmiştir.

Piyasa dolandırıcılığı suçunun tarihsel gelişimi, farklı ülkelerin ekonomik ve hukuki bağlamına göre çeşitlilik göstermektedir. Avustralya ve Birleşik Krallık, piyasa dolandırıcılığına karşı ilk yasakları koyan devletler olarak öne çıkmaktadır. ABD, 1929 Büyük Buhranı sonrası krizin sorumlusu olarak gösterilen spekülörlere karşı tepki olarak manipülasyon içeren faaliyetleri, 1934 tarihli Menkul Kıymetler Borsası Kanunu ile yasaklamıştır. Rusya'da piyasa dolandırıcılığı suçları diğer ülkelere oranla nispeten daha geç düzenlenmiş ve ilk düzenleme 2009 yılında yapılmıştır. AB'de piyasa dolandırıcılığını yasaklayan düzenlemeler 2000'li yılların başına kadar hayata geçirilmemiş olup, Almanya'da ise 1986'da kur dolandırıcılığını cezai yaptırıma bağlayan ilk düzenleme gerçekleştirmiştir². AB düzeyindeki ilk manipülasyon düzenlemesi, 2003/6/EC Piyasa Kötüye Kullanılması direktifidir ve bu direktif öncesinde AB üye ülkeleri düzenleyici otoritelerin ortak görüşünü ifade eden temel belge, 2000 tarihli FESCO Raporu'dur. Bu direktif, içeriden bilgi sahibi olanların ticareti ve manipülasyon eylemlerini birleştirerek AB düzeyinde bir düzenleme getirmiştir³.

DİPNOT

¹ Sermaye Piyasası Kanunu (SPK), 06.12.2012 tarih ve 28513 numaralı Resmi Gazete (RG), m.107.

² Dilek Özge Erdem, Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Piyasa Dolandırıcılığı Suçları, Adalet Dergisi, 2020/2 65. sayı, s. 335-363.

³ Seçil Coşkun, Avrupa Birliği Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021/1 s. 559-613.

FOOTNOTE

¹ Capital Market Law (CML), Official Gazette (OG) dated 06.12.2012 and numbered 28513, Article 107.

² Dilek Özge Erdem, Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Piyasa Dolandırıcılığı Suçları, Adalet Dergisi, 2020/2 65. sayı, s. 335-363.

³ Seçil Coşkun, Avrupa Birliği Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021/1, p. 559-613.

PART 5

III. THE DIFFERENCE
FROM MARKET ABUSE
ACTIONS

The crime of market abuse actions and market fraud is regulated in the CML. The purpose of both being regulated in the CML is to ensure the efficient operation of the capital market and to maintain investor confidence in the market.

Article 104 of the CML, titled "Market abuse actions" states that;

"Actions and transactions which cannot be explained with a reasonable economic or financial justification, which are of a nature deteriorating the functioning of exchanges and other organized markets in security, openness and stability, shall be regarded as market abuse actions, provided that they do not constitute a crime. An administrative fine from twenty thousand Turkish Liras up to five hundred thousand Turkish Liras shall be given to those who perform the market abuse actions determined by the Board. However, in case when a benefit has been procured by this means, the amount of the administrative fine to be given cannot be less than twice of this interest"⁴.

The acts specified in articles 103-105 of the CML are considered as misdemeanors. As stated in Article 104, actions that disrupt the market, if not constituting a crime, are classified as misdemeanors within the scope of the law.

Due to the possibility of committing the same acts both as market fraud crimes and market-disruptive misdemeanors, there is currently no consensus in the doctrine on whether they should be considered as crimes or misdemeanors. The regulations within the Capital Markets Board's Market Disruptive Actions Communiqué numbered VI-104.1, prepared under the scope of the Capital Markets Law, contain provisions acknowledging the similarities between the aforementioned crime and misdemeanor. Article 6/1 of the Market Disruptive Actions Communiqué contains regulations regarding market disruptive actions carried out with communication or messaging tools. This provision states that providing false, misleading, or incorrect information, spreading rumors, creating news, making public disclosures, giving opinions, or preparing reports related

III. PİYASA BOZUCU EY-
LEMLERDEN FARKI

Piyasa bozucu eylemler ve piyasa dolandırıcılığı suçu 6362 sayılı SPK'da düzenlenmiştir. Her ikisinin SPK'da düzenlenmelerindeki amaç sermaye piyasasının etkin işleyişinin sağlanması ve yatırımcıların piyasaya olan güveninin korunmasıdır.

SPK'nın "Piyasa bozucu eylemler" başlıklı 104. maddesi;

"Makul bir ekonomik veya finansal gerekçeyle açıklanamayan, borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasaların güven, açıklık ve istikrar içinde çalışmasını bozacak nitelikteki eylem ve işlemler, bir suç oluşturmadığı takdirde, piyasa bozucu nitelikte eylem sayılır. Kurulca belirlenen piyasa bozucu eylemleri gerçekleştiren kişilere Kurul tarafından yirmi bin Türk Lirasından beş yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir. Ancak, bu suretle menfaat temin edilmiş olması hâlinde verilecek idari para cezasının miktarı bu menfaatin iki katından az olamaz."⁴ hükmünü havidir.

6362 sayılı SPK'nın 103-105. maddelerinde kabahat niteliğinde fiiller düzenlenmiş olup, 104. maddede de belirtildiği üzere piyasa bozucu eylemler bir suç oluşturmadıkları takdirde kanun kapsamında kabahat olarak nitelendirilmektedir.

Mevzubahis piyasa dolandırıcılığı suçu ve piyasa bozucu eylem kabahatlerinin aynı fiillerle işlenmelerinin de mümkün olması sebebiyle suç olarak mı yoksa kabahat olarak mı kabul edilmesi gerektiği hususunda doktrinde halen bir görüş birliği mevcut değildir. 6362 sayılı SPK kapsamında hazırlanan VI-104.1 sayılı Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği'nde söz konusu suç ve kabahatin benzerliklerinin mevcut olduğu düzenlemeler yer almaktadır. VI-104.1 sayılı Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği'nin 6/1 maddesi, iletişim veya haberleşme araçları kullanılarak gerçekleştirilen piyasa bozucu eylemlere dair düzenlemeler içermektedir. Söz konusu hüküm, sermaye piyasası araçlarının fiyatları, değerleri veya yatırımcı kararlarını etkileyecek nitelikte veya bu unsurlara etki edebilecek piyasa göstergeleriyle ilgili olarak yalan, yanıltıcı veya yanlış bilgi verilmesi, söylenti çıkarılması, haber yapılması, özel durum açıklaması yapılması, yorum yapılması veya rapor hazırlanmasının, piyasa bozucu eylem olarak

to the prices, values, or investor decisions of financial instruments or market indicators that may affect these elements will be considered as market abuse actions. In this context, the Communiqué introduces regulations against behaviors similar to the crime of information-based market fraud with the aforementioned acts⁵.

While capital market instruments constitute the focal point of the crime of market fraud, according to the doctrine, it is understood that market abuse actions are also fundamentally related to financial instruments. Therefore, it is observed that the subjects overlap in both cases.



According to the Communiqué on Re-appraisal, individuals engaging in market disruptive actions determined by the Capital Markets Board (for the year 2024) will be subject to administrative fines ranging from 246,511.47 Turkish Liras to 6,168,483.34 Turkish Liras. In case benefits are obtained, the amount of the administrative fine shall not be less than twice the amount of such benefit. When examining Article 107 of the CML, in the case of market fraud crime, imprisonment is regulated in addition to administrative fines. Pursuant to Article 107/1, those committing transaction-based market fraud crime may face imprisonment from 3 to 5 years, and under Article 107/2, individuals involved in information-based market manipulation offenses may also face imprisonment ranging from 3 to 5 years.

değerlendirileceğini belirtmektedir. Bu bağlamda, Tebliğ, bilgi temelli piyasa dolandırıcılığı suçunu anılan fiillerle benzer davranışlara karşı bir düzenleme getirmektedir⁵.

Piyasa dolandırıcılığı suçunun odak noktasını sermaye piyasası araçları oluştururken, doktrine göre piyasa bozucu eylemler temelinde de sermaye piyasası araçlarının mevzubahis olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, her iki durumda da konularının örtüştüğü gözlemlenmektedir.

Yeniden Değerleme Tebliği uyarınca, Sermaye Piyasası Kurulunca tespit edilen piyasa bozucu eylemleri gerçekleştiren kişilere (2024 yılı için) 246 bin 511,47 Türk Lirasından 6 mil-

yon 168 bin 483,34 Türk Lirasına kadar idari para cezası verilecek olup bu suretle menfaat temin edilmiş olması hâlinde verilecek idari para cezasının miktarı, bu menfaatin iki katından az olmayacaktır. SPK'nın 107. maddesi incelendiğinde ise; piyasa dolandırıcılığı suçları söz konusu olduğunda idari para cezasının yanı sıra hapis cezası da düzenlenmektedir. SPK 107/1 uyarınca işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunu işleyenler hakkında 3 yıldan 5 yıla kadar ve SPK 107/2 uyarınca bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu işleyenler hakkında da yine 3 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir.

Yukarıda açıklanan bu ve bunun gibi benzerlikler olmakla birlikte piyasa bozucu eylemlerin vuku bulması için doğrudan gerçekleştirmesi gereken birtakım sonuçlara ihtiyaç

FOOTNOTE

⁴ Sermaye Piyasası Kanunu (SPK), 06.12.2012 tarih ve 28513 numaralı Resmi Gazete (RG), m.104.

⁵ Yeliz Neslihan Akın, Ekonomik Bir Suç Olarak Piyasa Dolandırıcılığı Suçunun Değerlendirilmesi, Maliye Çalışmaları Dergisi, 2020, p. 25.

DİPNOT

⁴ Sermaye Piyasası Kanunu (SPK), 06.12.2012 tarih ve 28513 numaralı Resmi Gazete (RG), m.104.

⁵ Yeliz Neslihan Akın, Ekonomik Bir Suç Olarak Piyasa Dolandırıcılığı Suçunun Değerlendirilmesi, Maliye Çalışmaları Dergisi, 2020, s. 25.

PART 5

Despite these and other similarities described above, there is no need for direct consequences for market abuse to occur. In this context, regarding transaction-based actions, as a natural consequence of the regulation encompassing transaction-based manipulation crimes, whether the act is considered a crime or a misdemeanor will depend on whether a benefit is obtained or not, and the sanction applied will be shaped accordingly⁶.

IV. THE EVALUATION OF THE MARKET FRAUD CRIME WITHIN THE SCOPE OF NE/NON-BIS IN IDEM

“Although insider trading and market fraud are defined as crime in the CML, even if no criminal complaint has been filed yet, the capital market board has been granted the authority to take measures related to securities for individuals, whether natural or legal persons, and officials of legal entities who are reasonably suspected of committing this crime”⁷. Due to the similarities in terms of the subject matter, purpose, and punishment, market disruptive actions and market fraud are intertwined as per the provisions of the Capital Markets Board. Therefore, it has become necessary to evaluate the principle of ne/non bis in idem regarding these two crimes specifically. The principle of ne/non bis in idem emphasizes the legal principle that an individual cannot be punished twice for the same offense or subjected to double jeopardy. While this principle prevents multiple punishments for the same act, it is not absolute because it does not mandate uniformity in the consequences of punishment. Despite the similarities in the subject of the crime and misdemeanor, it is possible to evaluate the same act differently under different legal disciplines due to differences in their elements, purposes, protected legal interests, and outcomes. In this context, the imposition of different sanctions for an action prescribed by various legal disciplines does not violate the principle of the rule of law or the principle of non bis in idem, which prohibits double jeopardy for the same offense.

duyulmamaktadır. Bu bağlamda, işlem bazlı fiiller açısından, fiilin işlem temelli manipülasyon suçunu içerecek şekilde düzenlenmiş olmasının doğal bir sonucu olarak, menfaat elde edilip edilmemesi durumuna göre suç olarak kabul edilecek veya kabahat olarak değerlendirilecektir ve uygulanacak yaptırım bu nitelendirmeye göre şekillenecektir⁸.

IV. NE/NON BIS IN IDEM ÇERÇEVESİNDE PİYASA DOLANDIRICILIĞI SUÇUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

“SerPK’da birer suç olarak tanımlanmış olan bilgi suiistimali ve piyasa dolandırıcılığı hakkında henüz suç duyurusunda bulunulmamış olsa bile, bu suçu işlediğine yönelik gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişilerin yetkilileri ile ilgili olarak makul şüpheye bağlı olarak, bu kişilerin sermaye piyasası araçlarına ilişkin tedbirler alma yetkisi SPK’ya tanınmıştır”⁷. SPK hükümlerinden kaynaklı olarak piyasa bozucu eylem ve piyasa dolandırıcılığı; suç konu, amaç ve cezalandırma gibi hususlarda taşıdığı benzerlikler nedeniyle iç içe geçmiş durumdadır. Bu nedenle, iki suç özelinde ne/non bis in idem ilkesinin değerlendirilmesi gerekli olmuştur. Ne/non bis in idem ilkesi, bir bireyin aynı suçtan dolayı iki kez cezalandırılmayacağını veya aynı suç nedeniyle iki kez yargılanamayacağını vurgulayan bir hukuk prensibidir. Söz konusu ilke, aynı eylem sebebiyle birden fazla cezalandırılmayı önlerken, aynı zamanda cezanın sonuçlarının tek olması gerekliliğini dayatmaması sebebiyle mutlak bir niteliğe haiz değildir. Mevzubahis suç ve kabahatin konu bakımından birbirlerine benzerliklerinin olmasına karşın; unsurlarının, amaçlarının, korunan hukuki yararlarının ve neticelerinin farklı olması nedeniyle aynı fiilin ayrı hukuk disiplinleri kapsamında farklı şekillerde değerlendirilmesi mümkündür. Bu bağlamda, bir eylemin çeşitli hukuk disiplinleri tarafından öngörülen farklı yaptırımlarla cezalandırılması, hukuk devleti prensibi ve aynı fiilden dolayı iki kez yargılamaya olmaz ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.

V. THE LEGAL NATURE OF MARKET FRAUD CRIME

“Capital market crimes and misdemeanors have been regulated by the CML No. 6362 with the aim of ensuring the reliable, transparent, efficient, stable, fair, and competitive operation and development of the capital markets, and for the regulation and supervision of the capital markets to protect the rights and interests of investors”⁸. The legislator considers actions that prevent the determination of prices under fair conditions and in a free competitive environment, resulting from the intersection of real supply and demand, as a crime. In legal doctrine, there is no universally agreed-upon definition for the concept of market fraud. The diversification of manipulative actions with technological advancements has made it challenging to define this concept clearly. In other words, a definition covering manipulative actions may emerge over time; however, if it does not include the typical characteristics of specific actions that constitute the crime of market fraud, it may lead to situations of impunity. In this instance, it should be understood that in order to accomplish the purpose of criminal law—namely, to prevent crimes from being committed—it is critical to accurately define the typical features of criminal behavior⁹. *“There is no universally agreed-upon definition for manipulation, especially for its types based on information and transactions. Manipulation is a concept that can be defined in various forms depending on different perspectives”¹⁰.*

A. Transaction-Based Market Fraud Crime (CML Article 107/1) with Examples from Turkey

In the first paragraph of Article 107 of the CML, transaction-based market manipulation is regulated, and the relevant provision is as follows: *“Those who make purchases and sales, give orders, cancel orders, change orders or realize account activities with the purpose of creating a wrong or deceptive impression on the prices of capital market instruments, their price changes, their supplies and demands, shall be sentenced to imprisonment from two years up to five years and be punished with a judicial fine from five thousand days up to ten thousand days. However, the amount of the judicial fine to*

V. PİYASA DOLANDIRICILIĞI SUÇUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

“6362 sayılı SPK da sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi amacıyla, sermaye piyasası suç ve kabahatleri düzenlenmiştir”⁶. Kanun koyucu, fiyatın adil koşullar altında ve serbest rekabet ortamında, gerçek bir arz ve talebin karşılaşması sonucunda belirlenmesini engelleyen fiilleri suç saymıştır. Doktrinde, piyasa dolandırıcılığı kavramı üzerinde mutabık kalınmış bir tanım bulunmamaktadır. Zira teknolojinin ilerlemesiyle manipülatif hareketlerin çeşitlenmesi, bu kavramı net bir şekilde tanımlamayı zorlaştırmaktadır. Başka bir anlatımla, manipülatif eylemleri kapsayan bir tanım, zamanla ortaya çıkabilir; ancak bu, piyasa dolandırıcılığı suçunu meydana getiren belirli eylemlerin tipik özelliklerini içermediği takdirde, cezasızlık durumlarına yol açabilir. Bu durumda, ceza hukukunun gayesi olan suç işlenmesinin önlenmesine ulaşmak için suç teşkil eden eylemlerin tipik özelliklerinin açıkça tanımlamanın önemli olduğu anlaşılmalıdır. *“Manipülasyonun, bilgiye ve işleme dayalı türlerinin ise üzerine mutlak uzlaşma sağlanmış bir evrensel tanımı yoktur. Manipülasyon değişik bakış açılarında göre farklı biçimlerde tanımlanabilecek bir kavramdır”¹⁰.*

A. Türkiye’den Örnekler ile İşlem Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu (SPK m.107/1)

SPK’nın 107. maddesinin 1. fıkrasında işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı düzenlenmiş olup ilgili hüküm şu şekildedir: *“Sermaye Piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla alım veya satım yapanlar, emir verenler, emir iptal edenler, emir değiştirenler veya hesap hareketleri gerçekleştirenler iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar. Ancak, bu suçtan dolayı verilecek olan adli para cezasının miktarı, suçun işlenmesi ile elde edilen menfaatten az olamaz”.*

DİPNOT

⁶ Yetkin Kaan Gençtürk, İşlem Temelli Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu ile Piyasa Bozucu Eylem Kabahati İlişkisi, Adalet Dergisi, 2023/1 70. Sayı, p. 301.

⁷ Burak Adıgüzel, Sermaye Piyasası Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2023, s. 334.

⁸ Yeliz Neslihan Akın, Ekonomik Bir Suç Olarak Piyasa Dolandırıcılığı Suçunun Değerlendirilmesi, Maliye Çalışmaları Dergisi, 2020, s. 1.

⁹ Sinan Bayındır, Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu, İstanbul 2011, s. 55.

¹⁰ Çağlar Manavgat, Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları, Ankara, 2008, s. 240.

FOOTNOTE

⁶ Yetkin Kaan Gençtürk, İşlem Temelli Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu ile Piyasa Bozucu Eylem Kabahati İlişkisi, Adalet Dergisi, 2023/1 70. Sayı, p. 301.

⁷ Burak Adıgüzel, Sermaye Piyasası Hukuku, 5. Baskı, Ankara, 2023, p. 334.

⁸ Yeliz Neslihan Akın, Ekonomik Bir Suç Olarak Piyasa Dolandırıcılığı Suçunun Değerlendirilmesi, Maliye Çalışmaları Dergisi, 2020, p. 1.

⁹ Sinan Bayındır, Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu, İstanbul 2011, p. 55.

¹⁰ Çağlar Manavgat, Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları, Ankara, 2008, p. 240.

PART 5

be imposed due to this crime cannot be less than the benefit obtained by committing the crime”.

The person who consciously aims to create an artificial market through manipulative actions engages in transaction-based market fraud crime by creating unusual volatility in the prices of financial instruments and supply-demand dynamics. The execution of transactions causing unusual movements in the capital market alone is not sufficient to constitute the offense of market fraud. In Turkish law, the motive of the person engaging in manipulative transactions is a determining factor in the occurrence of the transaction-based market fraud crime. In this context, the presence of both objective and subjective elements is required for the occurrence of the transaction-based market fraud crime¹¹.

This crime involves artificially changing the value of a specific stock or other financial instrument in financial markets with the intention of misleading investors. The legal interest protected by the crime is generally market integrity, and therefore, the victim of the crime encompasses a broad community. What is essential is that the individual who committed the offense has an explicit intent to create a misleading or deceptive impression. Transaction-based market fraud crime is of great importance in ensuring fair competition and trust in financial markets.

We have mentioned above that the transaction-based market fraud crime is a serious crime that refers to the unfair loss of inves-

Manipülatif hareketler ile, bilinçli bir şekilde yapay bir piyasa yaratma amacıyla olan kişi, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarında ve arz-talep dinamiklerinde olağandışı bir hareketlilik oluşturarak işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunu işlemektedir. Sermaye piyasasında olağandışı hareketliliğe sebep olan işlemlerin gerçekleştirilmesi tek başına piyasa dolandırıcılığı suçunu oluşturmayacağı yetmez. Türk hukukunda, manipülatif işlem yapan kişinin saiki, işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun oluşmasında oldukça belirleyici bir faktördür. Bu çerçevede, işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun oluşabilmesi söz konusu olabilmesi için objektif ve subjektif unsurların bir arada bulunması şarttır¹¹.

Bu suç, finansal piyasalarda belirli bir hisse senedi veya diğer sermaye piyasası aracının değerini yapay bir biçimde değiştirerek, yatırımcıları yanıltma niyetini taşır. Suçun koruduğu hukuki yarar genellikle piyasa bütünlüğüdür, bu nedenle suçun mağduru geniş bir topluluğu kapsar. Mühim olan, suçu işleyen kişinin saikinin yanlış veya aldatici bir izlenim uyandırmaya yönelik olması ve bu hususta özel kastının bulunmasıdır. Bu durum, suçun sadece doğrudan kast ile işlenebileceği anlamına gelir. İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu, finansal piyasalardaki adil rekabeti ve güveni sağlama açısından büyük önem taşır.

İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun finansal piyasalarda gerçekleşen manipülatif faaliyetlerle yatırımcıların haksız bir şekilde zarara uğratılmasını ifade eden ciddi bir suç olduğundan yukarıda bahsetmiştik. Dünyanın çeşitli ülkelerinde olduğu gibi

tors through manipulative activities that take place in financial markets. As in various countries of the world, such fraud cases have been encountered in Turkey and legal measures have been taken. This crime is usually carried out by people who speculate on the market with fake information, manipulate prices, or try to make a profit through unreal transactions. The Turkish legal system has established various legal regulations and oversight mechanisms to protect capital markets and prevent such crimes. As a result of different transactions made on the shares of Sınai Ticari Mali Yatırımlar A.Ş., the Court of Cassation concluded in a decision involving multiple defendants that the transactions made from the accounts directed by the defendants were effective and manipulative transactions made with the intention of causing artificial price and market formation. Considering the connections and communications among the defendants, it was concluded that the elements of the crime were present, and there was a joint intent to participate in the offense. This conclusion was reached after the Supreme Court examined a number of factors, including the volume and ratios of buying and selling transactions from group accounts, the share and ratios of orders transmitted to group accounts in the total order quantity, the volume and ratios of intra-group transactions, particularly those involving self-dealing and mutual transactions, the ratio of buy transactions raising the price within the overall transaction volume, the quantity and characteristics of changing-direction orders that were submitted quickly, changes in stock prices, and increases in transaction volumes during the examination period¹². In another decision related to the crime of transaction-based market fraud, given by the Supreme Court; it was determined that a group of 5 investors formed by the defendants dominated the market as a result of significant transactions on Derimod shares. During the examination period, it was found that the transactions of the investor group constituted a large percentage of the total buying and selling volume, changing-direction orders were created at similar prices, and these orders were not based on market opinions. Additionally, considering money transfers among the defendants, transactions conducted through the same computer network, and their familiarity with each other, it was determined that there were serious evidence indicating that the defendants acted together and dominated the market. Expert reports also provided an assessment in this direction, emphasizing that despite the low

Türkiye'de de bu tür dolandırıcılık vakalarına rastlanmış ve hukuki önlemler alınmıştır. Bu suç, genellikle sahte bilgilerle piyasada spekülasyon yapan, fiyatları manipüle eden veya gerçek olmayan işlemlerle kazanç elde etmeye çalışan kişiler tarafından gerçekleştirilmektedir. Türk hukuk sistemi, sermaye piyasalarını korumak ve bu tür suçları önlemek adına çeşitli yasal düzenlemeler ve denetim mekanizmaları oluşturmuştur. Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu birden fazla sanığın söz konusu olduğu bir kararında Sınai Ticari Mali Yatırımlar A.Ş. hisse senedi üzerinde gerçekleştirilen çeşitli işlemler nedeniyle sanıkların yönlendirdiği hesaplardan yapılan işlemlerin yapay fiyat ve piyasa oluşumuna neden olmak amacıyla yapılan etkili ve manipülatif işlemler olduğu belirlenmiştir. Sanıklar arasındaki bağlantılar ve iletişimler göz önüne alınarak, suçun unsurlarının oluştuğu ve iştirak iradelerinin bulunduğu sonucuna varılmıştır. Yargıtay'ca bu sonuca varan inceleme yapılırken; grup hesaplarından gerçekleştirilen alış ve satış işlemlerinin hacmi ve oranları, grup hesaplarına iletilen emirlerin toplam emir miktarındaki payı ve oranları, grup içi işlemlerin miktarı ve oranları, özellikle kendinden kendine ve karşılıklı işlemler, fiyatı yükseltici alış işlemlerinin genel işlem hacmi içindeki oranı, kısa sürede gönderilen yön değiştiren emirlerin sayısı ve özellikleri, hisse senedi fiyatındaki değişiklikler ve işlem miktarındaki artışlar, inceleme döneminde elde edilen brüt kar miktarı gibi hususları ele almıştır¹². Yargıtay tarafından işlem bazlı piyasa dolandırıcılığı suçu ile ilgili verilmiş bir başka kararda; sanıkların oluşturduğu 5 kişilik yatırımcı grubunun Derimod hisse senetleri üzerinde önemli işlemler gerçekleştirmeleri neticesinde piyasaya hâkim oldukları tespit edilmiştir. İnceleme döneminde yatırımcı grubunun işlemlerinin toplam alım-satım miktarının büyük bir yüzdeyi oluşturduğu, yön değiştiren emirlerin benzer fiyatlarla oluşturulduğu ve bu emirlerin piyasa kanaatlerine bağlı olmadığı belirlenmiştir. Ayrıca, sanıklar arasında para transferleri, aynı bilgisayar ağı üzerinden işlemler yapılması ve birbirlerini tanıma durumları göz önüne alındığında, sanıkların birlikte hareket ettikleri ve piyasaya hâkim oldukları yönünde ciddi deliller bulunduğu tespit edilmiştir. Bilirkişi raporları da bu yönde bir değerlendirme sunmuş, sanıkların işlem miktarlarının düşük olmasına rağmen yatırımcı grubunun toplam işlem miktarına oranının yüksek olduğu vurgulanmıştır. Bu bağlamda, sanıkların yatırımcı grubunun piyasaya hâkim olduğu ve hisse senedinin



FOOTNOTE

¹¹ Seçil Coşkun, Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu (6362 Sayılı SPK'nın MD.107), 1. Baskı, İstanbul 2021, p. 49.

¹² Yargıtay 19. C.D., T. 04.07.2018, E. 2018/1323, K. 2018/8134.

DİPNOT

¹¹ Seçil Coşkun, Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu (6362 Sayılı SPK'nın MD.107), 1. Baskı, İstanbul 2021, s. 49.

¹² Yargıtay 19. C.D., T. 04.07.2018, E. 2018/1323, K. 2018/8134.

PART 5

transaction volumes of the defendants, the ratio of the investor group's total transaction volume was high. In this context, it was concluded that the defendants dominated the market with the investor group and there was causality between the unusual price changes in the stock market and the transactions of the investor group¹³.

B. Information-Based Market Fraud Crime (CML Article 107/2) with Examples from Turkey

The information-based market fraud crime is regulated in the second paragraph of Article 107 of the CML, and the relevant provision is as follows:

“(2) Those who give false, wrong or deceptive information, tell rumors, give notices, make comments or prepare reports or distribute them in order to affect the prices of capital market instruments, their values or the decisions of investors, shall be sentenced to imprisonment from two years up to five years and be punished with given a judicial fine up to five thousand days”.

Information-based market fraud is a type of fraud related to deceptive and manipulative activities in financial markets. These frauds typically aim to gain profit by influencing investors' emotions and market perceptions through misleading information. Such frauds are often conducted with information that can affect investors, such as fake news, investment advice, or financial reports. Manipulations of this kind can be observed in various asset classes such as stocks, cryptocurrencies, commodities, or other financial instruments.

These manipulations, used to prevent investors from making informed decisions and to mislead them, often involve methods like speculation, misunderstandings, and the exploitation of investor trust. This situation can lead to a loss of confidence in financial markets, investor losses, and undermining market stability. To protect themselves from such frauds, investors should use information from reliable and verifiable sources, carefully evaluate their financial decisions, and make an effort to understand market conditions. The effective operation of regulatory and oversight mechanisms can also help prevent such frauds.

piyasasındaki olağan dışı fiyat değişiklikleri ile yatırımcı grubu işlemleri arasında nedensellik bulunduğu ortaya konulmuştur¹³.

B. Türkiye'den Örnekler ile Bilgi Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu (SPK m. 107/2)

SPK'nın 107. maddesinin 2. fıkrasında bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı düzenlenmiş olup ilgili hüküm şu şekildedir:

“(2) (Değişik: 27/3/2015-6637/11 md.) Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi veren, söylenti çıkaran, haber veren, yorum yapan veya rapor hazırlayan ya da bunları yayan ve bu suretle menfaat sağlayanlar üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar”.

Bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı, finansal piyasalarda gerçekleşen hileli ve manipülatif faaliyetlere ilişkin bir dolandırıcılık türüdür. Bu tür dolandırıcılıklar genellikle yatırımcıların duygularını ve piyasa algılarını etkileyerek, yanıltıcı bilgilerle kazanç sağlamayı amaçlar. Söz konusu dolandırıcılıklar genellikle sahte haberler, yatırım tavsiyeleri veya finansal raporlar gibi yatırımcıları etkileyebilecek bilgilerle yürütülür. Bu tür manipülasyonlar, hisse senetleri, kripto paralar, emtialar veya diğer finansal araçlar gibi çeşitli varlık sınıflarında görülebilir.

Yatırımcıların bilgiye dayalı kararlar almasını engellemek ve yanlış yönlendirmek amacıyla kullanılan bu tür manipülasyonlar, genellikle spekülasyonlar, yanlış anlaşımalar ve yatırımcıların güvenini kötüye kullanma gibi yöntemleri içerir. Bu durum, finans piyasalarında güvenin sarsılmasına, yatırımcı kayıplarına ve piyasa istikrarının zedelenmesine neden olabilmektedir. Yatırımcılar, bu tür dolandırıcılıklardan korunmak için güvenilir ve doğrulanabilir kaynaklardan gelen bilgileri kullanmalı, finansal kararlarını dikkatlice değerlendirmeli ve piyasa koşullarını anlamak için çaba harcamalıdır. Regülasyon ve denetim mekanizmalarının etkin bir şekilde işlemesi de bu tür dolandırıcılıkların önlenmesine yardımcı olabilir.

Information-based capital market fraud has become an increasingly prevalent crime with the complexity of financial systems and the rapid advancement of technology. As mentioned above, this type of crime aims to deceive investors using false information, manipulation, and deceptive methods to achieve unjust gains. Some examples in Turkey demonstrate that this type of crime not only affects individuals but also threatens financial stability and trust. In this context, it is evident that significant legal efforts are required to protect investors from information-based capital market fraud cases in our country. In one of the decisions by the Supreme Court, it was stated that in the prospectus of the public offering, misleading and incomplete information was provided regarding the revenues obtained from the shopping center named “... Park”. The company officials responsible for the entire prospectus and the research officer who prepared the valuation report were accused of actions aimed at not reflecting the true value of the company. The complaint included allegations of providing misleading information about the revenues obtained from the “... Park” shopping center, manipulating the valuation report to show higher incomes and values, and failing to reflect the true value of the company. The allegations also mentioned issues such as not disclosing problems related to zoning, sales process, and operational difficulties in the “... Park” shopping center, and not providing information about the termination of lease contracts and vacated shops in the prospectus. The complaint emphasized that the valuation report did not consider the actual conditions of the shopping center, including vacant or abandoned shops, and presented misleading information by showing more income than actually obtained. The report allegedly did not reflect the true situation of the shopping center during the preparation period. It was further claimed that the report did not take into account the problems faced by tenants, such as termination of contracts and non-payment of rent, resulting in an inaccurate assessment. In this regard, a public lawsuit was initiated based on sufficient evidence indicating that the suspects had committed the alleged offense, as required by the CML 107/2 regulation, despite the initial court's failure to consider the evidence¹⁴.

Bilgi bazlı sermaye piyasası dolandırıcılığı, finansal sistemlerin karmaşıklığı ve teknolojinin hızla ilerlemesiyle birlikte, günümüzde giderek artan bir suç haline gelmiştir. Yukarıda da değinildiği üzere bu suç türü, sahte bilgiler, manipülasyon ve yanıltıcı yöntemlerle yatırımcıları kandırmayı amaçlayarak, haksız kazanç elde etme gayretindedir. Türkiye'de yaşanan bazı örnekler, bu suçun sadece bireyleri değil, aynı zamanda finansal istikrarı ve güveni tehdit ettiğini göstermektedir. Bu bağlamda, ülkemizdeki bilgi bazlı sermaye piyasası dolandırıcılığı vakaları dolayısıyla yatırımcıları korumak adına önemli bir hukuki çaba gerektiği aşikardır. Bu konuda Yargıtay'ın bir kararında; halka arz izahnamesinde halka arz edilen sermaye piyasası araçlarının değeri hakkında ve yatırımcıların kararlarını etkileyecek şekilde ... Park isimli alışveriş merkezinden elde edilen gelirlere dair eksik ve yanıltıcı bilgi verildiği, fiyat tespit raporunun şirketin gelirlerini ve değerini yüksek gösterecek şekilde hazırlandığı ve şirketin gerçek değerini doğru ve dürüst bir şekilde yansıtmamasına yönelik fiilleri sebebiyle halka arz izahnamesinin tamamından sorumlu şirket yetkilileri ve fiyat tespit raporunu hazırlayan araştırma sorumlusu haklarında suç duyurusunda bulunulmuştur. Şikayete konu eylemlerin dair olduğu ... Park alışveriş merkezinin kira geliri elde ettiği, ancak Uluslararası finansal raporlama standartları kayıtlarında görünen işletmecilik gelirlerinin büyük bir kısmını gerçekte elde etmediği, kira sözleşmesi feshedilen ve boşaltılan dükkanlara dair olarak da halen gelir tahakkuku altında dükkan kiralarnı hasılat kaydetmeye devam ettiği, bu şekilde gelirlerini olduğundan fazla göstererek yanıltıcı bilgi verdiği, halka arz izahnamesinde yer verilmesi gereken ... Park alışveriş merkezine dair imar sorunları, satış süreci ve işletme sıkıntıları gibi hususlara yer verilmediği, izahnamenin bir eki olan fiyat tespit raporunda ... Park alışveriş merkezinin sorunları nedeni ile alışveriş merkezi içerisinde kira geliri elde ediliyor görünmekte olan, bölüm ve dükkanların boşaltılmış veya terk edilmiş olduğuna ve çoğunluğundan herhangi bir kira geliri tahsilatı yapılamamasına rağmen bu durumun fiyat tespit raporunda dikkate alınmadığı ve sadece kira kontratlarına göre hareket edildiği, bu sebeple fiyat tespit raporunun da gerçeği yansıtmadığı, fiyat tespit raporunun hazırlandığı dönemde ... Park alışveriş merkezinde bulunan kiracıların bir kısmının sözleşmeleri feshettikleri, bir kısmının habersiz şekilde alışveriş merkezini terk ettikleri, bir kısmının kira faturalarını iade ettikleri ve kira bedellerini ödemedikleri, buna rağmen fiyat tespit raporunda söz ko-

FOOTNOTE

¹³ Yargıtay 19. C.D., T. 11.02.2019, E. 2018/7815, K. 2019/4066.

¹⁴ 19th Criminal Chamber of the Court of Appeals T. 09.01.2017, E. 2016/108 K. 2017/37.

DİPNOT

¹³ Yargıtay 19. C.D., T. 11.02.2019, E. 2018/7815, K. 2019/4066.

PART 5

VI. NOTIFICATION OB-
LIGATION REGARDING
MARKET FRAUD CRIMES

Article 102/1 of the CML provides for a notification obligation to investment firms and designated capital market institutions concerning the offense of capital market fraud. According to this provision, these entities are required to report to the Capital Markets Board or other designated competent authorities when there is any information or suspicion that a transaction may constitute an offense under Article 107.

The requirement to inform is critical for increasing transparency in capital market activities, safeguarding market integrity, and preventing fraudulent transactions. This aims to maintain a fair and reliable environment in financial markets. This obligation aims to increase confidence in the markets by enabling the relevant organizations to intervene early by detecting possible crimes in advance. Moreover, this practice seeks to strengthen the regulatory authority's ability to effectively supervise capital market activi-

nusu dükkanların dolu olduğu varsayılarak değerlendirme yapıldığı hususları ortaya konulmuştur. Bu doğrultuda, SPK 107/2 düzenlemesi gereğince şüphelilerin üzerine atılı suçu işlediklerine dair kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil bulunduğu ilk derece mahkemesi tarafından gözetil-mese dahi sonrasında kararın bozulmasına karar verilmiştir¹⁴.

VI. PİYASA DOLANDIRI-
CILIĞI SUÇLARI HAKKIN-
DA BİLDİRİM YÜKÜMLÜ-
LÜĞÜ

SPK'nın 102/1 maddesi Sermaye piyasası dolandırıcılığı suçuyla ilgili olarak, yatırım kuruluşlarına ve belirlenen sermaye piyasası kurumlarına bir bildirim yükümlülüğü öngörülmektedir. Bu hükme göre, bir işlemin 107. madde kapsamında suç teşkil edebileceği konusunda herhangi bir bilgi veya şüphe bulunması söz konusu olduğu zaman, ilgili kuruluşlar, mevcut durumu Sermaye Piyasası Kurulu'na veya belirlenen diğer yetkili kurum ve kuruluşlara bildirmekle sorumlu tutulmuşlardır.

Sermaye piyasası faaliyetlerinde şeffaflığı artırmak, piyasa bütünlüğünü korumak ve hileli işlemlerin önlenmesi adına bildirim yükümlülüğü zaruridir. Bu sayede, finansal piyasalarda adil ve güvenilir bir ortamın sürdürülmesi hedeflenmektedir. Söz konusu yükümlülük, ilgili kuruluşların, olası suçları önceden tespit ederek erken müdahalede bulunmalarını sağlayarak piyasalardaki güveni artırmayı amaçlamaktadır. Ayrıca, bu uygu-



ties. Additionally, to prevent potential crimes in the Turkish capital market, the Regulation on Reporting Obligation Regarding Market Manipulation or Fraud Crimes (V-102.1) has been issued, including suspicious transaction patterns related to market fraud as an annex to the relevant Regulation.

VII. CAPITAL MARKET
FRAUD CRIME WITH EX-
AMPLES FROM AROUND
THE WORLD

Capital markets play a vital role in meeting the capital needs of companies, providing returns to investors, and supporting economic growth. However, within this complex structure, some individuals and organizations may resort to unethical and illegal methods with the aim of gaining unjust profits. Capital market fraud involves efforts to deceive investors, manipulate, and engage in fraudulent practices to gain financial benefits. Historically, various capital market fraud actions worldwide have adversely affected both financial institutions and individual investors, leading to a loss of trust and a decrease in market credibility. In this context, there is a need to provide examples from around the world for this type of crime, which is prevalent not only in our country but also globally.

1. United States of America vs
James Patten, Peter Coker Sr. and
Peter Coker Jr.

The U.S. Public Prosecutor, Philip R. Sellinger, announced that 64-year-old James Patten from North Carolina, along with co-defendants Peter Coker Sr. and Peter Coker Jr., orchestrated a large-scale market manipulation scheme with the intention of manipulating two publicly traded companies. Patten admitted guilt from 2014 to September 2022, collaborating with the co-defendants, in planning to manipulate securities prices by injecting false information and employing a coordinated trading model. The scheme targeted Hometown International Inc. and E-Waste Corp., involving reverse merger transactions and strategies to gain control of shares. The defendants artificially inflated the market value of the shares, aiming to profit

lama, düzenleyici otoritelerin sermaye piyasası faaliyetlerini etkin bir şekilde denetleme yeteneğini güçlendirmeyi hedeflemektedir. İlaveten, Türk sermaye piyasasında işlenebilecek bu suçları önleyebilmek adına Bilgi Suistimali veya Piyasa Dolandırıcılığı Suçları Hakkında Bildirim Yükümlülüğü Tebliği (V-102.1) düzenlenmiştir ve ilgili Tebliğ'in eki olarak piyasa dolandırıcılığına dair şüpheli işlem kalıplarına yer verilmiştir.

VII. DÜNYADAN ÖRNEK-
LER İLE SERMAYE PİYA-
SASI DOLANDIRICILIĞI
SUÇU

Sermaye piyasası, şirketlerin sermaye ihtiyaçlarını karşılamak, yatırımcılara getiri sağlamak ve ekonomik büyümeyi desteklemek amacıyla hayati bir rol oynamaktadır. Ancak, bu karmaşık yapı içinde, bazı bireyler ve kuruluşlar, haksız kazanç elde etme amacıyla etik olmayan ve yasa dışı yöntemlere başvurabilmektedir. Sermaye piyasası dolandırıcılığı, yatırımcıları yanıltma, manipülasyon ve hileli uygulamalar aracılığıyla maddi kazanç sağlama çabalarını içerir. Tarihsel olarak, dünya genelinde yaşanan çeşitli sermaye piyasası dolandırıcılığı eylemleri hem finansal kurumları hem de bireysel yatırımcıları olumsuz etkileyerek, güvenin sarsılmasına ve piyasa güvenilirliğinin azalmasına neden olmuştur. Bu doğrultuda ülkemizde olduğu kadar dünyada da sayısı yadsınamayacak kadar fazla olan bu suç tipine dünyadan örnekler verme gerekliliği mevzubahis olmuştur.

1. Amerika Birleşik Devletleri'ne
karşı James Patten, Peter Coker
Sr. ve Peter Coker Jr.

ABD Başsavcısı Philip R. Sellinger, Kuzey Carolina'dan 64 yaşındaki James Patten'in, halka açık iki şirketi manipüle etmek amacıyla büyük ölçekli bir piyasa manipülasyonu planı düzenlediğini açıkladı. Patten, 2014'ten Eylül 2022'ye kadar, diğer sanıklar Peter Coker Sr. ve Peter Coker Jr. ile birlikte, yanlış bilgi enjekte ederek ve koordineli ticaret modeli kullanarak menkul kıymet fiyatlarını manipüle etmeyi planlayarak suçlu olduğunu kabul etti. Hometown International Inc. ve E-Waste Corp. adlı iki halka açık şirketi hedef alan plan, ters birleşme işlemleri ve hisselerin kontrolünü ele geçirme stratejilerini içeriyordu. Sanıklar, hisseleri yapay olarak şişirerek piyasa değerini artırmış ve böylece kâr elde etmeyi amaçlamışlardı. Menkul kıy-

DİPNOT

¹⁴ Yargıtay 19. C.D., T.09.01.2017, E.2016/108 K. 2017/37.

PART 5

from the scheme. Facing charges of securities fraud, the defendants could potentially face up to 20 years in prison and a \$5 million fine. Sentencing is scheduled for April 23, 2024. Organizations such as the FBI and IRS-Criminal Investigation are conducting the investigation. Charges against Coker Sr. and Coker Jr. are currently allegations and they will be presumed innocent until proven guilty.

2. FCA vs Konstantinos Papadimitrakopoulos and Dimitris Gryparis

The Financial Conduct Authority (FCA) has filed a compensation lawsuit against the former CEO (Mr. Konstantinos Papadimitrakopoulos) and CFO (Mr. Dimitris Gryparis) of Globo Plc, alleging that they made misleading statements by exaggerating the company's share values before its complete collapse. The FCA claims that these statements caused harm to investors and is seeking compensation for the damages incurred.

However, extradition requests for these defendants residing in Greece were rejected by the Greek Court of Appeals. Following this decision, the FCA initiated legal proceedings in the Supreme Court. During this process, former CEO Papadimitrakopoulos's attempt to dismiss the FCA's case was denied, but the court determined that some evidence was unlawfully obtained. Therefore, it was stated that the FCA may need permission from Greek authorities to use these pieces of evidence.

The court noted that this aspect of the legal process would not affect the FCA's overall case but acknowledged that a separate permission process might be necessary regarding the use of certain evidence. The FCA, however, maintains that this situation will not impact the case, and they will proceed. Despite the inability to use some of the evidence obtained by the FCA in this process, the general case was decided to continue.

VIII. CONCLUSION

The capital market is a financial market that enables companies to meet their financial needs and provides investors with the opportunity to deploy their savings. However, due to unlawful profit in stock markets, there has been a need for special regulations to fight against market fraud.

met dolandırıcılığı suçlamasıyla karşı karşıya olan sanıklar, en fazla 20 yıl hapis ve 5 milyon dolar para cezasıyla karşılaşabilir. Cezaların 23 Nisan 2024'te verilmesi planlanıyor. FBI ve IRS-Criminal Investigation gibi kuruluşlar soruşturmayı yürütüyor. Coker Sr. ve Coker Jr. hakkındaki suçlamalar şu aşamada iddia niteliğindedir ve suçlu bulunana kadar mahsum kabul edileceklerdir.

2. FCA'ya karşı Konstantinos Papadimitrakopoulos ve Dimitris Gryparis

Finansal Davranış Otoritesi (FCA), Globo Plc'nin eski CEO'su (Bay Konstantinos Papadimitrakopoulos) ve CFO'su (Bay Dimitris Gryparis) hakkında, şirketin tamamen çöküşünden önce hisse değerlerini abartarak yanıltıcı açıklamalarda buldukları iddiasıyla bir tazminat davası açtı. FCA, bu iddianın yatırımcılara zarar verdiğini ve bu zararın tazmin edilmesini talep ediyor.

Ancak, Yunanistan'da yaşayan bu sanıkların iade talepleri, Yunanistan Temyiz Mahkemesi tarafından reddedildi. FCA, bu kararın ardından Yüksek Mahkeme'de hukuk davalarını başlattı. Bu süreçte, eski CEO Papadimitrakopoulos'un FCA tarafından açılan davayı düşürme girişimi reddedildi, ancak mahkeme, bazı delillerin hukuka aykırı şekilde elde edildiğini belirledi. Bu nedenle, FCA'nın bu delilleri kullanabilmesi için Yunan makamlarından izin alması gerekebileceği ifade edildi.

Mahkeme, hukuki süreçteki bu durumun, FCA'nın genel davasını etkilemeyeceğini ancak belirli delillerin kullanımına ilişkin süreçle ilgili ayrı bir izin gerekebileceğini belirtti. FCA ise bu durumun, davayı etkilemeyecek ve devam edeceklerini ileri sürmektedir. Bu süreçte FCA'nın elde ettiği bazı delillerin kullanılamamasına rağmen, genel davanın devam etmesine karar verildi.

VIII. SONUÇ

Sermaye piyasası, şirketlerin finansal gereksinimlerini karşılamak ve yatırımcılara tasarruflarını değerlendirme imkânı tanıyan bir finansal piyasadır. Ancak, borsalardaki haksız kazanç olayları nedeniyle piyasa dolandırıcılığıyla mücadele için özel düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur.

Article 107 of CML No. 6362 regulates market fraud in two forms: transaction-based and information-based. These regulations aim to strengthen supervision in financial markets and effectively combat manipulation.

Market fraud involves deceptive actions that affect the prices of capital market instruments. Unfair benefit conditions have been added for the occurrence of the offense, and repentance provisions have been introduced for economic crimes. The capital market is subject to regulations to protect the trust of society and ensure its healthy functioning.

BIBLIOGRAPHY

DİLEK ÖZGE ERDEM, "Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Piyasa Dolandırıcılığı Suçları", *Adalet Dergisi*, 2020/2 65. Sayı.

SEÇİL COŞKUN, "Avrupa Birliği Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon)", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021/1.

YELİZ NESLİHAN AKIN, "Ekonomik Bir Suç Olarak Piyasa Dolandırıcılığı Suçunun Değerlendirilmesi" *Maliye Çalışmaları Dergisi Journal of Public Finance Studies*, 2020.

YETKİN KAAN GENÇTÜRK, "İşlem Temelli Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu ile Piyasa Bozucu Eylem Kabahati İlişkisi", *Adalet Dergisi*, 2023/1 70. Sayı.

PROF. DR. BURAK ADIGÜZEL, "Sermaye Piyasası Hukuku" *Adalet Yayınevi*, 5. Baskı, Ankara, 2023.

DR. ÇAĞLAR MANAVGAT, "Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları" *Ankara 2008*.

SİNAN BAYINDIR, "Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu", *İstanbul 2011*.

CHARLES KORSMO, *Mismatch: The Misuse of Market Efficiency in Market Manipulation Class Actions*, 52 *Wm. & Mary L. Rev.* 1111 (2011)

SEÇİL COŞKUN, "Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu (6362 Sayılı SPK'nın MD.107)", 1. Baskı, İstanbul 2021.

RASİM ÖZCAN, "Hisse Senedi Piyasalarında Manipülasyon Stratejileri", *İMKB Dergisi*, Sayı: 49, İstanbul, 2013.

ALİ HAKAN EVİK, *Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon Suçları)*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.

DENİZ ŞENSOY, *Manipülasyon; Piyasa Dolandırıcılığı Suçu, Uygulanacak Tedbirler ve Yaptırımlar*, Ankara Barosu Dergisi, 2013/3.

UNITED STATES ATTORNEY'S OFFICE, "North Carolina Man Admits Role in International Market Manipulation Scheme Related to New Jersey Deli" (Erişim: 29.12.2023) <https://www.justice.gov/usa-nj/pr/north-carolina-man-admits-role-international-market-manipulation-scheme-related-new>.

FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY, "Fca Progresses Market Abuse Claim Against Globo Plc Chiefs" (Erişim: 29.12.2023) <https://www.fca.org.uk/news/press-releases/fca-progresses-market-abuse-claim-against-globo-plc-chiefs>.

6362 sayılı Kanun'un 107. maddesi, piyasa dolandırıcılığını işlem bazlı ve bilgi bazlı olmak üzere iki şekilde düzenlemiştir. Bu düzenlemeler, finans piyasalarındaki denetimin güçlendirilmesi ve manipülasyonla etkin mücadele amacını taşır.

Piyasa dolandırıcılığı, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını etkilemeye yönelik yanıltıcı eylemleri içerir. Suçun oluşumu için haksız menfaat şartı eklenmiş ve ekonomik suçlara karşı pişmanlık düzenlemeleri getirilmiştir. Sermaye piyasası, toplumun güvenini korumak ve sağlıklı işleyişini sürdürmek amacıyla düzenlemelere tabidir.

KAYNAKÇA

DİLEK ÖZGE ERDEM, "Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Piyasa Dolandırıcılığı Suçları", *Adalet Dergisi*, 2020/2 65. Sayı.

SEÇİL COŞKUN, "Avrupa Birliği Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon)", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021/1.

YELİZ NESLİHAN AKIN, "Ekonomik Bir Suç Olarak Piyasa Dolandırıcılığı Suçunun Değerlendirilmesi" *Maliye Çalışmaları Dergisi Journal of Public Finance Studies*, 2020.

YETKİN KAAN GENÇTÜRK, "İşlem Temelli Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu ile Piyasa Bozucu Eylem Kabahati İlişkisi", *Adalet Dergisi*, 2023/1 70. Sayı.

PROF. DR. BURAK ADIGÜZEL, "Sermaye Piyasası Hukuku" *Adalet Yayınevi*, 5. Baskı, Ankara, 2023.

DR. ÇAĞLAR MANAVGAT, "Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları" *Ankara 2008*.

SİNAN BAYINDIR, "Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu", *İstanbul 2011*.

CHARLES KORSMO, *Mismatch: The Misuse of Market Efficiency in Market Manipulation Class Actions*, 52 *Wm. & Mary L. Rev.* 1111 (2011)

SEÇİL COŞKUN, "Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu (6362 Sayılı SPK'nın MD.107)", 1. Baskı, İstanbul 2021.

RASİM ÖZCAN, "Hisse Senedi Piyasalarında Manipülasyon Stratejileri", *İMKB Dergisi*, Sayı: 49, İstanbul, 2013.

ALİ HAKAN EVİK, *Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon Suçları)*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.

DENİZ ŞENSOY, *Manipülasyon; Piyasa Dolandırıcılığı Suçu, Uygulanacak Tedbirler ve Yaptırımlar*, Ankara Barosu Dergisi, 2013/3.

UNITED STATES ATTORNEY'S OFFICE, "North Carolina Man Admits Role in International Market Manipulation Scheme Related to New Jersey Deli" (Erişim: 29.12.2023) <https://www.justice.gov/usa-nj/pr/north-carolina-man-admits-role-international-market-manipulation-scheme-related-new>.

FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY, "Fca Progresses Market Abuse Claim Against Globo Plc Chiefs" (Erişim: 29.12.2023) <https://www.fca.org.uk/news/press-releases/fca-progresses-market-abuse-claim-against-globo-plc-chiefs>.



PART 6

THE QUALIFICATION OF LEGAL LIABILITY IN ACCIDENTS WITH AUTONOMOUS VEHICLES

OTONOM ARAÇLAR İLE
YAPILAN KAZALARDA HUKUKİ
SORUMLULUĞUN NİTELİĞİ

GEYSU AKKUŞ
FATMA AYBİKE ARAT
CEREN ÇINAR

PART 6

ABSTRACT | ÖZET

In this study, the nature of legal liability arising from accidents caused by autonomous vehicles is analyzed within the scope of global practice and Turkish law.

Bu çalışmada, otonom araçlar ile yapılan kazalardan doğan hukuki sorumluluğun niteliği global uygulama ve Türk hukuku kapsamında incelenmiştir.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELELER

Autonomous Vehicles, Liability, Danger Liability, Tort, Artificial Intelligence.

Otonom Araç, Sorumluluk, Tehlike Sorumluluğu, Haksız Fiil, Yapay Zeka.

FOOTNOTE

1 Ayşe Nur Merve Yazıcı, Otonom Aracın Sebep Olduğu Zararlardan Üreticinin Kusursuz Sorumluluğu, Ankara 2023, p. 37-39. Tarık Yazıcılar, Otonom Araçlarının Kullanımından Doğan Cezai Sorumluluk, 1.Baskı, Ankara 2022, p. 27.

2 "SAE Levels of Driving Automation" Refined for Clarity and International Audience", <https://www.sae.org/blog/sae-j3016-update> (Date of Acces:13.11.2023).

3 "SAE Levels of Driving Automation" Refined for Clarity and International Audience", <https://www.sae.org/blog/sae-j3016-update> (Date of Acces: 13.11.2023).

4 "SAE Levels of Driving Automation" Refined for Clarity and International Audience", <https://www.sae.org/blog/sae-j3016-update> (Date of Acces:13.11.2023).

5 Automated and Electric Vehicles Act, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/18/contents/enacted> (Date of Acces: 14.11.2023).

6 "German Road Traffic Regulations", [https://bmdv.bund.de/SharedDocs/EN/Documents/DG/eight-act-amending-the-road-traffic-act.pdf?__blob=publicationFile#:-:text=\(1\)%20The%20operation%20of%20motor,used%20for%20its%20intended%20purpose](https://bmdv.bund.de/SharedDocs/EN/Documents/DG/eight-act-amending-the-road-traffic-act.pdf?__blob=publicationFile#:-:text=(1)%20The%20operation%20of%20motor,used%20for%20its%20intended%20purpose). (Date of Acces:14.11.2023).

7 "Preliminary Statement of Policy Concerning Automated Vehicles", https://www.nhtsa.gov/sites/nhtsa.gov/files/documents/automated_vehicles_policy.pdf (Date of Acces:15.11.2023).

8 "Chapter 482A - Autonomous Vehicles", <https://www.leg.state.nv.us/NAC/NAC-482A.html> (Date of Acces: 15.11.2023).

9 "CS/HB 1207: Vehicles with Autonomous Technology", <https://www.fisenate.gov/Session/Bill/2012/1207> (Date of Acces:15.11.2023).

10 "Bill Number: SB 1298 Chaptered Bill Text", http://www.leginfo.ca.gov/pub/11-12/bill/sen/sb_1251-1300/sb_1298_bill_20120925_chaptered.html (Date of Acces:16.11.2023).



This indicates that even in Levels 3-5, autonomous vehicles can be used without a driver in limited situations⁴.

III. REGULATIONS ON AUTONOMOUS VEHICLES IN GLOBAL PRACTICE

In 2018, the United Kingdom passed the Automated and Electric Vehicles Act specifically for the use of autonomous vehicles⁵. Germany, on the other hand, has regulated the use of autonomous vehicles and rules applicable to accidents through the Eight Act Amending The Road Traffic Act⁶.

The United States National Highway Traffic Safety Administration accepted SAE's classification of autonomous vehicles in 2013⁷. Although there is no federal regulation, different states like Nevada⁸, Florida⁹ and California¹⁰ have implemented various regulations regarding autonomous vehicles, allowing vehicles with drivers to be used autonomously. Different court decisions have been made in various states, emphasizing the lack of a uniform approach.

lanması gerekmemektedir. Ancak belirtmek gerekir ki bu seviyedeki otonom araçlarda otonom aracın uyarıda bulunması halinde sürücü devreye girmektedir. Bu durum aşağıda belirtildiği üzere 3 -5 seviyesindeki otonom araçların da sınırlı durumlarda sürücüsüz kullanılabilmesini göstermektedir⁴.

III. GLOBAL UYGULAMA-DA OTONOM ARAÇLARA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

İngiltere 2018 yılında otonom araçların kullanımına özel bir kanun olan Automated and Electric Vehicles Act'i kabul etmiştir⁵. Almanya ise Alman Karayolları Trafik Kanunu'nun Değiştirilmesine Dönük 8. Değişiklik yasasını düzenlenmiş ve bu kapsamda otonom araçların kullanımı ve kazalara ilişkin uygulanacak kuralları belirlemiştir⁶.

Amerika Birleşik Devletleri Ulusal Karayolu Trafik Güvenliği İdaresi 2013 yılında SAE'nin otonom araçlara ilişkin tasniflemesini kabul etmiştir⁷. Otonom araçlara ilişkin bu yasal düzenleme otonom araçların sınıflandırılmasına ilişkin görüş birliği sağlamak amacıyla yapılmış olsa da Nevada⁸, Florida⁹ ve California¹⁰ otonom araçlara ilişkin farklı düzenlemeler yapmıştır. Bu düzenlemeler ile sürücüsü bulunan araçların otonom olarak kullanılabilme-

DİPNOT

1 Ayşe Nur Merve Yazıcı, Otonom Aracın Sebep Olduğu Zararlardan Üreticinin Kusursuz Sorumluluğu, Ankara 2023, s. 37-39. Tarık Yazıcılar, Otonom Araçlarının Kullanımından Doğan Cezai Sorumluluk, 1.Baskı, Ankara 2022, s. 27.

2 "SAE Levels of Driving Automation" Refined for Clarity and International Audience", <https://www.sae.org/blog/sae-j3016-update> (Erişim Tarihi:13.11.2023).

3 "SAE Levels of Driving Automation" Refined for Clarity and International Audience", <https://www.sae.org/blog/sae-j3016-update> (Erişim Tarihi:13.11.2023).

4 "SAE Levels of Driving Automation" Refined for Clarity and International Audience", <https://www.sae.org/blog/sae-j3016-update> (Erişim Tarihi:13.11.2023).

5 Automated and Electric Vehicles Act, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/18/contents/enacted> (Erişim Tarihi:14.11.2023).

6 "German Road Traffic Regulations", [https://bmdv.bund.de/SharedDocs/EN/Documents/DG/eight-act-amending-the-road-traffic-act.pdf?__blob=publicationFile#:-:text=\(1\)%20The%20operation%20of%20motor,used%20for%20its%20intended%20purpose](https://bmdv.bund.de/SharedDocs/EN/Documents/DG/eight-act-amending-the-road-traffic-act.pdf?__blob=publicationFile#:-:text=(1)%20The%20operation%20of%20motor,used%20for%20its%20intended%20purpose). (Erişim Tarihi:14.11.2023).

7 "Preliminary Statement of Policy Concerning Automated Vehicles", https://www.nhtsa.gov/sites/nhtsa.gov/files/documents/automated_vehicles_policy.pdf (Erişim Tarihi:15.11.2023).

8 "Chapter 482A - Autonomous Vehicles", <https://www.leg.state.nv.us/NAC/NAC-482A.html> (Erişim Tarihi:15.11.2023).

9 "CS/HB 1207: Vehicles with Autonomous Technology", <https://www.fisenate.gov/Session/Bill/2012/1207> (Erişim Tarihi:15.11.2023).

10 "Bill Number: SB 1298 Chaptered Bill Text", http://www.leginfo.ca.gov/pub/11-12/bill/sen/sb_1251-1300/sb_1298_bill_20120925_chaptered.html (Erişim Tarihi:16.11.2023).

PART 6

FOOTNOTE

11 Xue, C. "Liability Analysis of Autonomous Vehicles Accidents", Amsterdam 2021, p. 1.

12 Xue, C. "Liability Analysis of Autonomous Vehicles Accidents", Amsterdam 2021, p. 1.

13 United States District Court, Northern District of California, paragraph 44, https://www.cpmlegal.com/media/news/15117_Tesla%20Autopilot%20Complaint.pdf (Date of Acces:16.11.2023).

14 Xu, Jamin, "Liability of Tesla's Autopilot System Under California Tort Law", s.5-6 ve s.11-17. <https://lira.bc.edu/files/pdf?fileid=0c000311-75d7-40d6-bd99-20e14950dc0b> (Date of Acces:17.11.2023).

15 Xu, Jamin, "Liability of Tesla's Autopilot System Under California Tort Law", s.17. <https://lira.bc.edu/files/pdf?fileid=0c000311-75d7-40d6-bd99-20e14950dc0b> (Date of Acces:17.11.2023).

16 "Assuring Autonomy International Programme", <https://www.york.ac.uk/assuring-autonomy/news/blog/autonomous-driving-responsibility/> (Date of Acces:16.11.2023).

17 European Parliament, "Artificial Intelligence Liability Directive", s. 4. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/739342/EPRS_BRI\(2023\)739342_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/739342/EPRS_BRI(2023)739342_EN.pdf) (Date of Acces:17.11.2023). Dr. Cemre Polat, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukunda Otonom Sistemler, 1.Baskı, Ankara 2022, s. 74.

18 United Nations Treaty Collection, "19.Convention on Road Traffic", https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtsg_no=XI-B-19&chapter=11 (Date of Acces:20.11.2023).

19 The Vienna Convention on Road Traffic Art. 8. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/08/20120808M1-3-1.pdf> (Date of Acces:24.11.2023).

20 The Vienna Convention on Road Traffic Art. 8. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/08/20120808M1-3-1.pdf> (Date of Acces:24.11.2023).

21 Under Article 3 of the Law, the operator is defined as follows: "The person who owns the vehicle or who is registered in the registry as a buyer in the case of sale with retention of title, or who is the lessee, loan or pledgee in cases such as long-term lease, loan or pledge of the vehicle. However, if it is proved by the relevant person that another person operates the vehicle on his/her own account and at his/her own risk and has actual control over the vehicle, this person is deemed to be the operator."

22 Under Article 3 of the Law.

In 2017, the responsibility became crucial in Arizona when an autonomously driven vehicle collided with a pedestrian crossing the street, resulting in a fatal outcome¹¹. In the aforementioned example, a person wearing all-black clothing was crossing a pedestrian crossing at night in Arizona when a car in autonomous driving mode struck the bicycle because the driver did not grasp the steering wheel while watching television. The court ruled that the driver of the autonomous vehicle was found to be responsible due to not actively steering and watching a television program while in motion, causing the collision with the cyclist¹².

In the year 2016 a similar incident occurred in Florida. The autonomous vehicle's driver lost their life when the vehicle, operating in autonomous mode on the highway, collided with a truck coming from a side road. In the incident that was reviewed by the United States National Highway Traffic Safety Administration, the sensors of the autonomous car in motion mistook the truck for a part of the sky because the trucks color was silver. As a result, the autonomous vehicle continued to travel at the same speed, colliding with the truck¹³. The fatal accident resulted in the death of the autonomous vehicle's driver. During the court proceedings, the family of the autonomous vehicle's driver claimed that the perception of the truck as part of the sky by the vehicle's sensors was due to a software error and argued that the manufacturer was responsible for the flawed design of the vehicle. However, it was noted that an evaluation would be required to determine whether the manufacturer's responsibility was related to a software error¹⁴. In the specific case, the autonomous vehicle was designed to issue warnings to the driver to hold the steering wheel when transitioning to autonomous mode. Despite continuous warnings to the driver to keep their hands on the steering wheel during the incident, the deceased driver was deemed at fault for watching a movie at the time of the accident. Therefore, it was concluded that the manufacturer was responsible due to a software error¹⁵, but a decision was made to apply a reduction from the compensation the manufacturer had to pay.

It is seen that it is presumed that the responsibility in accidents that may occur due to the failure of sensors operated by artificial intelligence to identify the person could result in tort liability¹⁶. However, it is noted that the

sinin sağlandığı görülmüştür. Bu bakımdan federal bir düzenleme bulunmamakla birlikte aşağıda belirtildiği üzere farklı eyaletlerde farklı mahkeme kararları verilmektedir.

2017'de Arizona'da otonom olarak kullanılan sürücülü bir aracın karşıdan karşıya geçen bir kişiye çarpması ve kazanın ölümle sonuçlanmasıyla birlikte sorumluluğunun nasıl belirleneceği önem kazanmıştır¹¹. Somut olayda Arizona'da gece vakti tamamen koyu renkli kıyafetler giyinmiş bir kişinin yaya geçidinden bisikleti ile geçtiği sırada, otonom sürüş modunda kullanılan araçtaki sürücünün televizyon programı izlemesi ve direksiyonu tutmaması nedeniyle bisikletle seyir halinde olan kişiye çarpmıştır. Mahkeme tarafından sürücünün direksiyonu kullanmaması ve seyir halindeyken televizyon programı izliyor olması sebebiyle sürücünün sorumlu olduğuna karar verilmiştir¹².

Benzer bir olay 2016 yılında Florida'da yaşanmıştır. Aracın otoyolda otonom kullanımdayken yan yoldan çıkan kamyonu çarpması sonucu otonom araç sürücüsü hayatını kaybetmiştir. Amerika Birleşik Devletleri Ulusal Karayolu Trafik Güvenliği İdaresi tarafından incelenen olayda, seyir halindeki kamyonun gümüş renginde olması sebebiyle yine seyir halindeki otonom aracın sensörleri, kamyonu gökyüzünün bir parçası olarak algılamış ve aynı hızla ilerlemeye devam ederek kamyonu çarpmıştır¹³. Kaza sonucunda otonom aracın sürücüsü vefat etmiştir. Otonom aracın sürücüsünün ailesi mahkemede otonom aracın sensörlerinin, kamyonu gökyüzünün bir parçası olarak algılamasının yazılımın hatasından kaynaklandığını iddia etmiş ve aracın hatalı olarak tasarlanması sebebi ile üretici firmanın sorumlu olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte üreticinin sorumluluğuna ilişkin olarak yazılımdan kaynaklanan bir hata olup olmadığının değerlendirilmesi gerekeceği belirtilmiştir¹⁴. Somut olayda otonom araç otonom kullanıma geçildiğinde sürücünün direksiyonu tutması için uyarı vermek üzere tasarlanmış olup, olay esnasında sürekli olarak sürücüyü direksiyonu tutması için uyarı vermesine rağmen sürücünün kaza sırasında film izlemesi nedeniyle müteveffa sürücü de hatalı kabul edilmiştir. Bu nedenle yazılım hatası sebebi ile üreticinin sorumlu olduğu değerlendirilmekle beraber¹⁵, üreticinin ödemesi gereken tazminattan indirim uygulanmasına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Yapay zeka ile yönetilen sensörlerin kişiyi algılayamaması sebebi ile meydana gelebi-

draft regulation shared in the annex of the European Parliament's decision titled "Legal Liability Rules for Artificial Intelligence" dated in 2020 indicates that the Product Liability Directive will also cover autonomous vehicles. In cases where damage occurs as a result of third-party intervention, brief responsibility will be attributed to the driver under tort liability. For damages arising from autonomous vehicles operating with high-risk artificial intelligence systems, it is specified that they should be assessed under strict liability¹⁷.

IV. REGULATIONS ON AUTONOMOUS VEHICLES IN TURKISH LAW

Although there is no specific regulation on autonomous vehicles in Turkish law, Article 8 of the Vienna Convention on Road Traffic ("Convention") dated November 8, 1968, which ratified by Turkey on January 23, 2013¹⁸, states that "Every moving vehicle or vehicle combination shall have a driver"¹⁹. According to Article 8/5 of the convention, the driver must always be able to control the vehicle²⁰. The Turkish Road Traffic Law ("The Law") numbered 6085 does not contain any regulations specifically related to autonomous vehicles. Similar to the driver definition in the convention, the Law is formulated on the premise that a motor vehicle can be operated and controlled by a natural person²¹.

In this respect, it can be argued that it is not possible for a fully autonomous (SAE levels 3-5) vehicle without a driver to enter the traffic in Turkey. For this reason, we consider that only autonomous vehicles defined by SAE as level 0-3 can be used in Turkey.

V. EVALUATION OF LEGAL LIABILITY FOR ACCIDENTS INVOLVING AUTONOMOUS VEHICLES IN TURKISH LAW

According to the decision of the Assembly of Civil Chambers, dated May 30, 2012, with file number E. 2012/107 and decision number K. 2012/326, in accordance with Article 85/1 of the Law numbered 2918, the operation of the motor vehicle²² is jointly and severally liable for the resulting damage. In this decision, it

DİPNOT

11 Xue, C. "Liability Analysis of Autonomous Vehicles Accidents", Amsterdam 2021, s. 1.

12 Xue, C. "Liability Analysis of Autonomous Vehicles Accidents", Amsterdam 2021, s. 1.

13 United States District Court, Northern District of California, paragraph 44, https://www.cpmlegal.com/media/news/15117_Tesla%20Autopilot%20Complaint.pdf (Erişim Tarihi:16.11.2023).

14 Xu, Jamin, "Liability of Tesla's Autopilot System Under California Tort Law", s.5-6 ve s.11-17. <https://lira.bc.edu/files/pdf?fileid=0c000311-75d7-40d6-bd99-20e14950dc0b> (Erişim Tarihi:17.11.2023).

15 Xu, Jamin, "Liability of Tesla's Autopilot System Under California Tort Law", s.17. <https://lira.bc.edu/files/pdf?fileid=0c000311-75d7-40d6-bd99-20e14950dc0b> (Erişim Tarihi:17.11.2023).

16 "Assuring Autonomy International Programme", <https://www.york.ac.uk/assuring-autonomy/news/blog/autonomous-driving-responsibility/> (Erişim Tarihi:16.11.2023).

17 European Parliament, "Artificial Intelligence Liability Directive", s. 4. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/739342/EPRS_BRI\(2023\)739342_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/739342/EPRS_BRI(2023)739342_EN.pdf) (Erişim Tarihi:17.11.2023). Dr. Cemre Polat, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukunda Otonom Sistemler, 1.Baskı, Ankara 2022, s. 74.

18 United Nations Treaty Collection, "19. Convention on Road Traffic", https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtsg_no=XI-B-19&chapter=11 (Erişim Tarihi:20.11.2023).

19 Viyana Karayolu Trafik Konvansiyonu m.8. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/08/20120808M1-3-1.pdf> (Erişim Tarihi:24.11.2023).

20 Viyana Karayolu Trafik Konvansiyonu m.8. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/08/20120808M1-3-1.pdf> (Erişim Tarihi:24.11.2023).

21 KTK m.3 kapsamında işleten şu şekilde tanımlanmıştır: "Araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışa alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süreli kiralama, arıyet veya rehni gibi hallerde kiracı, arıyet veya rehni alan kişidir. Ancak ilgili tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunduğu ispat edilirse, bu kimse işleten sayılır."

22 KTK m. 3.

lecek kazalardaki sorumluluğun haksız fiil sorumluluğu olabileceğinin değerlendirildiği görülmektedir¹⁶. Bununla birlikte, Avrupa Parlamentosu'nun 2020 tarihli Yapay Zeka İçin Hukuki Sorumluluk Rejimi başlıklı kararın ekinde paylaşılan Tüzük taslağında Ürün Sorumluluk Direktifi'nin otonom araçları da kapsayacağı ve üçüncü kişinin müdahalesi sonucu doğan zararda haksız fiil sorumluluğuna kısaca sürücünün sorumluluğuna gidileceği, yüksek riskli yapay zeka sistemleri ile çalışan otonom araçlardan doğan zararların ise kusursuz sorumluluk kapsamında değerlendirilmesi gerekeceği düzenlenmiştir¹⁷.

IV. TÜRK HUKUKUNDA OTONOM ARAÇLARA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Türk hukukunda otonom araçlar ile ilgili bir düzenleme bulunmamakla birlikte, 23 Ocak 2013 yılında¹⁸ Türkiye'nin tarafı olduğu 8 Kasım 1968 tarihli Viyana Karayolu Trafik Konvansiyonunun ("Konvansiyon") 8. maddesinin 1. fıkrası "Hareket eden her taşıt veya taşıt katarı bir sürücüyü sahip olacaktır." şeklinde düzenlenmiştir¹⁹. Konvansiyon m.8/5 uyarınca, sürücü her zaman taşıtını kontrol edebilmelidir²⁰. 6085 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda ("KTK") otonom araçlarla ilgili olarak herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Konvansiyon'da bulunan sürücü tanımına benzer bir şekilde KTK, bir motorlu aracın gerçek kişi tarafından sevk ve idare edilebileceğinin kabulü ile hazırlanmıştır²¹.

Bu bakımdan Türkiye'de sürücüsüz tam otonom bir aracın trafiğe çıkmasının mümkün olmadığı söylenebilecektir. Bu nedenle sadece SAE'nin 0-3 seviyesi olarak tanımladığı otonom araçların Türkiye'de kullanılabilceğini değerlendirilmektir.

V. TÜRK HUKUKUNDA OTONOM ARAÇLARLA YAPILAN KAZALARA İLİŞKİN HUKUKİ SORUMLULUĞUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2012/107 K. 2012/326 T. 30.5.2012 kararı uyarınca 2918 sayılı KTK m.85/1 uyarınca bir motorlu aracın işletilmesi²² bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına sebep olursa, motorlu aracın işleteni doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumludur. Söz konusu kararda,

PART 6

is determined that, in cases where vehicles in operation, as per Article 85 of the Law, cause accidents leading to harm, the operator's strict liability will generally be established²³. According to this decision, the foundation of the strict liability imposed on the operator of the motor vehicle is based on the principle of liability for danger. Therefore, factors such as the degree of fault of the operator or the absence of fault do not affect the essence of liability²⁴.

For product liability to arise in accidents involving autonomous vehicles, it is necessary for damage to occur. According to Article 6/1 of Law No. 7223 on The Product Safety and Technical Regulations ("The Regulation"), if a defective product released to the market causes harm to a person or property, the manufacturer or importer of the product is obliged to compensate for the damage²⁵. The expression "causing harm to property" is used in the regulation, suggesting that there is no limitation on liability for damage to property, similar to damages to personal well-being. One of the conditions for product liability, as per The Regulation Article 6/2, is for the injured party to prove the causal relationship between the damage and the defect. At this point, the key issue to be examined is believed to be whether there is an error in artificial intelligence and whether the erroneous outcome is foreseeable²⁶.

VI. CONCLUSION

The level of the autonomous vehicle used is considered crucial in evaluating legal liability. For example, if artificial intelligence can alert the driver to take control, and the driver foresees a potential problem, they can take control themselves. The level of autonomy of the vehicle is an important factor to consider when assessing the driver's fault.

Another crucial aspect in autonomous systems is whether the driver complies with the limitations of the autonomous system²⁷. Examples of such restrictions could include the prohibition of using the autonomous system in rainy weather or limiting the vehicle's usage solely to highways²⁸. Despite these limitations and prohibitions, it can be argued that the use of the autonomous system will play a significant role in determining the driver's fault.

However, each case needs to be individually evaluated, and the assessment of responsi-

bility during the accident depends on whether control was in the autonomous system or the driver. According to Turkish law, it is unclear how autonomy affects responsibility because it is determined that the operator would be held strictly accountable if the requirements outlined in Article 85/1 of Law No. 2918 are fulfilled.

The issue of responsibility in accidents involving autonomous vehicles continues to be a worldwide debate. While some argue for the enactment of technical laws specifically for this issue, others advocate for the continuation of strict liability, creating a lack of consensus on who should be responsible.

KTK m.85'e göre işletilme halinde bulunan araçların sebebiyet verdiği kazalarda işletenin kusursuz sorumluluğunun kural olarak gerçekleşmiş olacağına karar verilmektedir²³. Söz konusu karar uyarınca motorlu aracın işleteni için öngörülen kusursuz sorumluluğunun temeli tehlike sorumluluğuna dayanır. Bu bakımdan işletenin kusurunun derecesi veya kusurunun bulunmaması, sorumluluğun esasına etki eden faktörler arasında yer almaz²⁴.

Otonom araç ile yapılan kazalarda ürün sorumluluğunun doğabilmesi için ise zararın meydana gelmiş olması gerekeceği değerlendirilebilecektir. Nitekim 7223 sayılı Ürün Güvenliği Teknik Düzenlemeler Kanunu ("ÜGTDK") m. 6/1'e göre piyasaya sürülmüş olan hatalı bir ürün, bir kişiye veya bir mala zarar verirse, bu ürünün imalatçısı veya ithalatçısı zararı gidermekle yükümlüdür. Düzenlemede "bir mala zarar verirse" ifadesi kullanılmıştır. Bu şekilde şahıs varlığına yönelik zararlarda olduğu gibi malvarlığına yönelik zararlarda da herhangi bir sınırlama yapılmaksızın tazmin yükümlülüğü öngörüldüğü anlaşılmaktadır²⁵. Ürün sorumluluğunun şartlarından birisi ÜGTDK m. 6/2'ye göre zarar görenin zarar ile uygunsuzluk arasındaki illiyet bağını ispat etmesidir. Bu noktada bakılması gereken temel konunun yapay zekada hatanın var olup olmadığı ve hatalı sonucun öngörülebilir olup olmadığının tespiti olacaktır²⁶.

VI. SONUÇ

Kullanılan otonom aracın seviyesinin hukuki sorumluluğun değerlendirilmesinde son derece önemli olduğu değerlendirilmektedir. Bu bakımdan örneğin, yapay zeka sürücüyü kontrolü devralması için uyurabilecek olup, sürücü kendisi de bir problem çıkabileceğini öngördüğünde kontrolü devralabilecektir. Otonom aracın seviyesi sürücünün kusuru değerlendirilirken dikkate alınması gereken önemli hususlardan biridir.

Ayrıca otonom sistemlerde bir diğer önemli konu, sürücünün otonom sisteminin sınırlamalarına uyup uymadığıdır²⁷. Bu sınırlamalara yağmurlu havalarda otonom sistemin kullanımının yasaklanması, aracın kullanımının sadece otoyollarla sınırlı olması gibi örnekler verilebilir²⁸. Bu kısıtlamalara ve yasaklamalara rağmen otonom sisteminin kullanılmasının sürücünün kusurunun belirlenmesinde önemli rol oynayacağı söylenebilecektir.

Ancak, her olayın özelliğine göre ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak, her olayın özelliğine göre ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak, her olayın özelliğine göre ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

anında aracın kontrolünün otonom sistemde veya sürücüde bulunmasına göre sorumluluğa ilişkin değerlendirme yapılabileceğini düşünmekteyiz. Ancak Türk hukukunda, KTK m.85/1 kapsamındaki şartların gerçekleşmesi ile işletenin motorlu aracın sebep olduğu kazalarda kusursuz sorumlu olacağına değerlendirilmesi, aracın otonom olmasının sorumluluk üzerinde etkisinin olup olmayacağı konusunda belirsizliğe yol açmaktadır.

Otonom araçların karıştığı kazalarda sorumluluğun kime ait olduğu dünya çapında tartışma yaratan bir konu olmaya devam etmektedir. Doktrinde bir görüş, bu konuda teknik kanunların çıkarılması gerektiği savunurken, diğer bir görüş ise kusursuz sorumluluk rejiminin devam etmesi gerektiğini savunmakta olup sorumluluğun kime ait olması gerektiği hususunda yeknesaklık bulunmadığı söylenebilecektir.

KAYNAKÇA

TARIK YAZICILAR, Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezai Sorumluluk, 1.Baskı, Ankara 2022.

UĞUR KARACA, Yapay Zekanın Haksız Fillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, 1. Baskı, İstanbul 2023.

SİNAN OKUR, Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk, 1. Baskı, Ankara 2021.

MARİA LUBOMİRA KUBİCA, Autonomous Vehicles and Liability Law. Oxford University Press on behalf of the American Society of Comparative Law. 2022.

SİNAN OKUR, Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk, 1.Baskı. Ankara:2021.

DR. CEMRE POLAT, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukunda Otonom Sistemler, 1.Baskı, Ankara 2022.

MESUT SERDAR ÇEKİN, Otonom Araçlar ve Hukuki Sorumluluk, (Erişim Tarihi:22.11.2023) <https://openaccess.tau.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12846/376/0376.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

CİMO XUE, Liability Analysis of Autonomous Vehicles Accidents. Amsterdam: 2021.

JAMİN XU, Liability of Tesla's Autopilot System Under California Tort Law. Boston College Intellectual Property & Technology Forum. 2017.

MELİNDA FLORİNA LOHMANN, Liability Issues Concerning Self-Driving Vehicles. Special Issue on the Man and the Machine. 2016.

AYŞE NUR MERVE YAZICI, Otonom Aracın Sebep Olduğu Zararlardan Üreticinin Kusursuz Sorumluluğu. 1.Baskı. Ankara: 2023.

BATU KINIKOĞLU, YÜCEL HAMZAOĞLU, MELİKE HAMZAOĞLU, (2021). Otonom Araçların Neden Olduğu Kazalardaki Hukuki Sorumluluk Rejimi. Adalet Dergisi, (66), s. 368 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1779656> (Erişim Tarihi:21.11.2023).

6085 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu.

08 Kasım 1968 tarihli Viyana Karayolu Trafik Konvansiyonu.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2012/107 K. 2012/326 T. 30.5.2012 Kararı.

FOOTNOTE

²³ The Decision of the Assembly of Civil Chambers, dated May 30, 2012, E. 2012/107 K. 2012/326.

²⁴ Batu Kinikoğlu, Yücel Hamzaoğlu, Melike Hamzaoğlu, (2021). Otonom Araçların Neden Olduğu Kazalardaki Hukuki Sorumluluk Rejimi. Adalet Dergisi, (66), p. 368 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1779656> (Date of Access:21.11.2023).

²⁵ Yazıcı, p. 215.

²⁶ Yazıcı, p. 218.

²⁷ Kinikoğlu, Hamzaoğlu, Hamzaoğlu, p. 368.

²⁸ Kinikoğlu, Hamzaoğlu, Hamzaoğlu, p. 368.



PART 7

**P&I CLUB LETTER OF
GUARANTEE IN THE
COLLECTION OF MARITIME
CLAIMS UNDER TURKISH LAW**

**TÜRK HUKUKUNDA GEMİ
ALACAKLARININ TAHSİLİNDE
P&I CLUB TEMİNAT MEKTUBU**

**BERATCAN ÖZDEMİR
BARIŞ BÜLÜÇ**

PART 7

ABSTRACT | ÖZET

A club letter of guarantee is a form of assurance that can be obtained based on the insurance provided by Protection and Indemnity (P&I) clubs providing a comprehensive claims handling service to club members, which is a de facto obligation as vessels are subject to a wide range of risks during their voyages.

Kulüp teminat mektubu, Protection and Indemnity (P&I) kulüplerinin sunduğu sigortaya istinaden elde edilebilen bir teminat türü olup gemilerin deniz seferleri esnasında geniş kapsamlı risklere tabi bulunması nedeniyle fiili bir zorunluluk niteliği taşımakta ve kulüp üyelerine geniş kapsamlı bir taleplerin halli (claims handling) hizmeti sağlamaktadır.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELER

Maritime Law, Club Insurance, Club Letter Of Guarantee, P&I Clubs, Power Of Discretion.

Deniz Ticareti Hukuku, Kulüp Sigortası, Kulüp Teminat Mektubu, P&I Kulüpleri, Takdir Yetkisi.

I. INTRODUCTION

Maritime trade has been playing a key role in fulfilling the trade and transportation needs of mankind since ancient times. In modern times, it continues to be the backbone of global trade. In this industry, owners and operators are consuetudinary exposed to various risks.

Considering the significant value of both the vessels and the cargoes carried, it becomes apparent that the relevant parties will want to take measures against possible risks to ensure that the vessels and cargoes are transported without any damage. In this respect, P&I (*Protection and Indemnity*) clubs, which provide a momentous assurance in maritime trade, and the letters of guarantee issued by these clubs serve an important role in the industry and in maritime law. Such clubs are private insurance associations that are established to provide protection against diverse risks for owners, cargo owners and other relevant parties.

This article will provide information on the history of marine insurance, the operating mechanisms of P&I clubs, the guarantees they offer and the rights and obligations of the P&I clubs and members. Furthermore, the extent to which P&I letters of guarantee can

I. GİRİŞ

Deniz ticareti, tarih boyunca insanlığın ticaret ve ulaşım gereksinimlerini karşılamada kilit bir rol oynamıştır. Günümüzde ise, küresel ticaretin can damarı olarak varlığını sürdürmektedir. Bu sektörde, donatanlar ve gemi işletmecileri, mutlak olarak çeşitli riskler altına girmektedir.

Gerek gemilerin gerekse taşınan yüklerin yüksek değerlere sahip olduğu değerlendirildiğinde, ilgili tarafların, geminin ve yüklerin herhangi bir zarar görmeden taşınmasını sağlamak amacıyla olası risklere karşı tedbir almak isteyeceği açıktır. Bu bağlamda, deniz ticaretinde önemli bir güvence sağlayan P&I (*Protection and Indemnity*) kulüpleri ve bu kulüpler tarafından tevdi edilen mektuplar, sektörde ve deniz ticareti hukukunda önemli bir rol oynamaktadır. Bu kulüpler; donatanlar, yük sahipleri ve diğer ilgililer için çeşitli risklere karşı koruma sağlamak amacıyla kurulan özel sigorta organizasyonlarıdır.

Bu makalede; deniz sigortalarının tarihçesi, P&I kulüplerinin işleyiş mekanizmaları, sundukları teminatlar ve P&I kulübü ile üyenin hakları ve yükümlülükleri üzerine bilgiler sunulacaktır. Ayrıca, gemi alacaklarının tahsilinde P&I teminat mektubunun



be used in the collection of maritime claims, the benefits of these letters of guarantee and the matters to be taken into consideration will be discussed.

II. MARINE INSURANCES

A. History Of Marine Insurances

Whilst maritime transportation allows long distances to be crossed faster and at a lower cost in comparison to the road transportation, it is exposed to potential risks due to a range of factors such as the impact of weather conditions and piracy acts. Thus, the first insurance practices were embodied in marine transportation.

The first marine insurance activities, typically based on gentlemanly and credit or mutuality, are known to have been observed in Phoenician, Ancient Greek and Roman civilizations¹. It is known that insurance law had the characteristics of customary law in the periods of its emergence, and the first written regulations in this field were mostly based on existing commercial practices². Considering that the first national regulation on insurance law was enacted in the Code of Maritime Trade Law (*Ticaret-i Bahriye Kanunnâme-i*

ne ölçüde kullanılabileceği, bu mektupların sağladığı avantajlar ve dikkate alınması gereken hususlar ele alınacaktır.

II. DENİZ SİGORTALARI

A. Deniz Sigortalarının Tarihçesi

Deniz taşımacılığı, karayolu ile kıyaslandığında uzun mesafelerin daha hızlı ve daha düşük maliyet ile aşılmasına olanak tanınmasının yanı sıra, başta hava koşullarının etkisi ve korsanlık faaliyetleri gibi bir dizi faktör nedeniyle potansiyel risklere maruz kalmaktadır. Öyle ki, sigortacılığa dair ilk uygulamalar deniz taşımacılığında vücut bulmuştur.

Deniz sigortası faaliyetlerinin, ilk olarak, genellikle centilmenliğe dayalı ve kredi veya karşılıklılığa dayalı şekilde, Fenike, Antik Yunan ve Roma medeniyetlerinde görüldüğü bilinmektedir¹. Sigorta hukukunun ortaya çıktığı dönemlerde bir örf adet hukuku niteliği taşıdığı, alana dair ilk yazılı düzenlemelerde ise çoğunlukla var olan ticari teamüllerin esas alındığı bilinmektedir². Sigorta hukukuna dair ilk milli düzenlemenin 21 Ağustos 1863 tarihli Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi'nde yürürlüğe girdiği değerlendirildiğinde,

FOOTNOTE

¹ Oktay Karaaslan, Deniz Sigortalarının Tarihçesi ile İlgili Derleme, Prof. Dr. Tahir Çağrı'nın Anısına Armağan, First Edition, İstanbul 2000, p. 279-280 and Elif Çelik Partal, Tekne Sigortalarında Teminatın Rizikolar Bakımından Kapsamı, First Edition, Ankara 2021, p. 22; cited from İknur Uluğ Cıçım, "Tarihsel Gelişim Süreci Bağlamında Deniz Sigortaları", Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, Vol. 22, p. 86, 2023.

² Hacı Kara, Sigorta Hukuku, Second Edition, İstanbul 2021, p. 6 ff.

DİPNOT

¹ İknur Uluğ Cıçım, "Tarihsel Gelişim Süreci Bağlamında Deniz Sigortaları", Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, C. 22, S. 86, 2023'den naklen, Oktay Karaaslan, Deniz Sigortalarının Tarihçesi ile İlgili Derleme, Prof. Dr. Tahir Çağrı'nın Anısına Armağan, 1. Baskı, İstanbul 2000, s. 279-280 ve Elif Çelik Partal, Tekne Sigortalarında Teminatın Rizikolar Bakımından Kapsamı, 1. Baskı, Ankara 2021, s. 22.

² Hacı Kara, Sigorta Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2021, s. 6 vd.

PART 7

Hümâyün) dated 21 August 1863, it can be stated that insurance was practiced on commercial precedents in Türkiye for a long time.

The Industrial Revolution in the 18th and 19th centuries resulted in significant advances in ships, as well as in all other types of engineering systems; ships that were stronger, faster, capable of carrying more cargo, and with greater range were produced and used in trade. In parallel with the insurance sector, which has grown in both quality and quantity as a result of technological advancements, marine insurance has made similar strides, even pioneering the insurance sector's development. Today, the most common types of marine insurance are hull insurance, cargo insurance, liability insurance, and club insurance, which is discussed in this article and is now a de facto requirement.

B. Differences Of Club Insurance To Other Marine Insurances

Club insurance is distinguished from other marine insurances primarily by its focus on the liability of the members. Although club letters of guarantee are essentially divided into *Letter of Undertaking* (LOU) and *Letter of Guarantee* (LOG), in practice, there is not a significant distinction among these two guarantee letters and the term "letter of guarantee" is used to refer to both. While other marine insurances typically cover physical damages, club insurance mainly covers the liability of members to third parties. While this scope depends on the contractual agreement between the club and the member, it provides broad protection against a wide spectrum of risks, particularly in relation to crew, cargo and environmental liabilities. Other marine insurances that are commonly used can be summarized as below:

1. Hull and Machinery Insurance:

Covering damages that may occur on the hull and machinery of the insured vessel, its scope is usually determined by the special terms and conditions attached to the policy and provides insurance against any decrease in the assets of the owner.

sigortacılığın ülkemizde de uzun müddet boyunca ticari teamüllerle şekillendiği ifade edilebilecektir.

18. ve 19. yüzyıllarda gerçekleşen Sanayi Devrimi ile mühendislik gerektiren her türlü sistemde olduğu gibi gemilerde de kapsamlı bir ilerleme meydana gelmiş; daha güçlü, daha hızlı, daha fazla yük taşıyabilen ve daha yüksek menzile sahip gemiler üretilip ticarete kullanılmıştır. Gelişen teknolojinin etkisi ile gerek nitelik gerekse nicelik bazında büyüyen sigorta sektörüne paralel şekilde deniz sigortaları da benzer ilerlemeyi göstermiş ve hatta sigorta sektörünün gelişimine öncülük etmiştir. Günümüzde; tekne sigortası, yük sigortası, mali sorumluluk sigortası ve işbu makalenin konusunu oluşturan, artık âdeta fiili bir zorunluluk vasfını haiz kulüp sigortası, önde gelen deniz sigortası türlerini oluşturmaktadır.

B. Kulüp Sigortasının Muh-telif Deniz Sigortalarından Farkları

Kulüp sigortası, diğer deniz sigortalarından öncelikle üyelerin sorumluluklarına odaklanması ile ayrılmaktadır. Kulüp teminat mektupları, esasen *Letter of Undertaking* (LOU) ve *Letter of Guarantee* (LOG) olarak ikiye ayrılmakla beraber uygulamada söz konusu iki teminat mektubu arasında önemli bir fark bulunmamakta ve ikisi için de "kulüp teminat mektubu" ifadesi kullanılmaktadır. Diğer deniz sigortaları genellikle fiziksel zararları kapsarken, kulüp sigortası, temel olarak üyelerin üçüncü taraflara karşı sorumluluklarını ele almaktadır. Bu kapsam, kulüp ile üye arasındaki sözleşmeye bağlı olmakla beraber, özellikle gemi adamlarına, yüke ve çevresel sorumluluklara dair gerçekleşebilecek geniş bir yelpazedeki risklere karşı geniş bir koruma sağlamaktadır. Yaygın kullanıma sahip diğer deniz sigortaları özetle aşağıdaki şekilde açıklanabilir:

1. Tekne ve Makine Sigortası:

Sigortalanan geminin gövdesi ile makine teçhizatında meydana gelebilecek hasarları kapsayan sigorta, teminat kapsamı genellikle poliçeye eklenen özel şartlar ile belirlenen bir sigorta olup donatanın malvarlığında tezahür edebilecek azalmaları teminat altına almaktadır.

2. Cargo Insurance:

Cargo insurance is a type of insurance that can be provided for all kinds of cargo being transported in all means of carriage, thus it is not a type of insurance specific to marine insurance. Since it is an insurance that covers the damages that the cargo may be prone to, the cargo owner and/or the parties who have an interest in the cargo not being damaged are the beneficiaries of this insurance.

3. Maritime Vessels Liability Insurance

Under Turkish law, this insurance is compulsory and covers the death or injury of passengers or third parties on board a marine vessel, as well as damage to passengers' possessions.

III. OBLIGATIONS OF THE PARTIES IN CLUB INSURANCE

A. Obligations Of The P&I Club

1. Claims Handling

The international aspects of maritime trade cause the vessels to be in the waters and ports of states subject to foreign legal systems. Accordingly, this situation enhances the risk of loss of rights in disputes that the vessels may encounter in a foreign state. Indeed, in case of a dispute, it is necessary to take immediate action in order to avoid exceeding the period of prescription and to gather the evidence. Furthermore, the foreign party might suffer major disadvantages in the territory when it is considered that the parties who may submit a claim are mostly performing their commercial activities in the relevant state and are familiar with the legislation and procedures of the country in question, as opposed to the other party.

As a result of the aforementioned, P&I clubs' claims handling activities play a significant role when a vessel gets involved in a dispute, particularly in international seas. In the claims settlement procedure, the club operates as an insured member, almost as if it were the party in dispute. While the club does not di-

2. Yük Sigortası:

Yük sigortaları herhangi bir taşıma aracında nakledilen her çeşit yük için yaptırılabilen bir sigorta olup deniz sigortalarına özel bir sigorta çeşidi değildir. Yükün maruz kalabileceği hasarları koruma altına alan bir sigorta olması nedeniyle, bu sigortayı yaptıranlar, yük sahibi ve/veya yükün zarar görmemesinde menfaati olan kişilerdir.

3. Deniz Araçları Mali Sorumluluk Sigortası:

Yaptırılması Türk hukukunda mevzuat gereğince zorunlu olup, işbu sigorta, deniz aracında seyahat eden yolcuların veya üçüncü kişilerin ölümü veya yaralanması ile yolcuların eşyalarının zarara uğraması hallerini kapsamaktadır.

III. KULÜP SİGORTASINDA TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. P&I Kulübünün Yükümlülükleri

1. Taleplerin Halli

Deniz ticaretinin uluslararası niteliği, gemilerin seyir hâlindeyken farklı hukuk sistemlerine tabi devletlerin sularında ve limanlarında bulunmasına neden olmaktadır. Bu durum, gemilerin yabancı bir ülkede karşılaşabilecekleri uyumsuzluklarda hak kaybına uğrama riskini artırmaktadır. Zira, herhangi bir uyumsuzluğun meydana gelmesi hâlinde gerek hak düşürücü sürelerin aşılması gerekse delillerin toplanması için ivedilikle harekete geçilmesi gerekmektedir. Üstelik, "yabancı" kişi hilafına talepte bulunabilecek kişilerin ticari faaliyetlerini ekseriyetle ilgili ülkede sürdürdüğü ve dolayısıyla söz konusu ülkenin mevzuatına ve prosedürlerine, karşı tarafın aksine hâkim olduğu değerlendirildiğinde yabancı taraf önemli dezavantajlar ile karşılaşmaktadır.

Yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı, özellikle gemi yabancı sulara bir uyumsuzluk ile karşılaştığında, P&I kulüplerinin taleplerin halli (*claims handling*) faaliyetleri önem kazanmaktadır. Taleplerin çözümü sürecinde, kulüp, âdeta anlaşmazlığı yaşayan taraf olan

PART 7

rectly act as the member's representative or as if it has "taken over" the dispute, the member is required to guide the dispute in line with the club's directives, to assign representatives nominated by the club and, in sum, to fully comply with all the directives of the P&I club. As the member's behaviour contrary to the club's directives may adversely affect the amount of payment that the club will provide to the member, complying with the club's instructions is mutually beneficial for both parties. Thus, at the end of the period, the member will either indemnify the third party to whom it has caused damages and recover the compensation from the club, or the P&I club will pay the third party directly.

sigortalı üye gibi hareket etmektedir. Kulüp doğrudan üyenin yerine geçerek, üyenin vekiliymişçesine veya uyuşmazlığı "devralmış" gibi hareket etmese de üyenin uyuşmazlığı kulübün talimatları doğrultusunda yönlendirilmesi, kulüp tarafından gösterilen vekilleri ataması; genel olarak, P&I kulübünün tüm talimatlarına tam anlamıyla uyması gerekmektedir. Üyenin kulübün direktiflerine aykırı davranışları, kulübün üyeye sağlayacağı ödeme miktarını olumsuz etkileyebileceğinden, her iki taraf için faydalı olan, kulübün talimatlarına uygun davranılmasıdır. Öyle ki, sürecin sonunda üye zarar verdiği üçüncü kişiyi tazmin edecek ve tazminat bedelini kulüpten geri alacak yahut üçüncü kişiye ödemeyi doğrudan P&I kulübü gerçekleştirecektir.



2. Providing Fiscal Assurance

Arresting the ship is the most drastic measure that will put the greatest amount of pressure on the owner to allow the claimant to collect its receivables from the owner. When considering the fact that the arrested ship's regular expenses will continue to be incurred, as well as the lost earnings due to the vessel's inoperability, it is clear that an arrested vessel will cause significant damage to its owner.

Pursuant to Article 1353/1 of the Turkish Commercial Code No. 6102 ("TCC") ("Only provisional seizure of the ship may be ordered

2. Mali Güvence Sağlama

Herhangi bir donatandan alacaklı olan kişinin talebini elde etmesi için borçlu üzerinde en ciddi baskıya sebep olacak yöntem, şüphesiz ki geminin tutuklanmasıdır. Tutuklanan geminin gerek mutad masraflarının doğmaya devam edecek olması gerekse geminin işletilememesi nedeniyle mahrum kalınan kâr değerlendirildiğinde, tutuklanan geminin donatanda mühim zararlara yol açacağı açıktır.

Türk hukukunda taşınır niteliğini haiz olan gemiler, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ("TTK") 1353/1. maddesi uyarınca, ("Deniz

to secure maritime receivables. For these receivables, a precautionary injunction may not be imposed on the ship, or the ship may not be prohibited from voyage by any other means.") Ships that have the characteristics of movable property under Turkish law, can only be arrested by way of provisional seizure. Since a provisional seizure order can only be taken due to claims arising from monetary claims, the disputes to which Turkish law applies, the claim relied upon to arrest the vessel must be a monetary claim.

If such arrest occurs or is imminent, the member may regain the control of the vessel by providing a club letter of guarantee issued by the P&I club. In addition to this option, the club is under no obligation to issue a letter of guarantee, as described below under the heading "P&I Club's Discretionary Power". The club provides letters of guarantee (and practically all of its operations) in the exercise of almost complete discretion.

3. Paying Compensation

The possibility of receiving compensation from the club in the event of a potential damage is one of the main reasons for becoming a member of a P&I club. Thus, the member can have the P&I club reimburse the costs arising from the claims submitted by third parties under specified conditions.

Whilst there is no unified set of rules for the payment of compensation by P&I clubs, the requirements generally consist of the following³:

- The risk must have occurred while the member was registered to the club,
- The risk must be covered by the club insurance,
- The risk must be related to the owner of the vessel that is registered in the club,
- The damage caused by the occurrence of the risk must have been caused by an act of the owner of the registered vessel,
- Under the "payment first" rule, also known as the "pay to be paid" rule, the member must have paid the required premium to the club.

Although the above conditions have been fulfilled, in order for the member to receive compensation from the P&I club, as a rule, the member must have made the payment in

alacaklarının teminat altına alınması için, geminin sadece ihtiyati haczine karar verilebilir. Bu alacaklar için gemi üzerine ihtiyati tedbir konulması veya başka bir surette geminin seferden menedilmesi istenemez.") ancak ihtiyati haciz yolu ile tutuklanabilmektedir. İhtiyati haciz kararı ise yalnızca para alacağı kaynaklı talepler neticesinde alınabildiğinden, gemiyi tutuklatmak için dayanılan alacak, Türk hukukunun uygulandığı uyuşmazlıklar kapsamında, bir para alacağı olmalıdır.

Söz konusu tutuklama gerçekleştiğinde yahut gerçekleşme tehlikesiyle karşı karşıya kaldığında, üye, P&I kulübünün sunacağı bir kulüp teminat mektubu ile gemi üzerindeki kontrolünü geri kazanabilmektedir. Mevzu bahis imkânın yanı sıra, aşağıda P&I Kulübünün Takdir Yetkisi başlığı altında detaylandırılacağı üzere, kulübün teminat mektubu sağlama yükümlülüğü mevcut olmayıp kulüp, teminat mektuplarını (ve neredeyse her türlü işlemi) âdeta eksiksiz bir takdir yetkisi kullanarak sağlamaktadır.

3. Tazminat Ödeme

Olası bir zararın meydana gelmesi hâlinde kulüpten tazminat alabilmek, P&I kulüplerine üye olmak için başlıca sebeplerdendir. Böylece, üye, üçüncü kişilerin ileri sürdüğü taleplerden doğan maliyetleri belirli koşullar altında P&I kulübüne karşılayabilmektedir.

P&I kulüplerinin tazminat ödemesi için yeknesak bir kurallar bütünü mevcut olmamakla beraber şartlar genellikle aşağıdakilerden ibarettir³:

- Rizikonun üye kulübe kayıtlıken gerçekleşmiş olması,
- Rizikonun kulüp sigortasının içerdiği teminatlara dahil olması,
- Rizikonun kulübe kayıtlı geminin donatana ile ilgili olması,
- Rizikonun gerçekleşmesi ile oluşan hasarın kayıtlı geminin donatanının bir fiilinden kaynaklanmış olması,
- "Payment first" kuralı veya "pay to be paid" kuralı olarak da bilinen "ilk önce ödeme" kuralı gereğince üyenin kulübe gerekli primi ödemiş olması.

Yukarıdaki şartların sağlanmış olmasına rağmen üyenin P&I kulübünden tazminat alabilmesi için kural olarak ilgili ödemenin üçüncü kişiye tamamen yapılmış olması gerekmektedir.

FOOTNOTE

³ Didem Algantürk White, Deniz Sigorta Hukukunda Kulüp Sigortası (Kulüp Sigortası), İstanbul 2006, p. 124.

DİPNOT

³ Didem Algantürk White, Deniz Sigorta Hukukunda Kulüp Sigortası (Kulüp Sigortası), İstanbul 2006, s. 124.

PART 7

full to the third party, but for various reasons, particularly the fact that the club is already in charge of the claims handling process, this rule is not strictly interpreted by the clubs⁴.

B. Obligations Of The Member

Liabilities of the member in club insurance are relatively simple in comparison to the liabilities of the club and are mainly limited to the payment of the premium and providing the necessary information to the club. These obligations can be expanded at the discretion of the parties, whereby the member may have various further obligations by mutual agreement.

1. Premium Payment

Whilst it is possible for the P&I club to receive payment on both fixed and mutual premium basis, in order not to exceed the scope of this article, only the mutual premium, which is more common in practice, will be discussed.

The structure of modern P&I clubs operating on a mutual system, which has existed since the first clubs, is that the income and expenses of the club should be equal at the end of the financial year; if the income is greater than the expenses, the surplus should be returned to the members, and if the expenses are greater than the income, additional premiums shall be collected from the members⁵. In this respect, the member is responsible for paying the premium as determined by the valuation in accordance with the qualifications of the registered vessel and, if necessary, to fulfil the uncovered expenses of the club jointly with the other members.

As it has been stated under the title "Obligations of the P&I Club", pursuant to the "pay to be paid" rule, the member must have paid the premium to be able to fulfil any claim. The first consequence that may arise if the member defaults in the premium payment obligation is that the club will not meet any claim submitted by the member. In addition to the aforementioned situation, in case of default in payment of the insurance premium; the insurance contract may be terminated by the club with retrospective effect, the former member may have difficulties to become a member of a different club due to the liaison between P&I clubs, and the most serious consequence, the club may have a right of retention over the registered vessel⁶.

dir, ancak, başta taleplerin halli sürecini zaten kulübün yürütmesi olmak üzere çeşitli sebeplerle söz konusu kural kulüpler tarafından sıkı yorumlanmamaktadır⁴.

B. Üyenin Yükümlülükleri

Kulüp sigortasında üyenin yükümlülükleri kulübün yükümlülüklerine nispeten sade olup temel olarak prim ödeme ve kulübe gerekli beyanlarda bulunma ile sınırlıdır. Söz konusu yükümlülükler tarafların takdirine bağlı olarak genişletilebilmektedir ve bu şekilde mutabakata dayalı olarak üyenin diğer çeşitli yükümlülüklerle sahip olması mümkündür.

1. Prim Ödeme

Üye ile anlaşmaya varan P&I kulübünün gerek sabit gerekse mütüel prim esasına göre ödeme alması mümkün olmakla beraber, konunun işbu çalışmanın kapsamını aşmaması amacıyla yalnızca uygulamada daha yaygın olan mütüel primden bahsedilecektir.

Modern ve mütüel sistem ile çalışan P&I kulüplerinin ilk kulüplerden beri süregelen yapısında kulübün mali yılın sonunda gelirleri ile giderlerinin eşit olması gerekmektedir olup gelirler giderlerden fazla ise artan kısmın üyelere iade edilmekte, giderler gelirlerden fazla ise üyelere ek katkı toplanmaktadır⁵. Üye, bu kapsamda, kayıtlı geminin nitelikleri uyarınca gerçekleştirilen değerlendirme ile belirlenen primi ödemekle ve gerektiği takdirde kulübün ödenemeyen giderlerini diğer üyeler ile beraber karşılamakla sorumludur.

Kulübün Yükümlülükleri başlığında ifade edildiği üzere, "pay to be paid" kuralı gereğince üyenin herhangi bir talebini karşılayabilmek için söz konusu primi ödemiş olması gerekmektedir. Üyenin prim ödeme borcunda temerrüde düşmesi durumunda doğacak ilk sonuç, kulübün üye tarafından ileri sürülen herhangi bir talebi yerine getirmemesidir. İfade edilen durumun yanı sıra, sigorta priminin ödenmemesi hâlinde; sigorta sözleşmesi kulüp tarafından geçmişe etkili şekilde feshedilebilmekte, P&I kulüpleri arasındaki irtibat dolayısıyla eski üye farklı bir kulübe üye olmakta güçlükler yaşayabilmekte ve en ciddi sonuç olan, kulübün kayıtlı gemi üzerinde hapis hakkı doğabilmektedir⁶.

2. Notice Obligation

The potential member's obligation to notify starts before the signing of the contract and lasts until the termination of the contract. As stated in Article 1435 of the TCC⁷, the policyholder, and within the scope of this study, the member, is required to notify the insurer of any important issues regarding the subject matter. Given that the information provided by the member on the application form creates the foundation of the insurance contract between the member and the club, the member is therefore required, like in any other insurance contract, to notify the club of any changes to the crucial terms of the policy⁸. This phase of the notification duty includes the obligation that exists prior to the occurrence of the risk

In the event of the occurrence of a risk that is covered by the insurance, the member is obliged to notify the club immediately and in writing, unless otherwise agreed, but subject to the time limit specified in the rules of most clubs⁹. In fact, as stated above under the title of Claims Handling, the club takes control and directs the process upon notification. The member who breaches the obligation to notify will incur a risk that may prevent the collection of the compensation demanded from the club. In this respect, the obligation to notify is similar to the burden institution, and this is essentially a consequence of the equitable principle, since it would not be proper for the club, which is not informed of the risk due to the member's lack of notification and therefore cannot car-

2. İhbar Mükellefiyeti

Potansiyel üyenin ihbar mükellefiyeti, diğer bir deyişle beyanda bulunma yükümlülüğü, sözleşmenin kurulması öncesinde başlamakta ve sözleşme sona erene dek sürmektedir. TTK'nın 1435. maddesinde⁷ de ifade edildiği üzere sigorta ettirenin, işbu çalışma kapsamında ise üyenin, konuya dair önemli olan her türlü hususu sigortacıya bildirmesi gerekmektedir. Zira, üyenin başvuru formunda belirttiği hususlar üye ile kulüp arasında akdedilen sigorta sözleşmesinin dayanağını oluşturmaktadır ve bu sebeple üye, sözleşmenin esaslı unsurlarında gerçekleşen değişiklikleri, her sigorta sözleşmesinde olduğu gibi, kulübe bildirmekle yükümlüdür⁸. Bildirim yükümlülüğünün işbu aşaması rizikonun gerçekleşmesi öncesindeki yükümlülüğü içermektedir.

Sigorta kapsamında yer alan bir rizikonun gerçekleşmesi hâlinde, üye, aksi kararlaştırılmadıkça, derhal ve yazılı şekilde ancak çoğu kulübün kurallarında belirlenmiş süre sınırına tabi olarak⁹, durumu kulübe bildirmekle borçludur. Öyle ki, yukarıda Taleplerin Halli başlığı altında ifade edildiği üzere, kulüp, gerçekleştirilen bildirim üzerine süreci bütün olarak kontrol altına almakta ve yönlendirmektedir. İhbar mükellefiyetini yerine getirmeyen üye ise, kulüpten talep ettiği tazminatın tahsiline engel teşkil edebilecek bir risk altına girecektir. İhbar mükellefiyeti bu yönü dolayısıyla külfet kurumu ile benzerlik göstermekte olup bu sonuç esasen hakkaniyet ilkesinin bir sonucudur, zira, üyenin gerekli bilgilendirmede bulunmaması nedeniyle rizikodan haberdar

FOOTNOTE

4 **Serdar Acar**, "Kulüp Sigortası (P&I)" (P&I), İstanbul 2007, p. 401 ff.

5 **Acar**, P&I, p. 279.

6 **Algantürk White**, Kulüp Sigortası, p. 99 ff.

7 "The policyholder shall inform the insurer of all important circumstances of which it is or ought to be aware at the time of conclusion of the contract. Circumstances that are not so disclosed at all or disclosed insufficiently or wrongly to the insurer shall be deemed of importance if they could lead to the non-conclusion of the contract or to its conclusion with different terms (had the insurer known the truth). Circumstances asked by the insurer orally or in writing shall be deemed as important until proof of the contrary."

8 **Algantürk White**, Kulüp Sigortası, p. 102.

9 **Göktaş Burucuoğlu**, Kulüp Sigortası (P&I) Çerçevesinde Eşyanın Ziyayı veya Hasarını Halinde Teminatın Kapsamı (P&I Çerçevesinde Teminatın Kapsamı), p. 47.

DİPNOT

4 **Serdar Acar**, "Kulüp Sigortası (P&I)" (P&I), İstanbul 2007, s. 401 vd.

5 **Acar**, (P&I), s. 279.

6 **Algantürk White**, Kulüp Sigortası, s. 99 vd.

7 "Sigorta ettiren sözleşmenin yapılması sırasında bildiği veya bilmesi gereken tüm önemli hususları sigortacıya bildirmekle yükümlüdür. Sigortacıya bildirilmeyen, eksik veya yanlış bildirilen hususlar, sözleşmenin yapılmamasını veya değişik şartlarda yapılmasını gerektirecek nitelikte ise, önemli kabul edilir. Sigortacı tarafından yazılı veya sözlü olarak sorulan hususlar, aksi ispat edilmeyece kadar önemli sayılır."

8 **Algantürk White**, Kulüp Sigortası, s. 102.

9 **Göktaş Burucuoğlu**, Kulüp Sigortası (P&I) Çerçevesinde Eşyanın Ziyayı veya Hasarını Halinde Teminatın Kapsamı (P&I Çerçevesinde Teminatın Kapsamı), s. 47.



PART 7

ry out activities to minimise the damage that will arise, to compensate for the damage in question.

IV. COVERAGE OF THE CLUB LETTER OF GUARANTEE

The club letter of guarantee extends to all kinds of damages unless otherwise stated or proved by the club, and the burden of proof falls on the club to prove that the damage is caused by a risk that is not covered by the insurance¹⁰. However, because such a broad scope of liability of P&I clubs cannot be de facto continuous, in practice, the insurance coverage is established in detail in the contract with the member¹¹. At the same time, as will be discussed below, the fact that P&I clubs have a comprehensive discretion in almost every act carried out, indicates that the club has a wide initiative regarding the scope of the letter of guarantee.

A. Validity Period Of The Club Insurance

Club insurances cover risks that occur only during the period in force. In principle, club insurances start on 20 February and end on 20 February the following year. These dates are based on the fact that the first P&I clubs in history customarily set 20 February, the date of ice melting in the Baltic Sea, as the policy renewal date, but the parties may agree on a different date.

Therefore, policy years in P&I clubs also begin on 20 February each year and continue until 20 February of the following year. However, even though policy years end on 20 February and a policy year begins anew, the policy account for the policy year that has ended is often kept open for two years after the expiry date. That is because the costs for the expiring policy year are not finalised during the policy year in question¹².

The policy is deemed to be renewed each year ex officio and on the terms of the previous year unless the parties agree otherwise. There is no unified procedure for the termination of the insurance covering all clubs. The member is required to make a valid ter-

olmayan ve dolayısıyla ortaya çıkacak zararı azaltmaya yönelik faaliyetlerde bulunamayan kulübün söz konusu zararı karşılaması uygun olmayacaktır.

IV. KULÜP TEMİNAT MEKTUBUNUN KAPSAMI

Kulüp teminatı, aksi belirtilmedikçe veya kulüp tarafından aksi ispatlanmadıkça her türlü zararı kapsamakta olup zararın sigortanın kapsamı haricindeki bir riziko nedeniyle gerçekleştiğini ispatlama yükümlülüğünü haiz olan taraf kulüptür¹⁰. Ancak, P&I kulüplerine ait sorumluluğun bu denli geniş olması fiilen süreklilik arz edemeyeceğinden, uygulamada sigorta kapsamı üye ile yapılan sözleşme içerisinde detaylı olarak kararlaştırılmaktadır¹¹. Aynı zamanda, aşağıda bahsedileceği üzere, P&I kulüplerinin gerçekleştirdiği neredeyse her işlemde hayli kapsamlı bir takdir yetkisini haiz olması, teminat mektubunun kapsamı hususunda da kulübün geniş bir inisiyatifte sahip olduğunu göstermektedir.

A. Kulüp Sigortasının Geçerlilik Süresi

Kulüp sigortaları, yalnızca yürürlükte oldukları süre içerisinde gerçekleşen rizikoları kapsayan sigortalardır. Kural olarak 20 Şubat tarihinde başlayan kulüp sigortaları ertesi yıl yine 20 Şubat tarihinde sona ermektedir. Bu tarihler, geleneksel olarak, tarihteki ilk P&I kulüplerinin Baltık Denizi'nde buzların eridiği tarih olan 20 Şubat'ı poliçe yenileme günü olarak belirlemesinden kaynaklanmakla birlikte tarafların farklı bir tarih üzerinde anlaşmaya varması mümkündür.

Bu nedenle, P&I kulüplerinde poliçe yılları da her sene 20 Şubat tarihinde başlayıp ertesi yıl yine 20 Şubat'a dek devam etmektedir. Ancak, poliçe yıllarının 20 Şubat'ta sona ermesi ve yenisinin başlamasına rağmen, sona eren yıla dair poliçe hesabı çoğu zaman sona ermenin akabindeki iki yıl boyunca açık tutulmaktadır. Bunun sebebi, sona eren poliçe yılına ilişkin masrafların söz konusu poliçe yılı içerisinde kesinleşmemesidir¹².

Poliçe, taraflar farklı bir mutabakata varmadıkça, her yıl re'sen ve önceki yılın şartlarıyla yenilenmiş sayılmaktadır. Sigortanın sona ermesi için ise, tüm kulüpleri kapsayan tek

mination in accordance with the rules of the relevant club.

B. P&I Club's Power Of Discretion

It is recognised that P&I clubs have an absolute discretion to take (or not to take) action on claims submitted by their members. However, in practice, in circumstances where the member has paid the premiums and there is no wilful misconduct, the club will act in accordance with the member's needs.

Besides the extensive authority, the discretionary power exercised in a certain direction in a specific case does not establish a precedent for another case. It is not possible to force the club to fulfil the request in cases where any request made by the member is rejected by the club. As a matter of fact, no such coercion is encountered in practice.

We believe that there are two main reasons for such a wide discretionary power of P&I clubs. Primarily, the fact that there is no regulation at the level of a code on P&I clubs or club insurances in any country in the world, and the lack of compulsory legal rules to a significant extent, has allowed the sector to develop in a mostly free manner. As for the second point, we consider that the fact that both parties are merchants, and therefore there is no other person between the parties, such as an employee, tenant or consumer, who should be protected by legislation or courts, has a positive effect on the liberty of contract granted to the parties. Since the parties have the obligation to act as prudent merchants, unfair exploitation (*lesion*) principle has a restricted area of application in disputes between the club and the member.

Considering the aforementioned circumstances, despite the low possibility of success, it is permissible to appeal against the actions of the club to the board of directors of the club concerned. In the event that the request to the board of directors is rejected, it may be appealed to the judicial authorities; however, arbitral tribunals and/or courts typically decide to dismiss the case on the grounds that the club's discretionary power is absolute.

bir prosedür bulunmamaktadır. Üyenin, ilgili kulübün kurallarına uygun olarak geçerli bir fesih işlemi gerçekleştirmesi gerekmektedir.

B. P&I Kulübünün Takdir Yetkisi

P&I kulüplerinin üyeleri tarafından öne sürülen taleplerine yönelik aksiyon alması (veya almaması) hususunda mutlak bir takdir yetkisinin mevcut olduğu kabul edilmektedir. Ancak, uygulamada, üyenin primlerini ödediği ve kast veya pervasızlığının (*wilful misconduct*) mevcut olmadığı hâllerde kulüp üyenin gereksinimi doğrultusunda harekete geçmektedir.

Bahsedilen geniş yetkinin yanı sıra, somut bir olayda belli bir yönde kullanılan takdir yetkisi de farklı bir olay için emsal teşkil etmemektedir. Üyenin yönelttiği herhangi bir talebin kulüp tarafından reddedildiği durumlarda kulübün talebi yerine getirmeye zorlanması mümkün değildir. Nitekim, uygulamada da böyle bir zorlama uygulaması ile karşılaşmamaktadır.

P&I kulüplerinin takdir yetkisinin bu derecede geniş olmasının, bizce, iki temel nedeni mevcuttur. İlk olarak, dünyanın hiçbir ülkesinde P&I kulüplerine veya kulüp sigortalarına dair kanun seviyesinde bir düzenleme bulunmaması ve emredici hukuk kurallarının büyük oranda eksikliği, sektörün ekseriyetle serbest bir şekilde gelişmesine imkân tanımıştır. İkinci olarak ise, her iki tarafın da tacir niteliğine sahip olmasının, dolayısıyla taraflar arasında işçi, kiracı veya tüketici gibi mevzuat yahut mahkemeler tarafından korunması gereken bir kişi bulunmamasının taraflara tanınan sözleşme özgürlüğünü pozitif etkilediğini değerlendirmekteyiz. Taraflar basiretli birer tacir gibi davranma yükümlülüğüne sahip olduklarından, aşırı yararlanma (gabin) kavramının uygulanma alanı da kulüp ile üye arasındaki anlaşmazlıklarda oldukça sınırlıdır.

Belirtilen durumlar göz önüne alındığında, başarı ihtimalinin düşük olmasına rağmen, kulübün işlemlerine karşı yapılan başvuruların, ilgili kulübün yönetim kuruluna iletilmesi mümkündür. Yönetim kuruluna yapılan başvurunun olumsuz sonuçlanması hâlinde, yargı mercilerine başvurulabilir; ancak genellikle hakem heyetleri ve/veya mahkemeler, kulübün takdir yetkisinin mutlak olduğuna dayanarak davanın esastan reddedilmesine karar vermektedir.

FOOTNOTE

¹⁰ Zehra Şeker, Deniz Yoluyla Yük Taşınmasında Sigorta Himayesinin Kapsamı, p. 33.

¹¹ Algantürk White, Kulüp Sigortası, p. 42.

¹² Burucuoğlu, P&I Çerçevesinde Teminatın Kapsamı, p. 44.

DİPNOT

¹⁰ Zehra Şeker, Deniz Yoluyla Yük Taşınmasında Sigorta Himayesinin Kapsamı, s. 33.

¹¹ Algantürk White, Kulüp Sigortası, s. 42.

¹² Burucuoğlu, P&I Çerçevesinde Teminatın Kapsamı, s. 44.

PART 7

**C. Types And Limitations Of
The Assurance**

P&I (Protection & Indemnity) clubs, contrary to their name, offer various kinds of coverages other than protection and indemnity, such as demurrage and war risks, and engage in reinsurance operations with other insurers. However, for the sake of not exceeding the scope of this study, the protection and indemnity category, which are the main activities of the clubs, will be emphasised. Meanwhile, since it would be beyond the scope of this study to list all kinds of claims that are covered by protection and indemnity, information will be given on the most common types of coverage.

1. Coverages for Seamen:

The definition of seamen set out in Article 934 of the TCC¹³ includes captains, officers, crew, and other persons employed on board, and the main reason for clubs to obtain a club guarantee for seamen is to secure the legal liability of the member. The scope of the guarantee is determined according to the existence of the member's liability to the seaman in question and the amount for which the member is liable, and the mentioned criteria depends on the law applicable to the contract between the member and the seafarer¹⁴.

2. Coverages for Passengers:

Passenger is defined in Article 1249/1 of the TCC as follows: "Persons transported on the ship with the consent of the carrier, on the basis of a passenger carriage contract by sea, or with regard to vehicles or livestock that are the subject of a freight contract that is not subject to the provisions of this Section, are considered passengers." In principle, the club insurance covers the damages incurred by the passengers only if they occur within the ship¹⁵.

3. Coverages for Cargo:

The operations of merchant ships are mostly dedicated to the carriage of cargo. Thus, cargo claims have been one of the most common claims submitted against clubs throughout the history of P&I clubs. As in regular insurance contracts, if an "All Risks" clause is included in the contract between

**C. Teminat Türleri Ve Tabi
Oldukları Sınırlar**

P&I (Protection & Indemnity: Koruma & Tazmin) kulüpleri, isimlerinin aksine, koruma ve tazmin etme haricinde demuraja ve sa-vaşa yönelik teminatlar gibi farklı teminatlar sunmakta ve diğer sigortacılar ile reasürans faaliyetlerinde bulunmaktadır. Ancak, işbu çalışmanın kapsamı dışına çıkmamak adına, kulüplerin ana faaliyetleri olan koruma ve tazmin kategorisi üzerinde durulacaktır. Aynı zamanda koruma ve tazmin kapsamına giren her çeşit talebi listelemek de çalışmanın amacını aşacağından, en sık rastlanan teminat türlerine dair bilgi verilecektir.

1. Gemi Adamlarına İlişkin Teminatlar:

TTK'nın 934. maddesinde¹³ düzenlenen gemi adamı tanımı kapsamına kaptanlar, gemi zabıtları, tayfalar ve gemide çalıştırılan diğer kişiler dahil olup, kulüplerin gemi adamlarına dair kulüp teminatı alınmasındaki temel sebep, üyeye dair hukuki sorumluluğu teminat altına almaktır. Teminatın kapsamı ise, üyenin mevzubahis gemi adamına karşı sorumluluğunun mevcudiyeti ve sorumlu olduğu meblağ uyarınca belirlenmekte olup sözü edilen kriterler üye ile gemi adamı arasındaki sözleşmeye uygulanacak hukuka bağlıdır¹⁴.

2. Yolculara İlişkin Teminatlar:

Yolcu, TTK'nın 1249/1. maddesinde, "Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesine dayanarak veya bu Bölüm hükümlerine tabi bulunmayan bir navlun sözleşmesinin konusu olan aracı veya canlı hayvanları gözetmek üzere, taşıyanın onayı ile gemide taşınan kişiler yolcu sayılır." ifadesi ile tanımlanmıştır. Yolcularda meydana gelen zararları, kulüp teminatı, kural olarak ancak geminin içerisinde gerçekleştiği takdirde karşılamaktadır¹⁵.

3. Yüke İlişkin Teminatlar:

Ticari gemilerin faaliyetleri çoğunlukla yük taşımacılığına özgülenmiştir. Bu nedenle, yüklere ilişkin tazmin talepleri, P&I kulüplerinin tarihi boyunca kulüplere karşı ileri sürülen en yaygın taleplerden olmuştur. Mutat sigorta sözleşmelerinde olduğu gibi, kulüp ile üye arasındaki sözleşmede "All Risks"

the club and the member, the coverage provided for the cargo will cover all kinds of damages as a rule, and the provisions with a narrower scope will limit the liability in different and limited ways, just as in other insurance contracts.

V. COLLECTION OF MARITIME CLAIMS WITH P&I LETTER OF GUARANTEE

The primary use of the letters of guarantee obtained by members from P&I clubs can be considered as the collection of the relevant letter of guarantee, like other letters of guarantee. However, the club letter of guarantee is not primarily provided for collection, but for the sake of providing benefits to the member in the settlement of a possible claim. During the settlement process of these claims, which is carried out without an attorney-client relationship between the parties, the principal function of the club letters of guarantee is not to obtain a financial compensation, unlike the letters of guarantee provided by banks or insurance companies, but to take preventive measures against the claims that the member may encounter, to carry out technical inspections, to serve as a fully organised law firm and, if necessary, to mediate between the parties of the dispute¹⁶, basically, to eliminate the negative position that the member is experiencing.

Another important benefit of the club letter of guarantee is the release of arrested vessels. Remedies for the release of vessels ar-

düzenlemesine yer verildiği takdirde yüke sağlanan teminat kural olarak her türlü zararı kapsamakta, daha dar kapsama sahip düzenlemeler ise yine aynı diğer sigorta sözleşmelerinde olduğu gibi sorumluluğu farklı ve dar biçimlerde sınırlandıracaktır.

V. GEMİ ALACAKLARININ P&I TEMİNAT MEKTUBU İLE TAHSİLİ

Üyelerin P&I kulüplerinden edindikleri teminat mektuplarının ilk kullanım amacı, diğer teminat mektuplarına benzer şekilde, ilgili teminat mektubunun tahsil edilmesi olarak düşünülebilmektedir. Ancak, kulüp teminat mektubu temel olarak tazmin edilmesi için değil, olası bir taleplerin halli sürecinde üyeye fayda sağlaması saiki ile temin edilmektedir. Taraflar arasında bir vekalet ilişkisi olmaksızın sürdürülen bu taleplerin halli sürecinde, kulüp teminat mektuplarının asıl işlevi, bankaların veya sigorta şirketlerinin sağladığı teminat mektuplarının aksine bir maddi tazminat elde etmek değil; üyenin karşılaşılabileceği taleplere karşı önleyici tedbirler alınması, teknik tespitlerin gerçekleştirilmesi, tam teşkilatlı bir hukuk bürosu gibi hizmet verilmesi ve gerektiği takdirde uyuşmazlığın tarafları arasında arabuluculuk yapılması gibi faaliyetlerin sağlanması olup¹⁶, kısaca, üyenin içerisinde bulunduğu olumsuz durumu bertaraf etme amacı taşımaktadır.

Kulüp teminat mektubunun önemli katkı sağladığı noktalardan biri ise tutuklanan gemilerin serbest bırakılmasıdır. Özel hukuktan



FOOTNOTE

¹³ "Shipmen; captain, ship's officers, crew and other persons employed on board."

¹⁴ Acar, P&I, p. 117.

¹⁵ Acar, P&I, p. 123 ff.

¹⁶ Acar, P&I, p. 9.

DİPNOT

¹³ "Gemi adamları"; kaptan, gemi zabıtları, tayfalar ve gemide çalıştırılan diğer kişilerdir.

¹⁴ Acar, P&I, s. 117.

¹⁵ Acar, P&I, s. 123 vd.

¹⁶ Acar, P&I, s. 9.

PART 7

rested for reasons arising from private law in return for a letter of guarantee in sufficient amount are applied both in Turkish law and in various other legal systems. However, while the letters of guarantee provided by banks and insurance companies are obtained through relatively long processes, the clubs provide such service free of charge and more rapidly, so that the damages arising from the arrest of the vessel, where even short periods are important, are terminated as early as possible. Furthermore, it should be noted that, occasionally, the clubs demand a collateral guarantee from the member in the form of a "counter-guarantee". This is because the club does not take over the dispute by providing a letter of guarantee in accordance with a concrete case and is protected from the unfair income that the member may obtain from the club thanks to the counter-guarantee.

As stated above under the heading "P&I Club's Power of Discretion", the club has an absolute discretion in all matters, including its activities regarding the letter of guarantee. Accordingly, it would be erroneous to conclude that the letter of guarantee in question can be unconditionally collected from the club by treating it as a customary letter of guarantee, when even providing a letter of guarantee is not included among the debts of the club¹⁷. The club shall use its absolute discretion in the collection requests made based on the letter of guarantee, just as it did when providing the letter of guarantee.

kaynaklanan sebeplerle tutuklanan gemilerin yeterli tutarda bir teminat mektubu karşılığında serbest bırakılmasına dair çareler gerek Türk hukukunda gerekse diğer çeşitli hukuk sistemlerinde uygulanmaktadır. Ancak, bankaların ve sigorta şirketlerinin sunduğu teminat mektupları nispeten uzun süreçler sonucunda elde edilirken, kulüpler söz konusu hizmeti ücretsiz olarak ve daha hızlı şekilde sunmakta, dolayısıyla kısa sürelerin dahi önem taşıdığı geminin tutuklanmasından doğan zararlar mümkün olduğunca erken sona ermektedir. Mezkûr imkânın yanı sıra, kulüplerin zaman zaman üyeden "karşı güvence" niteliğinde bir teminat talebi ile karşılaştığını belirtmek gerekmektedir. Zira kulüp somut bir olay uyarınca teminat mektubu sunarak uyuzmazlığı devralmamakta, karşı güvence sayesinde ise üyenin kulüpten elde edebileceği haksız gelirden korunmaktadır.

Yukarıda "P&I Kulübünün Takdir Yetkisi" başlığı altında ifade edildiği üzere, kulüp, teminat mektubuna dair faaliyetleri de dahil olmak üzere, her konuda mutlak bir takdir yetkisine sahiptir. Öyle ki, teminat mektubu sağlamak dahi kulübün borçları arasında yer almazken¹⁷ söz konusu teminat mektubunun mutlak bir teminat mektubu gibi değerlendirilerek kulüpten kayıtsız şartsız tazmin edilebileceği değerlendirilmesine varmak hatalı olacaktır. Kulüp, aynı teminat mektubu sağlarken olduğu gibi, söz konusu teminat mektubuna dayanılarak bulunulan tahsil taleplerinde de yine takdir yetkisini mutlak olarak kullanacaktır.

To summarise, as a rule, it can be said that it is not possible to collect the letter of guarantee unconditionally. Whilst it is possible to demand the collection from the club, such collection can only be realised if the club uses its discretionary power in that respect.

VI. CONCLUSION

During the operation of maritime trade, the insurance and the letters of guarantee provided by P&I clubs are vital for the whole industry stakeholders. In this respect, the history of marine insurance, obligations of the parties in club insurance, discretionary power of the club, which has a significant role in the granting and execution of club insurance, and the collection of claims subject to maritime law with a club letter of guarantee have been examined in this article.

As explained in this article, although the collection of letters of guarantee is not as unconditional or common as the letters of guarantee provided by banks or insurance companies, especially in a foreign state's sovereign territory, club insurance has been the optimal remedy for hundreds of years for those who face claims under the maritime law.

Özetlemek gerekirse, kural olarak, teminat mektubunu koşulsuz ve şartsız şekilde tahsil etmenin mümkün olmadığı söylenebilecektir. Söz konusu tahsilatın kulüpten talep edilebilmesi mümkün olmakla beraber, tahsilat ancak kulübün takdir yetkisini bu yönde kullanması ile gerçekleştirilebilmektedir.

VI. SONUÇ

Deniz ticaretinin işleyişinde P&I kulüplerinin ve P&I kulüpleri tarafından sağlanan teminat mektuplarının sağladığı güvence, sektörün tüm paydaşları için önem arz etmektedir. Bu kapsamda; deniz sigortalarının tarihçesi, kulüp sigortasında taraflarının yükümlülükleri, kulüp sigortasının sağlanması ve uygulanmasında önemli yer tutan kulübün takdir yetkisi ile deniz hukukuna tabi alacakların kulüp teminat mektubu ile tahsili başta olmak üzere kulüp sigortasına ilişkin konular çalışmamız içerisinde incelenmiştir.

Makale kapsamında açıklandığı üzere, teminat mektuplarının bankalar veya sigorta şirketleri tarafından sağlanan teminat mektupları gibi tahsilatı diğer mezkûr teminat mektupları gibi koşulsuz veya yaygın olmasa da özellikle yabancı bir devletin egemenlik alanında deniz hukuku kapsamında taleplerle karşılaşan kişilerin başvurabileceği optimal yol yüzlerce yıldır kulüp sigortası olarak geçerliliğini korumaktadır.



FOOTNOTE

¹⁷ Acar, P&I, p. 378.

BIBLIOGRAPHY

DİDEM ALGANTÜRK WHITE, Deniz Sigorta Hukukunda Kulüp Sigortası, İstanbul 2006.

GÖKTUĞ BURUCUOĞLU, Kulüp Sigortası (P&I) Çerçevesinde Eşyanın Ziyayı veya Hasarı Halinde Teminatın Kapsamı, (Date Accessed: 18.12.2023) <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/68554/?sequence=1>.

HACI KARA, Sigorta Hukuku, Second Edition, İstanbul 2021.

İLKNUR ULUĞ CİCİM, "Tarihsel Gelişim Süreci Bağlamında Deniz Sigortaları", Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, C. 22, S. 86, 2023.

SERDAR ACAR, Kulüp Sigortası (P&I), (Date Accessed: 18.12.2023) <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/43189.pdf>.

ZEHRA ŞEKER, Deniz Yoluyla Yük Taşınmasında Sigorta Himayesinin Kapsamı, (Date Accessed: 18.12.2023) <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/34315.pdf>.

KAYNAKÇA

DİDEM ALGANTÜRK WHITE, Deniz Sigorta Hukukunda Kulüp Sigortası, İstanbul 2006.

GÖKTUĞ BURUCUOĞLU, Kulüp Sigortası (P&I) Çerçevesinde Eşyanın Ziyayı veya Hasarı Halinde Teminatın Kapsamı, (Erişim: 18.12.2023) <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/68554/?sequence=1>.

HACI KARA, Sigorta Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2021.

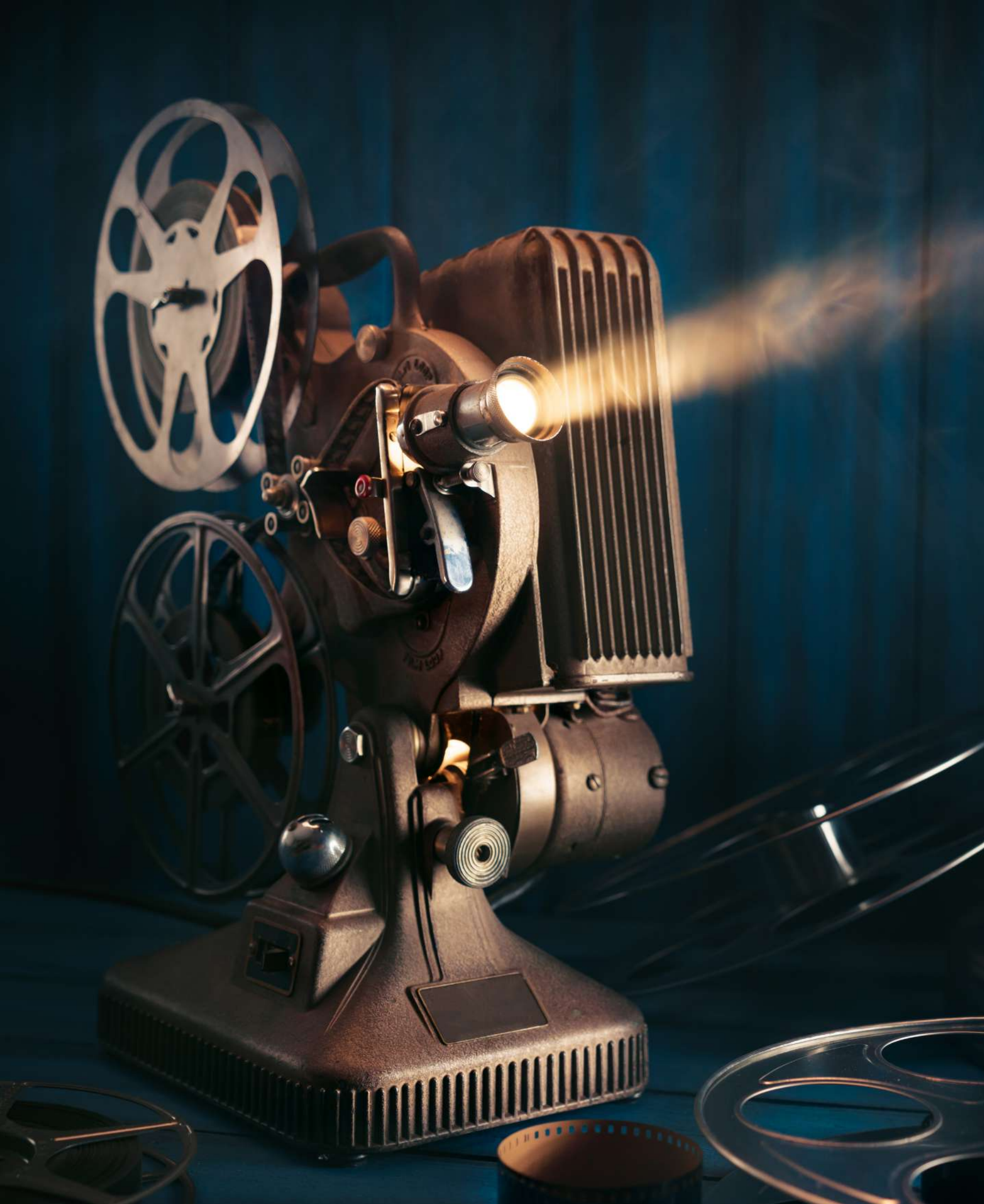
İLKNUR ULUĞ CİCİM, "Tarihsel Gelişim Süreci Bağlamında Deniz Sigortaları", Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, C. 22, S. 86, 2023.

SERDAR ACAR, Kulüp Sigortası (P&I), (Erişim: 18.12.2023) <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/43189.pdf>.

ZEHRA ŞEKER, Deniz Yoluyla Yük Taşınmasında Sigorta Himayesinin Kapsamı, (Erişim: 18.12.2023) <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/34315.pdf>.

DİPNOT

¹⁷ Acar, P&I, s. 378.



PART 8

**“THE GREEN MILE”-
LEGAL ANALYSIS**

“THE GREEN MILE”-
HUKUKİ TAHLİL

CEM BALKAN

PART 8

ABSTRACT | ÖZET

"The Green Mile", which is one of the important works to evaluate the effects of the death penalty, and it strikingly shows the violations of the rights suffered by prisoners during the execution process.

İdam cezalarının yaratmış olduğu etkileri değerlendirmek adına önemli yapıtlardan olan "The Green Mile", mahkumların idam sürecinde uğradıkları hak ihlallerini çarpıcı bir şekilde göstermektedir.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELER

Justice, Judgment, Death Penalty, Innocence.

Adalet, Yargılama, İdam Cezası, Masumiyet.

I. INTRODUCTION

Considered one of the masterpieces among the movies in the drama category and directed by Frank Darabont, "The Green Mile" tells the story of Paul, a prison guard, and his experiences in 1935 in a prison with death row inmates. In the movie, where the road to execution is depicted as the "Green Mile", the execution of more than one prisoner is featured, but the judicial process of the prisoner named John Coffey is more emphasized. The main reasons are the meekness underlying his appearance, the fact that Paul condones the execution knowing that he did not commit the crime, and the fact that John is remembered in the world as the murderer and rapist of two little girls, despite the lives he touched with his powers. The movie, which has achieved success in the drama category, is considered in both drama and fantasy categories due to John's special powers. "The Green Mile", which was released in the last year of the twentieth century, managed to get 8.5 points from the audience on IMDB and won the "Favorite Motion Picture" and "Favorite Dramatic Movie" categories at the People's Choice Awards. It also won the "Best Action/Adventure/Thriller Movie" category at the Saturn Awards, successfully demon-

I. GİRİŞ

Dram kategorisinde yer alan filmler arasında baş yapıtlardan biri olarak kabul edilen ve Frank Darabont'un yönetmenliğinde yayına giren "The Green Mile", gardiyan olan Paul'un 1935 senesinde idam cezasıyla yargılanan mahkumların bulunduğu hapis-hanede yaşamış olduğu deneyimlerini anlatmaktadır. İdam yoluna giden yolun "Yeşil Yol" olarak tasvir edildiği filmde birden fazla mahkumun idamına yer verilmiş olsa da, John Coffey adlı mahkumun yargılama sürecinin üstünde daha çok durulmuştur. Görünüşünün altında yatan uysallığı, suçu işlememiş olduğunu bile bile Paul'un idama göz yumması ve John'un sahip olduğu birtakım güçler ile dokunduğu hayatlara rağmen, dünyada iki küçük kızın katili ve tecavüzcüsü olarak anılıyor olması başlıca nedenlerdendir. Dram kategorisinde başarılarına imza atmış olan film, John'un sahip olduğu özel güçlerin varlığı sebebiyle hem dram hem de fantastik kategorilerinde değerlendirilmektedir. Yirminci yüzyılın son senesinde yayınlanmış olan "The Green Mile", izleyicilerden IMDB'de 8.5 puan almayı başarmış, insanların seçim Ödüllerinde "En Sevilen Çok Yönlü Sinema Filmi", "En Sevilen Dramatik Film" kategorilerinde ödül kazanmıştır. Ayrıca Saturn Ödüllerinde "En İyi Aksiyon/ Macera/ Gerilim Filmi" katego-



strating that it has more than one category in one movie.

II. EVALUATION OF JOHN COFFEY'S JUDICIAL PROCESS WITHIN THE FRAMEWORK OF UNIVERSAL LEGAL PRINCIPLES

A. The Necessity of Recognizing Human Dignity

A prisoner whose big size attracts notice is brought to the prison where inmates are sentenced to death. Paul, who does not know what crime the prisoner is being tried for, treats the prisoner as he should, but there is a problem with the way John is brought to the prison by the guards. The fact that John is brought in with his feet chained and accompanied by the words "Dead Man!" stands out as a detail that shows the disregard for human honor and dignity. Later in the movie, it is seen that other prisoners are also treated in a way that violates human dignity. In this context, it can be stated that the treatment of John in this way cannot be reconciled with racism and that this behavior does not occur only in the case of black prisoners.

risini de kazanarak birden fazla kategoriye tek bir filmde barındırdığını başarıyla göstermiştir.

II. JOHN COFFEY'İN YARGI SÜRECİNİN EVRENSEL HUKUK İLKELERİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. İnsan Onurunun Tanınmasının Gerekliliği

İdam cezasına çarptırılan mahkumların olduğu hapis-haneye, iri cüssesiyle dikkat çeken bir mahkum getirilmiştir. Mahkumun hangi suçla yargılandığını bilmeyen Paul, mahkuma olması gerektiği şekilde davransa da, John'un gardiyanlar tarafından hapis-haneye getiriliş şeklinde problem bulunmaktadır. John'un ayaklarının zincirlenerek ve "Dead Man!" sözleri eşliğinde getirilmesi, insan onurunun ve haysiyetin hiçe sayıldığını gösteren detay olarak göze çarpmaktadır. Filmin ilerleyen dakikalarında diğer mahkumlara da insan onurunu zedeleyecek biçimde davranıldığı görülmektedir. Bu bağlamda, John'a bu şekilde davranılmasının ırkçılık ile bağdaştırılmayacağı ve sadece siyahi mahkumlar özelinde bu davranışların gerçekleşmediği ifade edilebilecektir.

PART 8

The behavior of the guards is incompatible with universal human rights principles. Everyone, no matter how much of a prisoner they are, has honor and dignity and should not be treated in a way that would prejudice this. Acting in this manner toward death-row inmates who are aware of their impending execution is inconsistent with the ruling's purpose. While describing his experiences in prison, Paul stated that the events took place in 1935. Considering the historical process, it is controversial whether it provides sufficient protection within the scope of human rights protection.

Considering the situation in today's world, it should be noted that although the problems regarding the value given to human dignity have not been completely overcome, human dignity and human rights, which should be possessed at a minimum level in general, are more firmly secured in accordance with the rules of international law than in previous periods. For example, protocol number 13 of the European Convention on Human Rights ("Convention") noted that it is essential to recognize inherent human dignity¹. Subsequently, the countries that are party to the Convention have introduced regulations to protect human dignity in their legal systems.

If it is desired to make an evaluation on this issue under Turkish Law, Article 17 of the Constitution provides guidance on this issue; "No one shall be subjected to torture or mal-treatment; no one shall be subjected to penalties or treatment incompatible with human dignity"². The fact that Turkey's basic law guarantees the human dignity and honor of prisoners plays an influential role in the recognition of human dignity. From the behavior of the guards in the movie, it is an undeniable fact that the treatment of prisoners in John's period was more damaging to human honor and dignity, and that the prisoners were in a more vulnerable position in terms of recognition of human honor and dignity compared to today.

B. Right to Fair Trial

The first thing that catches Paul's attention is John's calmness and silence towards the guards. When Paul examines the file to find out what kind of crime John has committed

Gardiyanların gerçekleştirmiş olduğu bu davranışlar, evrensel insan hakları ilkeleriyle bağdaşmayacak minvaldedir. Her ne kadar mahkum da olursa, herkesin sahip olduğu bir onur ve haysiyet bulunmakta ve bu duruma halel gelecek tutumlarda bulunulmamalıdır. İdam cezasına çarptırılan, sonunun ölüm olacağını bilen mahkumlara karşı bu şekilde davranmak, yargılamanın sonucunda elde edilmek istenen amaç ile uygun düşmemektedir.

Hapishanedeki deneyimlerini anlatırken Paul, 1935 yılında olayların geçtiğini belirtmiştir. Tarihsel süreci de dikkate aldığımızda, insan haklarının korunması kapsamında yeterli düzeyde koruma sağlayıp sağlayamadığı konusu tartışmalıdır. Günümüz dünyasındaki duruma bakıldığında, insan onuruna verilen değerdeki sorunlar tam olarak aşılmasa da insan onurunun ve genel anlamda asgari düzeyde sahip olunması gereken insan haklarının, uluslararası hukuk kuralları uyarınca geçmiş dönemlere nazaran daha sağlam bir şekilde güvence altına alındığını belirtmek gerekmektedir. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ("Sözleşme") 13 numaralı protokolü, doğuştan sahip olan insan onurunun tanınmasının elzem olduğuna dikkat çekmiştir¹. Daha sonrasında Sözleşme'ye taraf olan ülkeler, kendi hukuk sistemlerinde insan onurunun korunmasına yönelik düzenlemeler getirmiştir.

Türk Hukuku nezdinde bu konuda bir değerlendirme yapılmak istenirse, Anayasa'nın 17. maddesi bu konuda yol göstericidir; "Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz"². Türkiye'nin temel yasasında da mahkumların insan onurunun ve haysiyetinin güvence altına alınmış olması, insan onurunun tanınması adına etkileyici bir rol oynamaktadır. Filmdeki gardiyanların gerçekleştirmiş olduğu davranışlardan, John'un döneminde mahkumlara olan muamelelerin insan onurunu ve haysiyetini daha zedeleyici türden olduğu, insan onurunun ve haysiyetinin tanınmasında günümüze nazaran mahkumların daha savunmasız bir konumda oldukları yadsınamaz bir gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır.

B. Adil Yargılanma Hakkı

Paul'un dikkatini çeken ilk şey, John'un gardiyanlara karşı olan sakinliği ve sessizliğidir. John'un ne tür bir suç işleyerek idam cezasıyla karşı karşıya kaldığını öğrenme adına

to face the death penalty, he doesn't know what to say to what he read. The file states that when the two young daughters of a family disappear, the townsfolk begin searching everywhere for them while carrying weapons. As the townspeople continue their frantic and frightened search for the little girls, they hear the sound of John Coffey crying. Then they come across a horrifying scene. Seeing the lifeless bodies of the two little girls in John Coffey's hands, the girls' father attacks John.

On first impression, John's crying is perceived as a sign of remorse. But remorse for what? Remorse for committing the crime? Or of not being able to prevent the death of little girls? On his first day in prison, John's statement to Paul: "I couldn't help myself. I tried to take it back, but it was too late." clearly suggests a sadness and remorse for his inability to stop himself from committing the crime.

Unfortunately, since we, as viewers, cannot witness John's judicial process in the movie, we can only make limited assessments as to whether the judgment was conducted properly or not. As mentioned, considering that the events took place in 1935 and the influence of the law under the conditions of that period, there are doubts about whether John's judgment was conducted in accordance with the law. The reason is that the trials carried out in those periods did not meet the elements required by universal legal principles.

It seems that the aim is to guarantee the right to a fair trial with Article 6 of the European Convention on Human Rights in order to determine the universal legal principles that must be followed during the judicial process³. The first of the elements that must be met in order to ensure the right to a fair trial is that the authorities that will decide on the fate of those who are criminally tried must be impartial and independent. If the opposite situation occurs, it cannot be said that the right to a fair trial has been established. If it is proven that the judicial authorities decided impartially; This is possible if they do not take sides in any way when making a judgment, they approach everyone with the same attitude and they do not make any decisions that will lead to discrimination.

Although we cannot witness John's judicial process in the movie, the possibility that prejudices against black people may have

dosyayı inceleyen Paul, okudukları karşısında ne diyeceğini bilemez. Dosyaya göre, bir ailenin iki küçük kız çocuğunun kaybolması sonrasında, kasabadakiler ellerinde silahlarla küçük kızları her yerde aramaya başlarlar. Kasaba mahalinde, her yerde küçük kız çocuklarını telaş içinde ve korkuyla aramaya devam ederken, John Coffey'in ağlama sesini duyarlar. Daha sonrasında dehşet verici manzarayla karşılaşır. İki küçük kızın cansız bedenini John Coffey'in elinde gören kızların babası, John'a saldırır.

İlk izlenime göre, John'un ağlaması bir pişmanlık göstergesi olarak algılanmaktadır. Ancak neyin pişmanlık göstergesidir? Suçu işlemesindeki pişmanlık mı? Yoksa küçük kızların ölümüne engel olamamanın mı? Hapishanedeki ilk gününde John'un Paul'a olan "Kendime engel olamadım. Geri almaya çalıştım ancak olmadı." ifadesi üzerine, açığı suçu işlediği sırada kendisine engel olamamasından doğan bir üzüntü ve pişmanlığı söz konusuymuş gibi gözler önüne serilmektedir.

Ne yazık ki, izleyiciler olarak John'un yargılama sürecine filmde tanık olamadığımızdan, yargılamanın gerektiği şekilde yapıp yapılmadığına dair sınırlı çerçevede değerlendirmelerde bulunabilmekteyiz. Bahsedildiği üzere, yaşanan olayların 1935 yılında gerçekleşmiş olduğu, o dönemin koşullarında hukukun etkisi de dikkate alındığında, John'un yargılamanın hukuka uygun şekilde yapıldığı konusunda şüpheler mevcuttur. Sebep ise, o dönemlerde yapılan yargılamaların evrensel hukuk ilkelerinin gerektirdiği unsurları karşılamamasıdır.

Yargılama sürecinde uyulması gereken evrensel hukuk ilkelerini belirlemek adına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi ile adil yargılanma hakkının güvence altına alınmasının hedeflendiği görülmektedir³. Adil yargılanma hakkının sağlanması adına karşılanması gereken unsurlardan ilki, ceza olarak yargılananların akıbeti konusunda karar verecek olan mercilerin tarafsız ve bağımsız olması zorunluluğudur. Aksi durumun gerçekleştiği takdirde, adil yargılanma hakkının tesis edildiğinden söz edilemez. Yargılama makamlarının tarafsız olarak karar verdiklerinin sabit olması ise; hüküm verirken hiçbir şekilde taraf tutmamaları, herkese karşı aynı tutumda yaklaşmaları ve herhangi bir ayrımcılığa vesile olacak karar vermemeş olmalarıyla mümkün olabilmektedir.

DİPNOT

¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m.13, 03.09.1953, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_on_TUR (Erişim tarihi: 23.01.2024).

² Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, m.17, 18/10/1982, 17863 sayılı Resmî Gazete, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709.pdf> (Erişim tarihi: 23.01.2024).

³ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m.6, 03.09.1953, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_on_TUR (Erişim: 23.01.2024).

FOOTNOTE

¹ European Convention on Human Rights, Article 13, 03.09.1953, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_TUR (Access Date: 23.01.2024).

² The Official Translation of Constitution of The Republic of Turkey, Article 17, May 2019, https://www.anayasa.gov.tr/media/7258/anayasa_eng.pdf (Access Date: 23.01.2024).

³ European Convention on Human Rights, Article 13, 03.09.1953, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_TUR (Access Date: 23.01.2024).

PART 8

affected the trials should be taken into consideration in a time when racism was very common. If the courts have a prejudice towards John, it may be concluded that the principle of impartiality was not met and a fair trial was not conducted.

Another striking detail in the later minutes of the movie is the conversation between Paul and his lawyer, who visits Paul to learn more about the file. According to the lawyer, the fact that he had the victims in his possession was sufficient evidence as to whether John had committed this crime. He further stated that he was defending John on the basis of the right of everyone to be defended. He then explicitly pointed out that John Coffey was guilty and should not be doubted in any way. However, did the attorney providing this advice truly adequately represent John? Although there is no scene showing the lawyer making a defense, I think that John's lawyer did not make the necessary effort to reach the material truth.

Therefore, there is doubt about the existence of the facilities that John should have during the process of exercising his right to defense, one of the requirements sought to ensure the right to a fair trial⁴.

At the stage where the public case is heard, the crime subject to judgment is evaluated as fixed; Making a detailed evaluation of the incident and discussing all the evidence obtained is possible with the existence of a clear opinion in the presence of the judicial authorities that the accused crime was committed by the defendant. Although the fact that the dead bodies of the victims were found in John's possession is an important factor in reaching the material truth of the incident, it should not be sufficient on its own to establish a criminal charge. As a result of investigating all the evidence that can be obtained regarding the incident, it must be proven that it was committed by John.

Based on the principle of "Presumption of Innocence" stipulated by universal legal principles and fundamental legal doctrines, John should have benefited from this principle during the judicial process. In accordance with the principle of presumption of innocence, John must be considered innocent during the period until the authorities decide that the crime has been committed.

John'un yargılama sürecine filmde tanık olmuyor olsak da, ırkçılığın çok yaygın olduğu bir dönemde, siyahi insanlara karşı sahip olunan önyargıların yargılamalara etki etmiş olma ihtimali dikkate alınmalıdır. Mahkemelerin John hakkında bir önyargıları oluşmuş ise, tarafsızlık ilkesinin karşılanmadığı ve adil şekilde bir yargılama yapılmamış olduğu sonucu ile karşılaşılabilecektir.

Filmin ilerleyen dakikalarında göze çarpan bir diğer detay ise, dosya hakkında daha fazla bilgi edinmek adına avukatı ziyaret eden Paul ile avukatı ile arasında geçen konuşmadır. Avukata göre, kurbanların ellerinde bulunması, John'un bu suçu işleyip işlemediği konusunda yeterli bir delil teşkil etmektedir. Bunun yanında, herkesin sahip olduğu savunulma hakkı vesilesiyle John'u savunduğunu belirtmiştir. Daha sonrasında açıkça John Coffey'in suçlu olduğunu ve hiçbir şekilde şüphe edilmemesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Peki gerçekten de bu düşünceye sahip olan avukat, John'u gerektiği gibi savunmuş mudur? Avukatın savunma yaptığını gösteren sahne bulunmasa da John'un avukatının maddi gerçekliğe ulaşma adına gereken çabayı sarf etmediğini düşünmekteyim.

Dolayısıyla, adil yargılanma hakkının sağlanması adına aranan gerekliliklerden savunma hakkının kullanıldığı süreçte, John'un sahip olması gereken kolaylıkların varlığı konusunda kuşkuyla düşülmektedir⁴.

Kamu davasının görüldüğü aşamada, yargılamaya konu olan suçun sabit olarak değerlendirilmesi; olaya ilişkin etraflıca değerlendirmelerin yapılması, elde edilen tüm delillerin tartışılması, yargılama makamları nezdinde isnat edilen suçun sanık tarafından işlendiğine yönelik net bir kanaatin varlığı ile mümkün olmaktadır. Kurbanların cansız bedenlerinin John'un elinde bulunmuş olması, olaya ilişkin maddi gerçeğe ulaşılmaması yönünden etki edecek bir unsur olsa da, suç isnadının sabit olması adına tek başına yeterlilik teşkil etmemelidir. Olaya ilişkin elde edilebilecek tüm delillerin araştırılması sonucu, John tarafından işlendiğinin sabit olması gerekmektedir.

Evrensel hukuk kuralları ve temel hukuk doktrinlerinin öngördüğü "Masumiyet Karinesi" ilkesinden hareketle, John'un yargılama esnasında bu ilkedan yararlandırılmış olması gerekmektedir. Masumiyet karinesi ilkesi gereğince, merciler tarafından suçun işlendiğinin sabit olduğuna karar verinceye

The necessity of John's trial by observing the aforementioned principle arises from the right to a fair trial, which is indispensable to be guaranteed⁵.

Since evaluations regarding the judicial process can only be made in a limited way, John was considered a criminal in the eyes of almost everyone, from the first moment of the incident until the execution process. Although it is hopeful for the audience that Paul does not want to believe that John might have committed the crime at the time of the crime, how can John benefit from the presumption of innocence in a circumstance when even his lawyer believes John is guilty?

III. THE ROAD TO THE DEATH PENALTY: THE GREEN MILE

In the movie, which tells the experiences of Paul, who worked as a guard during the period when the death penalty was not banned, we witness the execution process of more than one prisoner, until the execution scene of John Coffey. Although we do not have information about the reasons why the prisoners were sentenced to death in the movie, we can see how the death penalty was implemented.

If we want to comment on the way the death penalty is carried out, we can see that the execution scenes are not shown in front of the public in the square, as we are used to from movies and TV series, but in a room in the prison, in front of limited people.

According to the statements made by the guards to the prisoners during the execution of the death penalty, there is a procedure prescribed by law. According to the applicable law, prisoners were subjected to electrocution until death occurred.

In my opinion, in a period when trials were so limited, the imposition of the death penalty on prisoners who have not been proven guilty is far from the modern understanding of law. If we look at Article 1 of Protocol No. 13 of the European Convention on Human Rights in order to determine the prevailing understanding in today's legal systems, it is pointed out that the death penalty has been

kadar geçen sürede, John'un masum olarak kabul edilmiş olması gerekmektedir. Sözü edilen ilkenin gözetilerek John'un yargılama sürecinin yapılmasının gerekliliği, güvence altına alınması zaruri olan adil yargılanma hakkından doğmaktadır⁵.

Yargı sürecine ilişkin değerlendirmeler sınırlı olarak yapılabildiğinden, bu konuda sadece tahmin yürütüldüğünde, olayın ilk anından idam sürecine kadar John, neredeyse herkesin gözünde bir suçlu olarak değerlendiriliyordu. Paul'un suçu işleme noktasında John'un yapmış olabileceğine inanmak istemiyor oluşu biz izleyiciler için umut verici de olsa, avukatının bile John'u suçlu olarak gördüğü bir durumda, John'un masumiyet karinesinden yararlanmış olması nasıl mümkün olmuş olabilir ki?

III. İDAM CEZASINA GİDEN YOL: YEŞİL YOL

İdam cezasının yasaklanmadığı dönemde gardiyan olarak görev yapan Paul'un yaşadığı deneyimlerin anlatıldığı filmde, John Coffey'in idam sahnesine kadar birden fazla mahkumun idam ediliş sürecine tanık olmaktadır. Filmde mahkumların hangi gerekçelerle idam cezalarına hükmedildiğine dair bilgi sahibi olamıyor olsak da, idam cezasının ne şekilde uygulandığını görebilmekteyiz.

İdam cezasının uygulanış biçimi yorumlanmak istenirse, genel olarak filmlerden ve dizilerden alışık olduğumuz şekilde meydana halkın önünde değil, hapisnede bir odada, sınırlı kişilerin önünde gerçekleştirilen idam sahneleri gösterilmiştir.

İdam cezasının uygulanması sırasında gardiyanların mahkumlara karşı yaptıkları açıklamalara göre, yasa tarafından kararlaştırılmış bir prosedür bulunmaktadır. Yürürlükte olan yasa gereği, ölümün vuku bulmasına kadar mahkumlar elektrige maruz bırakılmaktaydı.

Fikrimce, yargılamaların bu kadar sınırlı yapıldığı bir dönemde, tam olarak suçlu olduğu kanıtlanmayan mahkumların idam cezasına çarptırılması, modern hukuk anlayışından tam anlamıyla uzak kalmaktadır. Günümüzdeki hukuk sistemlerinde hakim olan anlayışın tespiti adına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13 numaralı protokolünün 1. maddesine bakılırsa, ölüm ce-

FOOTNOTE

⁴ European Convention on Human Rights, Article 13, 03.09.1953, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_TUR (Access Date: 23.01.2024).

⁵ "Masumiyet Karinesi Nedir?"-<https://web.archive.org/web/20120229175110/http://www.aihm.info/index.php?p=masumiyet-karinesi-nedir> (Access Date, 09.01.2024).

DİPNOT

⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m.6, 03.09.1953, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_TUR (Erişim: 23.01.2024).

⁵ "Masumiyet Karinesi Nedir?"-<https://web.archive.org/web/20120229175110/http://www.aihm.info/index.php?p=masumiyet-karinesi-nedir> (Erişim Tarihi, 09.01.2024).

PART 8

abolished and no one can be sentenced to this punishment⁶.

Essentially, the reason for applying the death penalty in the past was to increase deterrence and reduce crime rates. However, with the strengthening of state authority and the expansion of infrastructure, it was decided that the result sought to be achieved by the death penalty would be achieved by applying other sanctions. Thus, the concept of death penalty, which was widely applied in the past, has been abandoned in modern legal systems.

Although the movie includes more than one death penalty execution scene, the most impressive one is undoubtedly John Coffey's execution scene. Noticing the purity and refinement in this large prisoner, Paul⁷ did not believe that John could have committed this crime. From his first day in prison to his last, there was a strong bond between John and Paul, who treated him the way he should.

It became clear that Paul's thought was not wrong, thanks to John's supernatural powers. By showing Paul the person responsible for the deaths of the little girls with his powers, John proved his innocence to someone who truly trusted him. Paul, who later learned the truth, offered to release John from prison and allow him to escape. However, John has already accepted the end that awaits him and has deeply impressed us, the audience, by stating that he is very tired of this world.

The purity and refinement within John are felt even more by us with these words he said to Paul; *"Mostly I'm tired of people being ugly to each other. I'm tired of all the pain I feel and hear in the world every day. There's too much of it."*

John, who consented to his execution and was disadvantaged in every sense during the judicial process, was executed as Paul directed the process. Although it was difficult for Paul to order the execution knowing that he was innocent, he had to order the execution because he did not have any concrete evidence.

Even though John agreed to be executed, Paul, who knew the truth, should not have allowed this execution. Since John, who was completely innocent, was in a completely

zasının kaldırıldığını ve kimsenin bu cezaya çarptırılmayacağına dikkat çekilmiştir⁶.

Temelde geçmiş dönemlerde idam cezasının uygulanmasının nedeni caydırıcılığın artırılması ve suç işleme oranlarının azaltılması üzerine kurulmuştu. Ancak, devlet otoritesinin güçlenmesi, altyapının genişlemesi ile idam cezasıyla ulaşılmak istenen sonuca başka yaptırımların uygulanması ile elde edilmesine karar verilmiştir. Böylece, geçmiş dönemlerde yaygın olarak uygulanan idam cezası anlayışı, modern hukuk sistemlerinde terk edilmiştir.

Filmde birden fazla idam cezasının uygulanma sahnesine yer verilse de, aralarında kuşkusuz en etkileyici olanı John Coffey'in idam sahnesidir. İri bir yapıya sahip olan bu mahkumun içindeki saflığı ve arınmışlığı fark eden Paul⁷, John'un bu suçu işlemiş olabileceğine inanmamaktaydı. Hapishanedeki ilk gününden son güne kadar John ile ona olması gerektiği gibi yaklaşan Paul arasında kuvvetli bir bağ bulunmaktaydı.

Paul'un bu düşüncesinin yanlış olmadığı ise, John'un sahip olduğu doğaüstü güçler sayesinde kesinleşmişti. Küçük kızların ölümlünden sorumlu kişiyi, Paul'a sahip olduğu güçler ile gösteren John, masumiyetini ona gerçekten güvenen birine kanıtlamıştı. Daha sonrasında gerçeği öğrenen Paul, John'a, onu hapishaneden çıkarabileceğini ve kaçmasına izin vereceğini teklif etmiştir. Ancak John, onu bekleyen sonu çoktan kabullenmiş ve bu dünyada çok fazla yorulduğunu belirterek biz izleyicileri derinden etkilemiştir.

John'un içindeki saflık ve arınmışlık bizler tarafından Paul'a söylediği şu sözlerle daha da çok hissedilmektedir; *"Artık sona ersin istiyorum. İnsanların birbirine kötü davranmasından bıktım"*.

İdamına razı gelen ve yargılama sürecinde her anlamda dezavantajı yaşayan John, süreci Paul'un yönettiği şekilde idam edilmiştir. Masum olduğunu bile idamın sonuçlanmasını emretmek her ne kadar Paul için zor olmuş olsa da, elinde somut bir delil olmadığından idam emrini vermek durumunda kalmıştır.

Her ne kadar John idamına razı gelse de, gerçeği bilen Paul'un bu idama izin vermesi gerekirdi. Tam anlamıyla masum olan John, yargılama sürecinde tamamen savun-

defenseless position during the judicial process, he needed support to reach the material reality.

If the elements that could have the slightest impact on the judicial process had been thoroughly investigated, the course of events could have changed completely, and the execution of an innocent person would not have been condoned as a result of a proper judgment. As a result, justice would have been served more accurately.

IV. CONCLUSION

Thus, with the movie *"The Green Mile"*, we, the viewers, have the opportunity to examine in depth the violations of the rights of prisoners in the past. As a result of judicial processes carried out in an understanding that is completely far from modern legal norms, we witness that innocent people in a defenseless position can be unjustly punished and their right to life can be taken away.

In conclusion, *"The Green Mile"* conveys important messages in terms of identifying the elements sought for the establishment of human rights and the provision of justice. It draws attention to the fact that a full sense of justice can only be achieved if trials are conducted by independent and impartial authorities and a judicial system that is in line with universal legal principles is established.

BIBLIOGRAPHY

https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_TUR European Convention on Human Rights, 03.09.1953. (Access Date: 23.01.2024).

https://www.anayasa.gov.tr/media/7258/anayasa_eng.pdf, The Official Translation of Constitution of The Republic of Turkey, (Access Date: 09.01.2024).

<https://web.archive.org/web/20120229175110/http://www.aihm.info/index.php?p=masumiyet-karinesi-nedir>, Masumiyet Karinesi Nedir?, (Access Date: 09.01.2024).

<https://www.soylentidergi.com/the-green-mile-filminin-incelemesi>, "The Green Mile" filminin incelenmesi, (Access Date: 09.01.2024).

masız bir konumda olduğundan, maddi gerçeğe ulaşılması adına bir desteğe ihtiyacı bulunmaktaydı.

Eğer ki, yargılamaya en ufak şekilde etki edebilecek unsurlar tekrardan etraflıca araştırılırdı, olayın seyri tamamen değişebilir, gereken yargılamanın yapılması sonucu masum bir insanın idam edilmesine göz yumulmazdı. Bunun sonucunda da, adaletin tesisi daha doğru bir şekilde sağlanabilirdi.

IV. SONUÇ

Böylece *"The Green Mile"* filmi ile biz izleyiciler, geçmiş dönemlerde mahkumlar üzerinde gerçekleşen hak ihlallerini derinlemesine inceleme fırsatını bulmaktayız. Modern hukuk normlarından tamamiyle uzak bir anlayış içerisinde gerçekleştirilen yargılamalar sonucunda, savunmasız konumda masum insanların haksız yere cezalandırılabilmesine, yaşam haklarının ellerinden alınabileceğine şahit olmaktayız.

Sonuç olarak, *"The Green Mile"*, insan haklarının tesisi ve adaletin sağlanması adına aranan unsurların tespiti bakımından önemli mesajlar iletmektedir. Adalet duygusunun tam anlamıyla hissedilmesinin; yargılamaların bağımsız ve tarafsız mercilerce yapılması, evrensel hukuk ilkelerinin öngördüğü bir yargı sisteminin oluşturulması ile mümkün olabileceğine dikkat çekmektedir.

KAYNAKÇA

https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_TUR Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 03.09.1953, (Erişim: 23.01.2024).

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709.pdf>, 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 18.10.1982, (Erişim: 9.01.2024).

<https://web.archive.org/web/20120229175110/http://www.aihm.info/index.php?p=masumiyet-karinesi-nedir>, Masumiyet Karinesi Nedir?, (Erişim: 09.01.2024).

<https://www.soylentidergi.com/the-green-mile-filminin-incelemesi>, "The Green Mile" filminin incelenmesi, (Erişim: 09.01.2024).

FOOTNOTE

⁶ European Convention on Human Rights, Protocol 13 Article 1, 03.09.1953, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_TUR (Access Date: 23.01.2024).

⁷ "The Green Mile" Filminin İncelemesi", <https://www.soylentidergi.com/the-green-mile-filminin-incelemesi> (Access Date: 9.01.2024).

DİPNOT

⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Protokol no.13, m.1, 03.09.1953, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_TUR (Erişim: 23.01.2024).

⁷ "The Green Mile" Filminin İncelemesi", <https://www.soylentidergi.com/the-green-mile-filminin-incelemesi> (Erişim Tarihi: 9.01.2024).



PART 9

BUILD-OPERATE-TRANSFER MODEL AND ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION METHODS

YAP-İŞLET-DEVRET MODELİ
VE ALTERNATİF UYUŞMAZLIK
ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ

SUNA SELEN YAMAN
DİCLE IRMAK KARAYOL

PART 9

ABSTRACT | ÖZET

Within the framework of this study, first of all, the scope and features of the Build-Operate-Transfer Model (“BOT”) will be explained and the role of alternative dispute resolution methods in the resolution of disputes that may occur in the BOT model will be evaluated.

Bu çalışma çerçevesinde öncelikle Yap-İşlet-Devret Modeli’nin (“YİD”) kapsamı ve özellikleri anlatılarak YİD modelinde meydana gelebilecek uyuşmazlıkların çözümünde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının rolü değerlendirilecektir.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELELER

Built - Operate - Transfer Model, Alternative Dispute Resolution, Arbitration, Foreign Investments, Bit, Investment, Icsid, Civil Service Concession

Yap-İşlet-Devret Modeli, Alternatif Uyuşmazlık Yöntemleri, Tahkim, Yabancı Yatırımlar, Bit, Yatırımcılık, Icsid, Kamu Hizmeti İmtiyazı.

I. INTRODUCTION

Considering that foreign investors prefer the Build-Operate-Transfer model in international agreements, arbitration plays an important role in the resolution of disputes that may arise in the BOT process. For this reason, the resolution of disputes arising especially within the framework of the BOT will be examined concretely within the scope of a dispute in which Turkey and the USA are parties.

Many business disagreements have arisen as a result of the advancements and innovations in commercial interactions. Arbitration is the most popular means of alternative dispute resolution for resolving problems that may emerge in Build-Operate-Transfer model agreements, which foreign investors prefer when entering into international partnerships. Many advantages provided by the arbitration method are an incentive for investors, as the litigation method is insufficient within the scope of the resolution process of this dispute.

I. GİRİŞ

Yabancı yatırımcıların uluslararası anlaşmalarda Yap-İşlet-Devret modelini tercih etmeleri göz önünde bulundurulduğunda YİD sürecinde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümünde tahkim önemli bir rol oynamaktadır. Bu sebeple özellikle YİD çerçevesinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü Türkiye ve ABD’nin taraf oldukları bir uyuşmazlık kapsamında somut olarak incelenecektir.

Ticari ilişkilerin gelişmesi akabinde bu gelişmelere ve yeniliklere bağlı olarak birçok ticari uyuşmazlık meydana gelmiştir. Bu ticari uyuşmazlıklardan biri, yabancı yatırımcıların uluslararası anlaşmalar yaparken çoğunlukla tercih ettiği Yap-İşlet-Devret modeli anlaşmalarda ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü için alternatif uyuşmazlık yollarından en çok tercih edilen yöntemin tahkim olduğu görülmektedir. Tahkim yolunun sağladığı birçok avantaj dava yolunun bu uyuşmazlığın çözüm süreci kapsamında yetersiz kalmasıyla yatırımcılara teşvik niteliğinde olmaktadır.



II. ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTIONS

A. Alternative Dispute Resolution Methods

The increase and globalization of trade brings about an increase in commercial disputes. Although litigation seems to be a priority among traditional judicial remedies, after a while, alternative dispute resolution methods that examine more complex and technical issues have started to emerge due to various reasons. This system, which started to be institutionalized in the Anglo-Saxon legal system, became a common value of law over time and started to be used more widely.

The concept called conflict does not only belong to the field of law, but is also used in many areas of social life. Today, it is believed by most people that resolving disputes through the courts takes more time, causes unnecessary expense and is more likely to have negative consequences. For this reason, inaction is the most common unilateral dispute resolution method¹. In the field of law, when there is a dispute between the parties, it is seen that the first method that comes to mind for application if the parties

II. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

A. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri

Ticaretin artması ve küreselleşmesi ticari uyuşmazlıkların artmasını beraberinde getirmektedir. Geleneksel yargı yollarından dava yolu her ne kadar öncelikli görünse de bir zaman sonra türlü nedenlerden dolayı daha karmaşık ve teknik meseleleri inceleyen alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ortaya çıkmaya başlamıştır. Anglo-Sakson hukuk sisteminde kurumsallaştırılmaya başlanan bu sistem zamanla hukukun ortak bir değeri haline gelerek daha yaygın kullanılmaya başlanmıştır.

Uyuşmazlık denilen kavram sadece hukuk alanına ait olmayıp sosyal hayatın birçok alanında da kullanılmaktadır. Günümüzde çoğu insan tarafından uyuşmazlıkların yargı yolu ile çözümlenmesinin fazla zaman aldığı, gereksiz masrafa neden olacağı ve olumsuz sonuç doğurmasının daha muhtemel olduğu düşünülür. Bu nedenle hareketsiz kalmak (inaction) en sık karşılaşılan tek taraflı uyuşmazlık çözüm yolu olarak karşımıza çıkmaktadır¹. Hukuk alanına bakıldığında ise, taraflar arasında herhangi bir uyuşmazlık hasil

FOOTNOTE

¹ Cengiz Serhat Konuralp, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, 2011, p. 4.

DİPNOT

¹ Cengiz Serhat Konuralp, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, 2011, s. 4.

PART 9

do not remain inactive in this situation is litigation. This is called judicial or conventional procedure².

Increasing social and commercial relations have brought problems and this has increased the application to state courts. Therefore, the existing judicial mechanisms have started to have difficulties and technical problems due to the litigation load and workload. Such negative aspects of the traditional application method have led to the creation of alternative ways and methods for dispute resolution. Alternative dispute resolution methods are cheaper, faster than traditional methods, enabling the parties to participate in the resolution process, preventing possible hostility between the parties, thus enabling the relations of the parties to be sustainable, and creating a more effective result as they consider the interests of both parties to the dispute. Likewise, these reasons also include the solutions targeted by alternative dispute resolutions. Among these objectives are to reduce the workload of the courts, to reduce the loss of time and material, to enable the parties to take a more active role in the dispute resolution process, in summary; creating an effective solution in the shortest time and at the least cost.

B. Definition Of Alternative Dispute Resolution

Alternative dispute has different definitions in both Turkish doctrine and comparative law doctrines. *"The most popular one among the definitions in the doctrine is that alternative dispute resolution is any type of dispute resolution method that is out of the jurisdiction of state courts and constitutes an alternative to this jurisdiction"*³. This definition in the doctrine is very comprehensive and requires the addition of some details regarding the alternative dispute. The best example of this is the existence of an impartial and independent third party in definitions involving alternative dispute resolution. Accordingly, in a definition in the doctrine, it is stated that alternative dispute resolutions are methods that emerge as an alternative to judicial methods and that an impartial intervention or assistance is used⁴.

In another definition, it is stated that alternative dispute resolution is a method that can

olduğunda tarafların bu duruma hareketsiz kalmamaları halinde başvuru için akla ilk gelecek yöntemin dava yolu olduğu görülmektedir. Buna yargısal veya geleneksel usul denilmektedir².

Artan sosyal ve ticari ilişkiler sorunları da beraberinde getirmiştir ve bu durum devlet mahkemelerine müracaatı arttırmıştır. Dolayısıyla mevcut yargı mekanizmaları dava yükü, iş yoğunluğu gibi sebeplerle zorlanmaya ve teknik anlamda sorunlar yaşamaya başlamıştır. Geleneksel başvuru yönteminin bu tür olumsuz yanları uyuşmazlık çözümü için alternatif yollar ve yöntemler çıkarılmasına müncer olmuştur. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları geleneksel yollara oranla daha ucuz, daha hızlı, tarafların çözüm sürecine katılımını sağlayan, tarafların aralarında yaşanması muhtemel düşmanlığını engelleyen dolayısıyla tarafların ilişkilerinin sürdürülebilir kılınmasına olanak tanıyan, uyuşmazlığın her iki tarafının da menfaatini gözettiği için daha etkili bir sonuç meydana getiren yöntemlerdir. Keza bu sebepler aynı zamanda alternatif uyuşmazlık yollarının hedeflediği çözümleri de içermektedir. Bu hedefler arasında mahkemelerin iş yükünü azaltmak, zamana ve maddiyata dair kaybı azaltmak, tarafların uyuşmazlık çözüm sürecinde daha etkin rol almalarını sağlamak, özetle; en kısa zamanda ve en az maliyetle etkin bir çözüm yaratmak yer almaktadır.

B. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Tanımı

Alternatif uyuşmazlık gerek Türk doktrininde gerekse mukayeseli hukuk doktrinlerinde farklı tanımlamalara sahiptir. *"Doktrinde bulunan tanımlardan en gözde olanı alternatif uyuşmazlık çözümünün, devlet mahkemelerindeki yargılama dışında kalan ve bu yargılamaya alternatif teşkil eden her tip uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğudur"*³. Doktrinde bulunan bu tanım çok kapsamlı olup alternatif uyuşmazlığa ilişkin birtakım detayların eklenmesini gerekli kılmaktadır. Buna verilebilecek en iyi örnek alternatif uyuşmazlık çözümünü içeren tanımlarda tarafsız ve bağımsız üçüncü kişinin varlığıdır. Buna göre doktrinde yer alan bir tanımda alternatif uyuşmazlık çözümlerinin yargılama yöntemlerine alternatif olarak ortaya çıkan ve tarafsız bir müdahale veya yardımın kullanıldığı yöntemler olduğu belirtilmiştir⁴.

Yine başka bir tanımda alternatif uyuşmazlık çözümünün, uyuşmazlıkların tarafsız üçün-

be used outside the judicial process or within the trial process, where the disputes are tried to be resolved with the participation of impartial third parties/ parties, the application may be mandatory or optional, but the solution reached is not binding as a rule⁵. However, when this definition is accepted, that is, when the existence of an impartial third party is seen as an essential element, the way of negotiation, which we frequently see in practice, is eliminated from alternative dispute ways. *"Accordingly, alternative dispute resolution is a method that the parties often resort to voluntarily, but in some cases, obligatory in order not to be exposed to the negative aspects of the state judiciary in order to resolve the dispute that has arisen between them. It is all kinds of methods that do not replace the state jurisdiction, complement it, enable the parties to participate in the dispute process, reach an effective but non-binding solution, which can be applied outside the judicial process or within the judicial process, and which can be accepted by the legal order"*⁶.

C. Historical Development Of Alternative Dispute Resolution

When the history of alternative dispute resolution is examined, these methods have been used by different civilizations throughout history. These methods have been institutionalized based on new reasons and old methods have been shaped according to today's needs and have an effective and institutional feature. Alternative dispute resolution methods emerged as an Anglo-Saxon origin institution in a professional sense and started to spread rapidly in Continental European countries, especially with the effect of globalization⁷. *"The process of enactment of alternative dispute resolution methods in the United States began in 1990. In 1992, the American Bar Association established a special section to spread dispute resolution methods. With the adoption of the Alternative Dispute Resolution Law in 1998, each federal district court was given the authority to create its own alternative dispute resolution programs, and thus, the institutionalization of alternative dispute resolution methods was completed and alternative dispute resolution methods became federal legal policy. In 1999, the ethical rules of alternative dispute resolution methods began to be established and the ethical principles of alternative dispute resolution methods were accepted by the Texas State Court. In Europe, the Committee of Ministers of the Council of Europe has*

cü kişi/ kişilerin katılımı ile çözümlenmeye çalışıldığı, başvurunun zorunlu ya da ihtiyari olabildiği ancak ulaşılan çözümün kural olarak bağlayıcı olmadığı, yargılama süreci dışında ya da yargılama süreci içinde başvurulabilen yöntemler olduğu ifade edilmiştir⁵. Fakat bu tanım kabul edildiğinde yani tarafsız bir üçüncü kişinin varlığı aslı bir unsur olarak görüldüğünde, alternatif uyuşmazlık yollarından uygulamada sıkça gördüğümüz müzakere yolu saf dışı bırakılmış olmaktadır. *"Buna göre alternatif uyuşmazlık çözümü; tarafların, aralarında beliren uyuşmazlığın çözümünü amacıyla devlet yargısının olumsuz yönlerine maruz kalmamak için çoğu zaman iradi olmakla birlikte bazı durumlarda zorunlu olarak başvurduğu, devlet yargısını ikame etmeyip onu tamamlayan, tarafların uyuşmazlık sürecine katılımını sağlayan, tarafları etkin fakat kural olarak bağlayıcı olmayan bir çözüme ulaştıran, yargılama süreci dışında ya da yargılama süreci içinde başvurulabilen ve hukuk düzenince kabul görebilecek her türlü yöntemdir"*⁶.

C. Alternatif Uyuşmazlık Çözümünün Tarihi Gelişimi

Alternatif uyuşmazlık çözümünün tarihi incelendiğinde bu yöntemler tarih boyunca farklı uygarlıklar tarafından kullanılmıştır. Bu yöntemler günümüze kadar yeni sebeplere dayandırılarak kurumsallaşmış ve eski yöntemler günümüzün ihtiyaçlarına göre şekillendirilerek etkin ve kurumsal bir özelliğe sahip olmuştur. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları profesyonel anlamda Anglo-Sakson kökenli bir kurum olarak ortaya çıkmış ve özellikle küreselleşmenin etkisiyle Kıta Avrupası ülkelerinde de hızla yayılmaya uğurlama alanı bulmaya başlamıştır⁷. *"Amerika Birleşik Devletleri'nde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yasalaşma süreci 1990 yılında başlamıştır. 1992 yılında ise Amerikan Barolar Birliği uyuşmazlık çözüm yollarını yaymak amacıyla özel bir bölüm kurmuştur. 1998 yılında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Kanunu'nun kabulüyle her bir federal bölge mahkemesine kendi alternatif uyuşmazlık çözüm yolları programlarını oluşturma yetkisi verilmiş ve böylece alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kurumsallaşması tamamlanarak alternatif uyuşmazlık çözüm yolları federal hukuk politikası haline getirilmiştir. 1999 yılına gelindiğinde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının etik kuralları oluşturulmaya başlanmış ve Teksas Eyalet Mahkemesi'nce alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının etik ilkeleri kabul edilmiştir. Avrupa'da Avrupa Kon-*

FOOTNOTE

2 Konuralp, p. 5.

3 Konuralp, p. 7.

4 Konuralp, p. 8.

5 Mustafa Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara, 2009, p. 127.

6 Konuralp, p. 9.

7 Bahattin Aras, 'Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Özellikleri', Adalet Dergisi, Iss. 35, 2009, p. 58-75.

DİPNOT

2 Konuralp, s. 5.

3 Konuralp, s. 7.

4 Konuralp, s. 8.

5 Mustafa Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara, 2009, p. 127.

6 Konuralp, s. 9.

7 Bahattin Aras, Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Özellikleri, Adalet Dergisi, S. 35, 2009, s. 58-75.

PART 9

taken recommendations on the development of alternative dispute resolution methods and mediation in criminal law, administrative law and in general in private law as a whole. Studies on alternative dispute resolution methods have also been carried out in the European Union. The Green Paper on alternative dispute resolution methods was prepared by the European Commission in 2002. It can be said that the aim of the Green Paper is to provide a broad-based consultation on some legal issues related to ADR (Alternative Dispute Resolution) in civil and commercial law disputes. Again, a proposal for a directive on mediation in the resolution of private law disputes was prepared by the European Commission in 2004 and presented to the European Parliament⁸.

D. Features Of Alternative Dispute Resolution

The features of alternative dispute resolution can be explained in 4 articles. The first of these, the principle of voluntariness, means that the parties can choose alternative ways in any dispute that may arise as a result of an agreement they will make before or after the dispute has arisen. Although the case of choosing alternative dispute resolutions is on a voluntary basis, it may also appear as a legal obligation in some cases. In cases where alternative dispute resolution is either compulsory or optional, if it fails, the relevant dispute may be resolved through litigation. In addition to all these, the parties have the opportunity to choose the alternative way to be applied in the settlement of the dispute.

Another and one of the most important features are the implementation of the principle of confidentiality. Contrary to state courts, confidentiality, which is one of the most important features offered to parties by alternative dispute resolutions, is often seen as the most important reason for resorting to this method. In accordance with the principle of confidentiality, all kinds of statements, documents and confessions submitted by the parties during the resolution process are kept confidential. Even if this dispute is the subject of the lawsuit, the aforementioned confidentiality also manifests itself in the litigation process. With this assurance, a more open and sincere solution process is formed. The said confidentiality binds not only the parties to the dispute but also the participants, and this situation encourages the parties to prefer the alternative dispute method. The principle

seyi Bakanlar Komitesi ceza hukukunda, idare hukukunda ve genel olarak özel hukukun tamamında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ve arabuluculuğun geliştirilmesi yönünde tavsiye kararları almıştır. Avrupa Birliği'nde de alternatif uyuşmazlık çözüm yolları üzerinde çalışmalar yapılmıştır. Avrupa Komisyonu tarafından 2002 yılında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin olarak Yeşil Kitap hazırlanmıştır. Yeşil Kitap'ın amacının, medeni hukuk ve ticaret hukuku uyuşmazlıklarında ADR (Alternative Dispute Resolution) ile ilgili bazı hukuki konularda, geniş tabanlı bir istişare yapmak olduğu söylenebilir. Yine Avrupa Komisyonu'nca 2004 yılında özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuk hakkında bir yönerge teklifi hazırlanmış ve Avrupa Parlamentosu'na sunulmuştur⁸.

D. Alternatif Uyuşmazlık Çözümünün Özellikleri

Alternatif uyuşmazlık çözümlerinin özellikleri 4 maddede açıklanabilmektedir. Bunlardan ilki olan gönüllülük esası, tarafların uyuşmazlık öncesinde veya uyuşmazlık çıktıktan sonra yapacakları bir anlaşma sonucu oluşabilecek herhangi bir uyuşmazlıkta alternatif yolları tercih edebilmeleri anlamına gelmektedir. Alternatif uyuşmazlık yollarını tercih etme hali her ne kadar gönüllülük esasına bağlanmış olsa da bazı durumlarda kanuni bir zorunluluk olarak da karşımıza çıkabilmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözümünün gerek mecburi gerek ihtiyari olduğu durumlarda başarısızlık ile sonuçlanması halinde ilgili uyuşmazlık dava yolunda çözülebilecektir. Tüm bunlara ek olarak tarafların uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak alternatif yolu seçme imkanları bulunmaktadır.

Bir diğer ve en önemli özelliklerden biri ise gizlilik esasının uygulanmasıdır. Devlet mahkemelerinin tam aksine alternatif uyuşmazlık yollarının taraflara sunduğu en önemli özelliklerden biri olan gizlilik çoğu zaman bu yönüme başvurma en önemli sebebi olarak görülmektedir. Gizlilik esası uyarınca çözüm süreci boyunca taraflar tarafından sunulan her türlü beyan, belge ve ikrarlar gizli tutulmaktadır. Bu uyuşmazlık davaya konu olsa dahi söz edilen gizlilik dava sürecinde de kendini göstermektedir. Bu güvencenin verilmesiyle beraber daha açık ve samimi bir çözüm süreci oluşmaktadır. Söz konusu gizlilik sadece uyuşmazlığın taraflarını değil aynı zamanda katılanları da bağlamaktadır ve bu durum alternatif uyuşmazlık yönteminin tercih edilmesinde tarafları teşvik niteliğindedir.

of confidentiality can be ignored by mutual agreement of the parties.

While party dominance and flexibility are another important feature of alternative dispute resolution, since it aims not to carry the complex procedures involved in the trial, it gives the parties a wide authority over the method to resolve the dispute. As long as the parties deem necessary, they can decide that the third party will intervene in the dispute and participate effectively in the resolution process.

Finally, the fact that some alternative dispute resolutions are not binding and therefore the decision to be taken at the end of the dispute process remains only as a recommendation, gives the parties the opportunity to implement the decision taken in line with their wishes. On the other hand, the parties can decide that the decision made as a result of their agreement is binding. However, they should not force the other party to do so. At the end of the dispute resolution methods, it is understood that it does not constitute a final judgment since the dispute can be brought to the litigation in any way.

E. Advantages And Disadvantages Of Alternative Dispute Methods

"In the doctrine, alternative dispute resolution is explained on the basis of 4 C's. These are consensus, continuity, control and confidentiality"⁹. Continuity is defined as the parties' continuing connection without degradation, while consensus is defined as the parties' participation in the settlement process and their will as a crucial component. Confidentiality is the process of resolving a disagreement outside of the public eye, whereas control is the process moving forward in accordance with the needs and desires of the parties.

The most important factors in choosing alternative dispute resolution methods are the earning of money and time. When compared to traditional litigation, these procedures settle disputes significantly faster, and the likelihood of using expert witnesses is decreased because the disagreement is decided by a committee of experts in the area of dispute. The decision reached as an outcome of the conflict will be more voluntarily complied with if the parties actively participate in its settlement, increasing its binding nature.

Gizlilik esası tarafların karşılıklı anlaşmalarıyla göz ardı edilebilmektedir.

Taraf hakimiyeti ve esneklik, alternatif uyuşmazlık çözümünün bir diğer önemli özelliği olmakla beraber yargılamada yer alan karmaşık usulleri bünyelerinde taşımamayı hedeflediğinden taraflara uyuşmazlığı çözecek olan yöntem üzerinde geniş bir yetki tanımaktadır. Taraflar gerekli gördükleri sürece uyuşmazlığa üçüncü kişinin müdahale etmesini kararlaştırıp çözüm sürecine etkin bir biçimde katılabilmektedir.

Son olarak bazı alternatif uyuşmazlık çözümlerinin bağlayıcı olmaması ve dolayısıyla uyuşmazlık süreci sonunda alınacak kararın sadece bir tavsiye olarak kalması taraflara istekleri doğrultusunda alınan kararı hayata geçirme imkânı vermektedir. Buna karşın taraflar anlaşmaları sonucunda verilen kararın bağlayıcı olmasını kararlaştırabilmektedir. Ancak bunu yaparken karşı tarafı zorlaması söz konusu olmamalıdır. Uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin sonunda söz edilen uyuşmazlık her şekilde dava yoluna taşınabildiğinden kesin hüküm teşkil etmediği anlaşılmaktadır.

E. Alternatif Uyuşmazlık Yöntemlerinin Avantajları Ve Dezavantajları

"Doktrinde alternatif uyuşmazlık çözümü 4 C esasıyla açıklanmaktadır. Bunlar consensus (fikir birliği), continuity (süreklilik), control (kontrol) ve confidentiality'dir (gizlilik)"⁹. Tarafların çözüm sürecinin bir parçası olması ve iradelerinin esaslı bir unsur olması consensus, tarafların süregelen ilişkisinin bozulmadan devam etmesi continuity, sürecin tarafların talep ve istekleri doğrultusunda ilerlemesi control ve uyuşmazlığın toplumun bilgisinden uzak bir şekilde çözülmesi confidentiality olarak nitelendirilmektedir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının tercih edilmesindeki en büyük etkenler para ve zamandan ciddi şekilde kar elde edilmesidir. Bu yöntemler geleneksel dava yoluna oranla hem çok daha kısa sürede çözülmekte hem de uyuşmazlığın alanında uzman kişilerden oluşan bir mahkemede çözümlenmesi bilirkişiye başvurma oranını azaltmaktadır. Tarafların aktif bir biçimde çözüme katılması uyuşmazlık sonucunda verilen karara gönüllü olarak uymayı ve dolayısıyla verilen karara bağlayıcılığı arttıracaktır. Alternatif klasik

FOOTNOTE

8 M. Kamil Yıldırım, "İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", İstanbul, 2009, p. 8.

9 M. Kamil Yıldırım, "İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında", in: Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul, 2007, p. 349.

DİPNOT

8 M. Kamil Yıldırım, "İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", İstanbul, 2009, s. 8.

9 M. Kamil Yıldırım, "İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında", in: Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul, 2007, s. 349.

PART 9

The alternative offers a less adversarial environment compared to the classical litigation procedure. This situation will especially contribute positively to the continuity of commercial relations, the development of relations in a constructive system will keep the relations between the parties tighter, on the contrary to the combative environment of the traditional litigation.

The most effective reason for the parties to choose alternative dispute methods is confidentiality. When it comes to family businesses and commercial matters, the parties prioritize confidentiality in order not to damage their reputations. Contrary to the traditional litigation, offering the parties a privacy area that they can decide on themselves allows both parties to be involved in a more open trial process and both parties win.



Alternative dispute resolutions have their advantages as well as disadvantages. First of all, since these methods depend on the wishes and active participation of the parties, the unwillingness of one party leads to malicious uses such as prolonging the process. If there is a situation where that both parties are not financially equivalent to each other, it becomes difficult to satisfy both parties in the negotiation process. Such a situation undermines the goal of "satisfactory solution".

In addition to all these, breaking with the traditional way, not applying to state courts, in short, going out of the ordinary can create distrust for the parties. The loss of trust in alternative dispute methods, in which the parties take an active role and where flexibil-

dava yolunda gerçekleştirilen yargılama ile karşılaştırıldığında daha az mücadeleci bir ortam sunmaktadır. Bu durum özellikle ticari ilişkilerin sürekliliğine olumlu katkıda bulunacaktır, ilişkilerin yapıcı bir sistemde ilerlemesi taraflar arasındaki ilişkileri geleneksel dava yolunun mücadeleci ortamının tam aksine daha sıkı tutacaktır.

Tarafların alternatif uyuşmazlık yöntemlerini seçmelerindeki en etkili sebep gizliliğidir. Konu aile şirketleri ve ticari meseleler olduğunda taraflar itibarlarına zarar gelmemesi amacıyla gizliliği ön planda tutmaktadır. Geleneksel dava yolunun aksine taraflara kendilerinin kararlaştırabilecekleri bir mahremiyet alanı sunmak hem tarafların daha açık bir yargılama sürecine dahil olmalarına hem de iki tarafın da kazanmasına olanak sağlamaktadır.

Alternatif uyuşmazlık yollarının tüm bu sayılan avantajlarının yanı sıra dezavantajları da bulunmaktadır. Öncelikle bu yöntemler tarafların istekleri ve aktif katılımlarına bağlı olduğundan bir tarafın istekli olmaması durumu sürecin uzaması gibi kötü niyetli kullanımlara yol açmaktadır. Her iki tarafın da maddi olarak birbirine denk olmaması müzakere sürecinde iki tarafı da memnun etmeyi zorlaştırır. Böyle bir durum ise "tatmin edici çözüm" hedefine halel getirmektedir.

Bütün bunlara ilaveten geleneksel yoldan kopmak, devlet mahkemelerine başvurmak kısacası alışılmışın dışına çıkmak taraflar için güvensizlik oluşturabilir. Tarafların aktif olarak rol aldığı ve esnekliğin hâkim olduğu alternatif uyuşmazlık yöntemlerine güven-

ity is dominant, will significantly reduce the demand for these ways. The inadequacy of the third parties that will contribute to the dispute resolution in terms of professional expertise, impartiality, independence and confidentiality will cause the alternative dispute resolution to not have the expected effects. Another problem arises from the lack of decision unity. It is possible that different decisions will be made regarding similar cases, since the decisions that emerged as a result of the conflict cannot have the quality of case law. Therefore, this state of ignorance will create a disadvantage for the parties in applying to alternative dispute resolutions.

F. Types Of Alternative Dispute Resolution

1. Generally

Although methods such as negotiation, mediation, conciliation and arbitration come to mind when alternative solutions are mentioned, alternative dispute resolution methods are not limited to these. Mixed alternative dispute resolution methods are formed when the above-mentioned methods change the purposes of the parties or the nature of the dispute, or even a combination of several of them. For example; Mediation+Arbitration: It is possible to create secondary solutions such as the Med-Arb (mediation+arbitration) method. Apart from all these, the parties to the dispute can create alternative dispute resolution methods other than negotiation, mediation, conciliation and arbitration with combining one or more of these methods¹⁰.

2. Classification

With the changes made on the existing alternative dispute methods, the boundaries of the concepts can change continuously. Therefore, when it comes to the classification of these concepts, the first of the distinctions is the distinction between primary and mixed (secondary) methods¹¹. When it comes to alternative ways of dispute such as mediation, arbitration, negotiation and conciliation, the first methods that come to mind are the primary ones. Secondary methods, on the other hand, are formed by changing the shape of the primary methods listed above and gaining a new form. Examples of these methods are serial jury trials, impartial preliminary assessment, and short hearings.

nin sarsılması bu yollara olan talebi önemli ölçüde azaltacaktır. Uyuşmazlık çözümüne katkı sağlayacak üçüncü kişilerin mesleki uzmanlık, tarafsızlık, bağımsızlık ve gizlilik noktasında yetersiz olmaları alternatif uyuşmazlık çözümünün kendisinden beklenen etkileri doğurmamasına sebebiyet verecektir. Bir diğer problem ise karar birliğinin bulunmayışından kaynaklanmaktadır. Uyuşmazlık sonucunda ortaya çıkan kararlar içtihat niteliğine sahip olamayacağından benzer davalar ile ilgili farklı kararlar verilmesi olasıdır. Dolayısıyla bu bilinmezlik durumu taraflar açısından alternatif uyuşmazlık yollarına başvuruda dezavantaj yaratacaktır.

F. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Türleri

1. Genel Anlamda

Alternatif çözüm yolları denildiğinde her ne kadar akla müzakere, arabuluculuk, uzlaştırma ve tahkim gibi yöntemler gelse de aslında alternatif uyuşmazlık çözüm yolları bunlardan ibaret değildir. Yukarıda sayılan yöntemlerin tarafların amaçlarında veya uyuşmazlık niteliklerinde bir değişiklik olmasıyla hatta birkaçının bir araya gelmesiyle karma alternatif uyuşmazlık çözüm yolları oluşmaktadır. Örneğin; Arabuluculuk+Tahkim: Med-Arb (mediation+arbitration) yönteminin oluşması gibi ikincil özellikli çözüm yolları oluşması mümkündür. Tüm bunların dışında uyuşmazlığın tarafları müzakere, arabuluculuk, uzlaştırma ve tahkim yöntemlerinin biri veya birkaçını bir araya getirmeden bunlar dışında da başka alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri oluşturabilirler¹⁰.

2. Sınıflandırılması

Mevcut alternatif uyuşmazlık yöntemleri üzerinde yapılan değişikliklerle kavramların sınırları sürekli olarak değişebilmektedir. Dolayısıyla konu bu kavramların sınıflandırılması olduğunda ayrımlardan ilki, birincil ve karma (ikincil) yöntemler ayrımıdır¹¹. Arabuluculuk, tahkim, müzakere ve uzlaştırma gibi alternatif uyuşmazlık yolları denildiğinde akla ilk gelen yöntemler birincil olanlardır. İkincil yöntemler ise yukarıda sayılan birincil yöntemlerin şekil değiştirerek yeni bir biçim kazanmasıyla oluşmaktadır. Bu yöntemlere örnek olarak seri jüri yargılaması, tarafsız ön değerlendirme ve kısa duruşma verilebilir.

FOOTNOTE

¹⁰ Süha Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBB Dergisi, Iss. 64, 2006, p. 151-177.

¹¹ Ziynet Seldağ Ceylan, "Tahkim ve Hakem Sözleşmeleri", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Iss. 107 İstanbul, 2000, p. 70-71.

DİPNOT

¹⁰ Süha Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBB Dergisi, S. 64, 2006, s. 151-177.

¹¹ Ziynet Seldağ Ceylan, Tahkim ve Hakem Sözleşmeleri, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S. 107 İstanbul, 2000, s. 70-71.

PART 9

G. Alternative Dispute Resolutions

1. Negotiation

The negotiation, which is highly demanded abroad, unfortunately cannot find much application in our country. According to Ziya Akıncı; *"Negotiation is the communication carried out directly by the parties or through the parties' lawyers, without the intervention of an impartial third party, in order to reach a common decision on the resolution of a dispute. Negotiation is a way in which the parties can participate in accordance with their own will and wishes, and play a role in the resolution of the dispute without the intervention of a third party. The aim here is not to refute the opinion of the other party, but to reveal the problem more clearly and to reach a solution that can be accepted by both parties, considering mutual interests"*¹². In this method, lawyers can act as placeholders for the parties during the resolution process, as well as the parties may perform the dispute resolution without resorting to a placeholder. Another important point to be noted in this regard is that the principle of confidentiality also manifests itself in the negotiation. Statements, documents and confessions put forward during the resolution process of the dispute will not be used as evidence in the lawsuit that may occur later.

There are two different types of negotiation. The first of these is competitive negotiation, while the other is collaborative and solution negotiation. When looking at the meanings of the words, the way the negotiation types work is clearly visible, but to summarize; During competitive negotiation, the parties put their common interests aside and see negotiation as a battle to be won. On the other hand, in the collaborative and solution-oriented negotiation method, the parties mutually renounce their wishes by considering their common gains.

2. Mediation

The method of resolving the resulting dispute through a third party is called mediation. It is among the most frequently used and the first dispute resolution methods in our country. Parties, who start the resolution of the dispute at the mediation stage, can then take the same dispute to the court or arbitration. Although mediation is based

G. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

1. Müzakere

Yurtdışında fazlasıyla talep gören müzakere ne yazık ki ülkemizde fazlaca uygulama alanı bulamamaktadır. Ziya Akıncı'ya göre; *"Müzakere, bir uyuşmazlığın çözümü konusunda ortak bir karara ulaşmak için araya tarafsız bir üçüncü kişi girmeden doğrudan taraflarca veya tarafların avukatları aracılığıyla yürütülen iletişimidir. Müzakere; tarafların kendi iradeleri ve istekleri doğrultusunda katılabilecekleri, araya üçüncü kişi girmeden uyuşmazlığın çözümünde bizzat rol oynayacağı bir yoldur. Burada amaç diğer tarafın fikrini çürütmek değil, problemin daha açık ortaya konmasını sağlamak ve karşılıklı menfaatleri dikkate alarak, her iki tarafın da kabul edebileceği bir çözüme ulaşabilmektir"*¹². Bu yöntemde avukatlar çözüm sürecinde taraflara vekillik yapabileceği gibi taraflar uyuşmazlık çözümünü vekile başvurmadan da gerçekleştirebilirler. Bu konuda belirtilmesi gereken bir diğer önemli husus ise gizlilik esasının kendini müzakerede de göstermesidir. Uyuşmazlığın çözüm süreci boyunca ileri sürülen beyan, belge ve ikrarlar daha sonrasında oluşabilecek dava yolunda delil olarak kullanılamayacaktır.

Müzakerenin iki farklı türü bulunmaktadır. Bunların ilki rekabetçi müzakere iken diğeri işbirlikçi ve çözümcü müzakeredir. Kelimelerin anlamlarına bakıldığında müzakere türlerinin işleyiş biçimi açıkça gözükse de özetlemek gerekirse; rekabetçi müzakere sırasında taraflar ortak yararlarını bir kenara bırakıp müzakereyi kazanılması gereken bir savaş olarak görmektedirler. Buna karşın işbirlikçi ve çözümcü müzakere yönteminde taraflar ortak kazançlarını düşünerek karşılıklı bir şekilde isteklerinden feragat etmektedir.

2. Arbuluculuk

Ortaya çıkan uyuşmazlığın üçüncü bir kişi aracılığıyla çözüme kavuşturulma yöntemine arbuluculuk denilmektedir. Ülkemizde de en sık kullanılan ve akla ilk gelen uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin arasında gelmektedir. Uyuşmazlığın çözümüne arbuluculuk aşamasında başlayan taraflar devamında aynı uyuşmazlığı mahkeme veya tahkime taşı-

on voluntary participation, for example in Turkish Law, application to mediation is accepted as mandatory before applying to the court. The parties can withdraw from the mediation process at any time. During the mediation, the parties can determine the principles and the principle of confidentiality shows itself here as well. The process will be kept confidential and the statements and documents in this process will not be used as evidence at the court stage. Unless otherwise agreed, the parties comply with this principle. Unlike negotiation, an impartial third party plays a role in the resolution of the dispute in the mediation process, but the third party's powers are limited, and it plays the role of helping the parties in the resolution of the dispute.

3. Reconciliation

In reconciliation, as in mediation, the dispute is resolved by an impartial third party, and these two methods are often interchangeable. The aim is to reach a common solution by fulfilling the wishes of both parties, but the only feature that distinguishes conciliation from mediation is that the conciliator produces a solution in favor of both parties. The conciliator, who plays a more active role from the parties and is at the center in the resolution of the conflict, is the person who will make the most effort to reach a solution, keep the communication tight, identify the problems and produce effective solutions.

The application to reconciliation is made by the referral of the courts or by mutual agreement of the parties in the cases stipulated by the law. In cases where it is stipulated as a prerequisite to resort to reconciliation before applying to local courts under the law, the parties must first resort to mediation. Otherwise, the case will be rejected due to non-fulfillment of the case requirement¹³.

The solution proposals put forward by the conciliator can be arranged according to the wishes and desires of the parties, and the conciliator can request additional documents from the parties at any time. As with other resolution methods, confidentiality is at the forefront in this method, unless the parties agree otherwise. The suggestions given by the conciliator are not binding, and even if the parties sign this solution, the ways of applying to the court remain open.

yabilmektedir. Arbuluculuk her ne kadar gönüllü katılımı esas olsa da örneğin Türk Hukuku'nda hukukun bazı alanlarında mahkemeye başvurudan önce arbuluculuğa başvuru zorunlu olarak kabul görmektedir. Taraflar istedikleri zaman arbuluculuk sürecinden çekilebileceklerdir. Arbuluculuk esnasında taraflar esasları belirleyebileceği gibi gizlilik prensibi kendini burada da göstermektedir. Süreç gizli tutulup bu süreçteki beyanlar ve belgeler mahkeme aşamasında delil olarak kullanılmayacaktır. Aksi kararlaştırılmadığı müddetçe taraflar bu ilkeye uyum sağlamaktadır. Müzakereden farklı olarak arbuluculuk sürecinde tarafsız üçüncü kişi uyuşmazlığın çözümünde rol oynamaktadır ancak söz konusu üçüncü kişinin yetkileri sınırlıdır, uyuşmazlığın çözümünde taraflara yardımcı olma rolünü üstlenmektedir.

3. Uzlaştırma

Uzlaştırma da arbuluculukta olduğu gibi uyuşmazlık tarafsız üçüncü kişi tarafından çözümlenmektedir ve bu iki yöntem çoğunlukla birbirinin yerine geçmektedir. Amaç iki tarafın da isteklerini yerine getirerek ortak bir çözüme ulaşmaktır ancak uzlaştırmayı arbuluculuktan ayıran yegâne özellik uzlaştırıcının iki tarafın da lehine olacak şekilde çözüm yolu üretmesidir. Taraflardan daha etkin bir rol oynayan ve uyuşmazlığın çözümünde merkezde bulunan uzlaştırıcı çözüme ulaşmak adına en çok çaba harcayacak, iletişimi sıkı tutacak ve sorunları belirleyip efektif çözümler üretecek kişidir.

Uzlaştırma yoluna başvuru, kanunun öngördüğü hallerde mahkemelerin sevkıyla veya tarafların karşılıklı olarak uzlaşmada anlaşmalarıyla olmaktadır. Kanun kapsamında yerel mahkemelere başvurudan önce uzlaştırmaya başvurulmasının ön şart olarak öngörüldüğü durumlarda tarafların öncelikle uzlaştırma yoluna başvurması gerekmektedir. Aksi durumda dava, dava şartının yerine getirilmemesi sebebiyle reddedilecektir¹³.

Uzlaştırıcı tarafından öne sürülen çözüm önerileri tarafların istek ve arzularına göre düzenlenebilmekte ayrıca uzlaştırıcı istediği zamanlarda taraflardan ek belge talebinde bulunabilmektedir. Diğer çözüm yöntemlerinde olduğu gibi taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece bu yöntemde de gizlilik ön plandadır. Uzlaştırıcının verdiği öneriler bağlayıcı nitelikte olmayıp taraflar bu çözümün altına imza atsa dahi mahkemeye başvuru yolları açık kalmaktadır.

FOOTNOTE

¹² Ziya Akıncı, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi Yayınları, V. XVIII, Ankara, 1996, p. 93-109.

¹³ Konuralp, p. 36.

DİPNOT

¹² Ziya Akıncı, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi Yayınları, C. XVIII, Ankara, 1996, s. 93-109.

¹³ Konuralp, s. 36.

PART 9

4. Arbitration

Arbitration, which has been a popular alternative conflict resolution tool for many years, particularly among businesspeople, is increasingly chosen over local courts due to time and cost considerations. Arbitration is one of the most applied methods in the Build-Operate-Transfer model, and this article will examine arbitration in detail.

H. General Principles Of Arbitration And National Arbitration In Turkish Law**1. Compulsory and Voluntary Arbitration**

The form of arbitration that is required by law and the parties have no participation in its implementation is termed compulsory arbitration. Compulsory arbitration is an exception and in which cases the arbitration is compulsory is regulated by the provisions of the special law. The parties cannot apply to state courts in matters and cases that belong to compulsory arbitration¹⁴. If the arbitration procedure to be applied in disputes within the scope of compulsory arbitration is not specified, the provisions of the Code of Civil Procedure regarding voluntary arbitration will find application by analogy. As an example of compulsory arbitration can be listed in Turkish Law are Law 3533 on Settlement of Disputes Between Public Institutions by Compulsory Arbitration¹⁵, Turkish Football Federation Dispute Resolution Board and Arbitration Board.

**FOOTNOTE**

¹⁴ Erol Türel, Tahkim Yargılaması ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2004, p. 561.

¹⁵ 29.06.1938 Tarihli ve 1657 Sayılı Resmî Gazete.

4. Tahkim

Uzun yıllar boyu özellikle ticaret ile uğraşan kişiler bazında fazlasıyla kullanılan bir alternatif uyuşmazlık yolu olan tahkim günümüzde yerel mahkemelerin süre, masraf vb. dezavantajlarından kaçınmak için tercih edilmektedir. Yap-İşlet-Devret modelinde de en çok uygulanan yöntemlerden biri tahkim olduğundan bu makalede tahkim detaylandırılarak incelenecektir.

H. Tahkimin Genel Esasları Ve Türk Hukukunda Milli Tahkim**1. Mecburi Tahkim ve İhtiyari Tahkim**

Kanunun zorunlu olarak öngördüğü ve tarafların uygulanmasında hiçbir rolü bulunmadığından re'sen gözetilen tahkim türüne mecburi tahkim denilmektedir. Mecburi tahkim istisnadır ve tahkimin hangi hallerde mecburi olduğu özel kanun hükümleriyle düzenlenmiştir. Taraflar mecburi tahkime ait olan iş ve davalarda devlet mahkemelerine başvuramazlar¹⁴. Mecburi tahkim kapsamına giren uyuşmazlıklarda uygulanacak tahkim usulü belirtilmediği takdirde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ihtiyari tahkime ilişkin hükümleri kıyasen uygulama alanı bulacaktır. Türk Hukukunda yer alan mecburi tahkime örnek olarak 3533 Kamu Kuruluşları Arasındaki Uyuşmazlıkların Mecburi Tahkim Yolu ile Çözülmesi Kanunu¹⁵, Türkiye Futbol Federasyonu Uyuşmazlık Çözüm Kurulu ve Tahkim Kurulu verilebilir.

On the other hand, in cases where the law does not provide for arbitration, resorting to arbitration is called voluntary arbitration. Although the parties are not obliged to apply in voluntary arbitration, the parties can resort to traditional legal remedies for the resolution of the dispute or they can appoint an impartial third party to resolve the dispute. When we look at Turkish Law, we see that discretionary arbitration is regulated within the Code of Civil Procedure, but the regulations are not limited to this law, but are also regulated by special laws.

2. Ad Hoc Arbitration and Institutional Arbitration

Ad hoc arbitration is a type of arbitration in which the parties act freely to resolve the dispute, whereas institutional arbitration is a type of arbitration in which a specific institution moves the resolution process forward in line with its regulations. The purpose of the parties to act freely; The arbitrators of the parties can act according to their own wishes in choosing the method to be applied in the settlement of the dispute and the place where the settlement will be carried out. As a matter of fact, if the arbitration procedure has not been determined, the arbitrators will determine the procedure to be applied. The benefit of ad hoc arbitration is that the parties can act flexibly and that it is less costly in terms of fees to be paid to the institution than institutional arbitration.

On the other hand, there is no need for the parties to determine the rules, since the rules that already exist in institutional arbitration are to be respected. Predetermined procedures and rules give more confidence to the parties, thus ensuring that institutional arbitration is more likely to be preferred. These institutions provide administrative control not only in the appointment of an arbitrator to the dispute, but also in the entire resolution process. Arbitrators do not work continuously in the institution, and in every application made by the parties, an arbitrator authorized to resolve the dispute is appointed. Although not every arbitration institution is the same, the parties should conduct a comprehensive research on the institution to which they will apply. In addition to the advantages of institutional arbitration, it has disadvantages such as being costly and taking a long time due to formality.

Buna karşın kanunun tahkimi öngörmediği durumlarda tahkime başvurulması ihtiyari tahkime girmektedir. İhtiyari tahkimde tarafların başvurma zorunluluğu olmamakla beraber, taraflar uyuşmazlığın çözümü açısından geleneksel yargı yoluna başvurabilirler veya tarafsız üçüncü kişiyi uyuşmazlığın çözümü için atayabilirler. Türk Hukuku'na bakıldığında ihtiyari tahkimin Hukuk Muhakemeleri Kanunu içerisinde düzenlendiğini görmekteyiz ancak düzenlemeler bu kanunla sınırlı kalmamış, özel kanunlarla da düzenlenmiştir.

2. Ad Hoc Tahkim ve Kurumsal Tahkim

Ad hoc tahkim tarafların uyuşmazlığın çözümünde serbest bir şekilde hareket ettikleri, kurumsal tahkim ise belli bir kurumun usulüne uygun çözüm sürecinin ilerletildiği tahkim biçimidir. Tarafların serbest şekilde hareket etmelerinden maksat; tarafların hakemleri, uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak usulü ve çözümün gerçekleştirileceği yeri seçme konusunda kendi istekleri doğrultusunda hareket edebilmeleridir. Nitelik tahkim usulü belirlenmediyse hakemler uygulanacak usulü belirleyeceklerdir. Ad hoc tahkimin yararı tarafların esnek hareket edebilmesinin yanı sıra kurumsal tahkime göre kuruma ödenecek harçlar bakımından daha az masraflı olmasıdır.

Öte yandan kurumsal tahkimde halihazırda var olan kurallara riayet edilmesi söz konusu olduğundan, tarafların kuralları belirlemesine ihtiyaç yoktur. Önceden belirlenmiş olan usul ve kurallar taraflara daha çok güven vermekte, dolayısıyla kurumsal tahkimin tercih edilme olasılığının daha yüksek olmasını sağlamaktadır. Bu kurumlar yalnızca uyuşmazlığa hakem atamada değil tüm çözüm sürecinde idari denetim sağlamaktadır. Hakemler kurumda devamlı görev yapmaktan, taraflarca yapılan her başvuruda o uyuşmazlığı çözmeye yetkili hakem atanmaktadır. Her tahkim kurumu birbirinin aynısı olmakla beraber taraflar başvuracakları kurum hakkında kapsamlı bir araştırma yapmalıdır. Kurumsal tahkimin avantajları yanında masraflı olması ve resmiyet dolayısıyla uzun sürmesi gibi dezavantajları bulunmaktadır.

DİPNOT

¹⁴ Erol Türel, Tahkim Yargılaması ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2004, s. 561.

¹⁵ 29.06.1938 Tarihli ve 1657 Sayılı Resmî Gazete.

PART 9

3. Single Stage Arbitration and Two Stage Arbitration

If an application is made to the judiciary against the decision of the arbitrators about the dispute, this situation is called single-stage arbitration. In two stage arbitration, which has a special aspect of arbitration, an application is made to a higher level within the same institution against the decision of the arbitrators about the dispute. The conditions of application to state courts against the decision of the higher authority are determined according to the legal rules of the countries. For example, while a single stage arbitration method has been determined in Turkish Law, two stage arbitration has been adopted in Dutch Law.

4. Bilateral Arbitration and Multilateral Arbitration

In the case, the parties are divided into two as the defendant and the plaintiff, but it is possible that there may be more than one person on both sides. Bilateral arbitration is the situation in which there is only one person in the position of the party applying for arbitration. In multilateral arbitration, there is more than one person in the position of party. Application to multilateral arbitration is usually encountered in investment contracts and work agreements because the responsibility of performance rests on more than two people¹⁶. Applying to more than one arbitration court in such disputes will cause extra costs, delays and inconsistent decisions.

5. National Arbitration and International Commercial Arbitration

States have adopted different models when it comes to national and international commercial arbitration. For example, while Russia adopts the UNCITRAL model in international commercial arbitration, it includes different legislation in national arbitration. This is also the case for Turkey. The biggest difference between national arbitration and international commercial arbitration arises in the enforcement and implementation of the decision rendered as a result of the dispute. National arbitration is a type of arbitration that is within the boundaries of a certain legal system due to the parties and the subject of the dispute and is independent of the foreign legal system. Accordingly, national arbitration is controlled and regulated by the legal order of the country to which it is affiliated.

3. Tek Kademeli Tahkim ve İki Kademeli Tahkim

Tahkim çözümünde hakemlerin uyuşmazlık hakkında verdikleri karar aleyhine yargı yoluna müracaat ediliyorsa bu durum tek kademeli tahkim olarak adlandırılmaktadır. Tahkimin özel bir görünüşü olan iki kademeli tahkimde ise hakemlerin uyuşmazlık hakkında verdikleri karar aleyhine aynı kurum içerisinde bir üst seviyeye müracaat edilmektedir. Üst merciinin vereceği karara karşı devlet mahkemelerine başvuru şartları ülkelerin kendi hukuk kurallarına göre belirlenmektedir. Örneğin Türk Hukukunda tek kademeli bir tahkim yolu belirlenmişken Hollanda Hukukunda iki kademeli tahkim benimsenmiştir.

4. İki Taraflı Tahkim ve Çok Taraflı Tahkim

Davada taraflar davalı ve davacı olarak ikiye ayrılmaktadır ancak iki tarafta da birden fazla kişinin bulunması mümkündür. İki taraflı tahkim, tahkime başvuran taraf konumunda tek kişinin bulunması durumudur. Çok taraflı tahkimde ise taraf konumunda birden fazla kişi bulunmaktadır. Çok taraflı tahkime başvuru genelde yatırım sözleşmeleri ve istisna akitlerinde karşımıza çıkmaktadır çünkü ifa sorumluluğu ikiden fazla kişinin üzerindedir¹⁶. Bu tür uyuşmazlıklarda birden çok tahkim mahkemesine başvurulması ekstra masraf, gecikme ve birbiriyle uyuşmayan kararlara sebep olacaktır.

5. Milli Tahkim ve Milletlerarası Ticari Tahkim

Devletler milli tahkim ve milletlerarası ticari tahkim söz konusu olduğunda farklı modelleri benimsemiştir. Örneğin Rusya milletlerarası ticari tahkimde UNCITRAL modelini benimserken milli tahkimde farklı mevzuata yer vermektedir. Keza Türkiye için de durum bu şekildedir. Milli tahkim ve milletlerarası ticari tahkimin aralarındaki en büyük fark uyuşmazlık sonucu verilen kararın tenfizi ve uygulanmasında ortaya çıkmaktadır. Milli tahkim taraflar ve uyuşmazlık konusu sebebiyle belirli bir hukuk sistemi sınırları içerisinde bulunan ve yabancı hukuk sisteminden bağımsız olan tahkim türüdür. Buna bağlı olarak milli tahkim bağlı olduğu ülkenin hukuk düzenince kontrol edilmekte ve düzenlemelere tabi olmaktadır.

In order not to create confusion in practice, the concept of international commercial arbitration is used instead of international arbitration, because the meaning of the concept of arbitration is seen as a superior concept that takes place in the resolution of international disputes and falls within the scope of international law. International commercial arbitration is used for arbitrations that fall into the field of private law in order to avoid any confusion while interpreting the concept.

As can be understood from the foregoing, national arbitration is bound to the legal system of a particular country, while international commercial arbitration will not be bound to the legal system of a particular country.

III. BUILT OPERATE TRANSFER MODEL**A. Built - Operate - Transfer**

The Build, Operate, Transfer ("BOT") Model is a technique that comes into being as a result of the privatization efforts of the facilities under the management of public administrations. It is installed and funded by the private sector and permits the transfer of the operating process to the administration once a sufficient profit is made. This model, which makes use of the budget resources in the private sector and the knowledge/ experience from the past, is the most prominent among the public-private partnerships.



Uygulamada karışıklık yaratmaması adına milletlerarası tahkim denilmesi yerine milletlerarası ticari tahkim kavramı kullanılmakta çünkü tahkim kavramının anlamı devletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde yer alan ve milletlerarası hukuk kapsamına giren bir üst kavram olarak görülmektedir. Kavram anlamlandırılırken herhangi bir karışıklığa mahal vermemek adına özel hukuk alanına giren tahkimler için milletlerarası ticari tahkim kullanılmaktadır.

Yukarıda anlatılanlardan anlaşılacağı üzere milli tahkim belli bir ülkenin hukuk sistemine bağlıyken milletlerarası ticari tahkim belli bir ülkenin hukuk sistemine bağlı olmayacaktır.

III. YAP İŞLET DEVRET MODELİ**A. Yap - İşlet - Devret**

Yap-İşlet-Devret ("YİD") Modeli, kamu idareleri tarafından yönetilen tesislerin özelleştirme çalışmaları sonucunda özel sektör tarafından finansmanı ve kurulumu sağlanan, işletme sürecinin yeterli kar gerçekleştikten sonra ise idareye devrine imkân veren bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Özel sektörde yer alan bütçe kaynaklarından ve geçmişten gelen bilgi/ birikimlerinden yararlanan bu model kamu özel iş birlikleri arasından en göz önünde olanıdır.

FOOTNOTE

¹⁶ Yaşar Karayalçın, Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usulü (Tahkim), Batider, V. XIX, Iss. 3, Ankara, 1998, p. 10-11.

DİPNOT

¹⁶ Yaşar Karayalçın, Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usulü (Tahkim), Batider, C. XIX, S. 3, Ankara, 1998, s. 10-11.

PART 9

Although there are older examples in the Build - Operate - Transfer model constructions, the foundation of this model was laid in the 17th century and the most popular examples were also created in this period. The establishment and operation of the Suez Canal, the creation of the Trans-Siberian railways and the Eiffel Tower are some of the most important developments that took place in this period¹⁷.

B. Public Private Collaborations And Build-Operate-Transfer Model

Public-private partnership practices are seen as a new concept, although they date back to the ancient Greek or Roman period. This is due to the fact that it takes time for techniques to become established, that international institutions and organizations are slow to support them, and that implementation in industrialized nations comes later. In the 1980s, when the influence of the states in the economy decreased and the role of the private sector grew, the concept of privatization was also adopted in this period. Although public-private partnerships were initially used in large projects as a field of use, over time it took its place in relatively small services to energy or high-way projects.

When it comes to public-private cooperation, more than one model comes to mind, and these models have been developed from the past to the present. Some of these models are;

“• Design-Construct-Manage-Finance

- Design-Build-Operate
- Design-Build-Finance-Operate
- Build-Own-Maintain
- Build-Own-Operate
- Build-Develop-Operate
- Build-Operate-Transfer
- Build-Own-Operate-Transfer
- Build-Rent-Transfer
- Build-Rent-Own-Transfer
- Build-Lease-Operate-Transfer

Yap-İşlet-Devret modeli yapılarda her ne kadar daha eskilere dayanan örnekler yer alsada esasen bu modelin temeli 17. yüzyılda atılmış olup en gözde örnekleri de yine bu dönemde meydana gelmiştir. Paris’in içme suyunun elde edilmesi amacıyla özel sektöre devredilmesi, Süveyş Kanalı’nın kurulması ve işletilmesi, Trans-Siberian demiryollarının oluşturulması ve Eyfel Kulesi bu dönemde gerçekleşen en önemli gelişmelerden bazılarıdır¹⁷.

B. Kamu Özel İş Birlikleri Ve Yap - İşlet- Devret Modeli

Kamu özel iş birliği uygulamaları her ne kadar Eski Yunan veya Roma dönemi gibi uzak geçmişe dayansa da yeni bir konsept olarak görülmektedir. Bunun sebebi ise uygulamaların düzenli hale gelmesinin zaman alması, uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından geç desteklenmesi ve son olarak gelişmiş ülkelerde uygulama alanı bulmasının geç bir tarihte meydana gelmesi olarak sayılabilir. Devletlerin ekonomide etkisinin azaldığı ve buna karşın özel sektörün rolünün büyüdüğü 1980’li yıllarda değişim başlamış olmakla beraber özelleştirme kavramı da bu dönemde benimsenmiştir. Kamu özel iş birlikleri kullanım alanı olarak başlarda büyük projelerde kullanılsa da zamanla enerji veya otoyol projelerine nispeten küçük hizmetlerde yerini almıştır.

Kamu özel iş birliği denildiğinde akla birden fazla model gelmekte olup bu modeller geçmişten günümüze geliştirilmektedir. Bu modellerin bazıları;

“Tasarla İnşa Et Yönet Finanse Et (Design-construct-manage-finance)

- Tasarla Yap İşlet (Design-build-operate)
- Tasarla Yap Finanse Et İşlet (Design-build-finance-operate)
- Yap Sahip Ol İdame Et (Build-own-maintain)
- Yap Sahip Ol İşlet (Build-own-operate)
- Yap Geliştir İşlet (Build-develop-operate)
- Yap İşlet Devret (Build-operate-transfer)
- Yap Sahip Ol İşlet Devret (Build-own-operate-transfer)
- Yap Kirala Devret (Build-rent-transfer)

• Build-Transfer-Operate

• Buy-Build-Operate

• Lease-Own-Operate or Lease-Develop-operate”

In the Build-Operate-Transfer model, the main application is the construction and operation of the project financed by a private person selected by the administration and transferring it to the administration or another private person selected by tender after the contract period expires. Although the BOT model is the most popular model among the models listed above, it is a model that finds the most application area and forms the basis for public-private partnerships. Although transportation is the place where this model, which is widely used in our country, finds the most application area, the energy sector follows the transportation sector in the second place.

C. Build Operate Transfer Model Implementation In Turkey

The implementation of the Build-Operate-Transfer model in Turkey is based on the aim of creating investments that need resources and technical knowledge, although it is a controversial issue that it took place in 1994. This model, which paves the way for the projects planned to be carried out in Turkey since 1994, regardless of whether there are domestic or foreign investors, aims to increase employment.

The realization of infrastructure facilities and investments of strategic importance in developing countries is of great importance, and the biggest obstacle to the realization of these investment projects is the lack of resources¹⁸. While the problem of lack of resources is usually in question in large-scale projects, small-scale projects can mostly be met from internal financing resources¹⁹. When there is a lack of resources, external resources can be applied, and when external resources are requested, issues such as the development of the requesting country, sources of income, the reliability of the

• Yap Kirala Sahip Ol- Devret (Build-rent-own-transfer)

• Yap Kirala İşlet Devret (Build-lease-operate-transfer)

• Yap Devret İşlet (Build-transfer-operate)

• Al Yap İşlet (Buy-build-operate)

• Kirala Sahip Ol İşlet (Lease-own-operate)-veya Kirala Geliştir İşlet (Lease-develop-operate)”

olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yap-İşlet-Devret modelinde esas uygulama idarece seçilen bir özel kişi tarafından finanse edilen projenin yapılıp işletilmesi ve sözleşme süresi sona erdikten sonra yeniden idareye veya ihale yolu ile seçilen bir başka özel kişiye devredilmesidir. YİD modeli yukarıda sıralanan modeller arasında en gözde model olmakla beraber en çok uygulama alanı bulan ve kamu özel iş birliklerine temel oluşturan bir modeldir. Ülkemizde de yaygın şekilde kullanılan bu modelin en fazla uygulama alanı bulunduğu sektör ulaşım olmakla beraber enerji sektörü ise ikinci sırada ulaşım sektörünü takip etmektedir.

C. Türkiye’de Yap İşlet Devret Modeli Uygulaması

Yap-İşlet-Devret modelinin Türkiye’de uygulanmasının 1994 yılında gerçekleşmesi olması tartışmalı bir konu olmakla beraber kaynak ve teknik bilgi ihtiyacı olan yatırımların meydana getirilmesi amacına dayanmaktadır. 1994 senesinden beri yerli ve yabancı yatırımcı olması fark etmeksizin Türkiye’de yapılması planlanan projelerin önünü açan bu model istihdamda artışı hedeflemektedir.

Gelişmekte olan ülkelerde altyapı tesislerinin ve stratejik önem taşıyan yatırımların gerçekleştirilmesi fazlasıyla önem arz etmekte olup, bu yatırım projelerinin hayata geçirilmesindeki en büyük engel, kaynak yetersizliğidir¹⁸. Kaynak yetersizliği sorunu, genellikle büyük ölçekli projelerde söz konusu olurken, küçük ölçekli projeler ise çoğunlukla iç finansman kaynaklarından karşılanabilmektedir¹⁹. Kaynak yetersizliği söz konusu olduğunda ise dış kaynaklara başvurulabilmektedir ve dış kaynak isteminde bulunulduğunda ise talepte bulunan ülkenin gelişmişliği, kazanç kaynakları, ekonomik ve siyasi ortamının güvenilirliği gibi

FOOTNOTE

¹⁷ Güzin Pekgüçlü Karabulut, Türk Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi, Doktora Tezi, Ankara 2005, p. 22.

¹⁸ Kadir Özer, Yap-İşlet-Devret Modeli ve Türkiye Uygulamaları. Ziraat Mühendisliği, January-June 2012, p. 358, s. 33.

¹⁹ Özer, p. 33.

DİPNOT

¹⁷ Güzin Pekgüçlü Karabulut, Türk Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi, Doktora Tezi, Ankara 2005, s. 22.

¹⁸ Kadir Özer, Yap-İşlet-Devret Modeli ve Türkiye Uygulamaları. Ziraat Mühendisliği, Ocak-Haziran 2012, s. 358, s. 33.

¹⁹ Özer, s. 33.

PART 9

economic and political environment play an important role in the transfer of external resources²⁰.

D. Advantages And Disadvantages Of The Build-Operate-Transfer Model

Although the Build-Operate-Transfer model is an ongoing model in different countries in the world under different names, its arrival in our country is aimed at encouraging foreign capital to be brought into the country. It has some advantages and disadvantages in this regard.

These advantages can be listed as "Completion of the project on time or earlier, understanding of good management and effective management, benefiting from research, development, experience, technology and knowledge of foreign companies, adding foreign capital to the existing resources in the economy, making investments with foreign resources and increasing the total savings in the country"²¹.

On the other hand, disadvantages are, "Even if there might not be much of an investment burden at first, this could change in the upcoming years. Depending on the cost and profitability, the investment may be more expensive than what would be obtained by conventional means, and it may take several years for the facilities to begin operating as a consequence of the investment. This raises the possibility of social and economic issues

hususlar dış kaynak aktarımında önemli rol oynamaktadır²⁰.

D. Yap İşlet Devret Modelinin Avantaj Ve Dezavantajları

Yap-İşlet-Devret modeli dünyada farklı ülkelerde farklı adlar altında uygulanması süregelen bir model olmakla beraber ülkemizdeki gelişmiş yabancı sermayenin yurtiçine getirilmesine teşvik amaçlıdır. Bu hususta birtakım avantaj ve dezavantajları bünyesinde barındırmaktadır.

Avantajları; "Projenin zamanında veya daha önce tamamlanması, iyi yönetim ve etkin işletmecilik anlayışı, yabancı şirketlerin araştırma, geliştirme, deneyim, teknoloji ve bilgi birikimlerinden yararlanma, yabancı sermayeyi ülkeye çekerek ekonomideki mevcut kaynaklara ekleme, yatırımları yabancı kaynakla gerçekleştirerek, ülke içinde toplam tasarrufları artırma imkanı sağlaması" sayılabilir²¹.

Dezavantajları ise; "Başlangıçta yatırımın yükü hafif olacağından, gelecek yıllarda bu durum tersine dönebilir. Yatırımın maliyeti normal yollarla gerçekleştirilen fiyattan üzerine çıkabilir, gerçekleştirilecek yatırımın sonucunda tesislerin işletilme süresi maliyet ve karlılığına göre uzun yılları gerektirebilir. Bu durum ise bu zaman diliminde ekonomik ve sosyal sorunlarla karşılaşma ihtimalini artırmaktadır. Sürenin uzun olması iktidara gelen

at this time. The protracted time may even clash with the social and economic agendas of the incoming cadres, leading to international issues"²².

The success of the BOT model can be attributed to the appropriateness of the project designs, the appropriateness of the agreements, the support of the legal system for the projects and the responsible behavior of the parties. If we list the factors affecting the success of this model; "As the operating period requires many years, political problems, the need for the project of the country to be invested, the reliable environment and conditions for foreign capital and investors, the economic profitability of the country to be invested, the financiers and other parties (state on behalf of the invested country, joint venture company, shareholders), financiers, builders, operators, buyers) to fulfill their responsibilities"²³.

E. Legal Quality Of The Build Operate Transfer Model

1. Contract Characteristics of the BOT Model

When the legal nature of the BOT model is examined, the first thing to mention is that there is a contractual relationship. It is the Decision of the Council of Ministers No. 94/5907, issued pursuant to the Law No. 3996, where such contracts will enter into force upon signing²⁴. The subject of BOT contracts is the provision of financing between the administration and the investor, the determination of many issues such as the duration of the contract and costs.

2. Qualification of BOT: Sui Generis

The BOT model has created a structure of its own when the performances of two typical contracts are combined and the counter-performs are replaced by the finance element. In this model, the main aim of the investor is to have the right to operate the investment in return for financing, while the administration's is to provide the financing of the investment by the investor. As a result of the combination of more than one typical contract acts, the BOT model, which has a mixed form, has been formed.

kadroların ekonomik ve sosyal politikalarıyla çelişerek ülkeler arası sorunlar bile ortaya çıkabilir."²² olmasıdır.

YİD modelinin başarısı; meydana getirilen projelerin tasarımlarının uygunluğu, anlaşmaların yerindeliği, hukuki düzenin projeleri desteklemesi ve tarafların sorumluluk bilinci ile hareket etmeleri şartlarına bağlanabilmektedir. Bu modelin başarısına etki eden faktörleri sıralayacak olursak; "İşletme dönemi uzun yıllar gerektirdiği için politik sorunlarla karşılaşılması, yatırım yapılacak ülkenin projeye olan gereksinimi, yabancı sermaye ve yatırımcı için güvenilir ortam ve şartlar, yatırım yapılacak ülkenin iktisadi rantabilitesi, Finansörlerin ve diğer tarafların (yatırım yapılan ülke adına devlet, ortak girişim şirketi, hissedarlar, finansörler, inşaa edenler, işleticiler, satın alıcılar) üstlendikleri sorumlulukları yerine getirmeleri" olacaktır²³.

E. Yap İşlet Devret Modelinin Hukuki Niteliği

1. YİD Modelinin Sözleşme Olma Niteliği

YİD modelinin hukuki niteliği irdelendiğinde ilk olarak belirtilmesi gereken, arada bir sözleşme ilişkisi bulunmasıdır. Bu tür sözleşmelerin imzalanarak yürürlüğe gireceği 3996 Sayılı Kanun'a istinaden çıkarılan 94/5907 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'dır²⁴. YİD sözleşmelerinin konusu idare ile yatırımcı arasında finansmanın temini, sözleşme süresi ve masraflar gibi birçok konunun belirlenmesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

2. YİD Sui Generis Olma Niteliği

YİD modeli iki tipik sözleşmenin edimleri birleşip karşı edimlerin yerini finans unsuru almasıyla kendine ait bir yapı oluşturmuştur. Bu modelde yatırımcının asıl gayesi finansmanın sağlanması karşılığında yatırımı işletme hakkına haiz olmak iken idarenin ise yatırımın finansmanının yatırımcı tarafından sağlanmasıdır. Birden fazla tipik sözleşme edimlerinin bir araya gelmesi sonucu karma bir şekle sahip olan YİD modeli oluşmuştur.

FOOTNOTE

20 Özer, p. 33.

21 Özer, p. 32.

22 Özer, p. 32.

23 Özer, p. 33.

24 Pekgüçlü Karabulut, p. 36.



DİPNOT

20 Özer, s. 33.

21 Özer, s. 32.

22 Özer, s. 32.

23 Özer, s. 33.

24 Pekgüçlü Karabulut, s. 36.

PART 9

3. Qualification of BOT: Being a Fully Bilateral Contract

The Build-Operate-Transfer model consists of a relationship that exists within the framework of the buying-giving balance, that is, one of the parties owes the other party of the contract in order to create a debt obligation to itself. In this case, BOT is a type of contract that imposes debts on both parties.

4. Qualification of BOT: Having a Permanent Debt Relationship

BOT model contracts are always effective since the performance of the obligations will take place continuously within a certain period of time.

F. Termination Of Build - Operate - Transfer Contract

In general, although the investment period and the operating period are specified in BOT contracts, there are also BOT models that do not have a predetermined contract period. In BOT contracts for which the contract period is determined, it will automatically terminate following the expiration of the period, and in BOT contracts with an indefinite contract time, the period for giving notice of termination is defined as reasonable.

In the event that there is a reason that absolutely prevents the debtor from realizing the imposition and is not due to the debtor's own fault, it is accepted that the impossibility has occurred and if this reason is evident, the contractual relationship will not be terminated and the default provisions will be applied. However, if this obstacle makes the continuation of the contractual relationship unbearable, the termination of the contract with just cause or termination due to impossibility will come to the fore²⁵.

IV. BOT MODEL AND INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

If we examine the applicability of international commercial arbitration in terms of foreign investors investing with the BOT model; While agreements are mostly made with foreign investors within the framework of concession agreements, international agreements are signed in many areas such

3. YİD Tam İki Tarafa Borç Yükle-yen Bir Sözleşme Olma Niteliği

Yap-İşlet-Devret modeli alma-verme dengesi çerçevesinde varlığını sürdüren yani taraflardan birinin sözleşmenin karşı tarafını kendisine karşı borç yükümlülüğü doğurmak amacıyla borçlandığı bir ilişkiden oluşmaktadır. Bu durumda YİD tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme türüdür.

4. YİD Sürekli Borç İlişkisi Olma Niteliği

YİD modeli sözleşmeler, edimlerin ifası belirli bir süre içerisinde devamlı olarak gerçekleşeceğinden sürekli edimlidir.

F. YİD Sözleşmesinin Feshi

Genelde YİD sözleşmelerinde yatırım dönemine ve işletme dönemine ait süreler belirtilse de önceden belirlenmiş bir sözleşme süresinin bulunmadığı YİD modelleri de karşımıza çıkabilmektedir. Sözleşme süresi belirli olan YİD sözleşmelerinde sürenin sona ermesini müteakiben kendiliğinden sona erme durumu meydana gelecek olup yatırım ve işletme süresi belirli olmayan YİD sözleşmelerinde fesih ihbarının yapılması için öngörülen süre makul süre olarak tanımlanmaktadır.

Borçlunun ivaz sonucunu gerçekleştirmesini mutlak suretle önüne geçen ve borçlunun bizzat kusurundan kaynaklanmayan bir sebebin varlığı halinde imkansızlığın meydana geldiği kabul edilerek ve bu sebebin sâri olması durumunda sözleşme ilişkisi sona ermeyecek olup temerrüt hükümleri uygulanacaktır. Ancak işbu engel sözleşme ilişkisinin devamını sözleşmenin hitamını katlanılmaz hale getiriyorsa sözleşmenin haklı nedenle feshi ya da imkansızlık sebebiyle feshi durumu gündeme gelecektir²⁵.

IV. YİD MODELİ VE ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİM

YİD modeli ile yatırım yapan yabancı yatırımcılar bakımından uluslararası ticari tahkimin uygulanabilirliğini inceleyecek olursak; yabancı yatırımcılar ile çoğunlukla imtiyaz sözleşmeleri çerçevesinde anlaşmalar yapılmakla birlikte, YİD çerçevesinde de boru hattı inşası, yol yapımı, baraj ve yol inşası

as pipeline construction, road construction, dam and road construction within the framework of BOT. In this context, ICSID (International Convention on the Settlement of Investment Disputes) is an international arbitration institution established for legal dispute resolution and conciliation. Through this process, disputes regarding international investments are resolved through activities carried out similar to the mediation mechanism.

A. ICSID Arbitration Process

In this part of the article, the conflicts in the Build-Operate-Transfer model will be discussed through a concrete example. For this purpose, the ICSID Arbitration Process will be explained first and then the case between PSEG Global Inc. and Konya İlgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi before ICSID will be explained.. According to that;

The establishment of ICSID (International Center for The Settlement of Investment Disputes), also known as the International Center for the Settlement of Investment Disputes, dates back to the 1960s. The main duty of the Center is to resolve the investment disputes that may arise between the citizens of one state and the citizens of another state through arbitration²⁶. Since the main reason for the establishment of this center is the "Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Citizens of Other States", it is accepted as a condition that at least one of the parties who can apply to this center is a member of this convention²⁷. In order for the disputes that may arise to be resolved in this resolution center, the will of the parties to apply must agree. In addition to being a member of the convention, the states that are parties to the dispute must have a treaty showing their mutual consent to the application in order for the Center to be authorized. In summary; In the event of a dispute arising from an investment, if at least one of the parties to this dispute is a member of the convention and the citizenship of the other party belongs to another state, and if there is a written agreement that the dispute that may arise between them will be resolved by the center, then ICSID is authorized to settle. In the meantime, it should be noted that the fact that the investor is a natural or legal person has no effect on the application to

gibi birçok alanda uluslararası sözleşmeler imzalanmaktadır. Bu kapsamda Uluslararası Yatırım Anlaşmaları doğrultusunda oluşabilecek ihtilaflarda çözüm süreci olarak ICSID (International Convention on the Settlement of Investment Disputes); hukuki anlaşmazlık çözümü ve uzlaşma için kurulmuş uluslararası bir tahkim kurumunu teşkil eder. Bu süreç ile uluslararası yatırımlara ilişkin anlaşmazlıklar arabuluculuk mekanizmasına benzer olarak yürütülen faaliyetler aracılığıyla çözüme kavuşturulur.

A. ICSID Tahkim Süreci

Makalenin bu kısmında Yap-İşlet-Devret modelinde çıkan uyuşmazlıklar somut bir örnek üzerinden anlatılarak irdelenecektir. Bu amaçla öncelikle ICSID Tahkim Süreci açıklanıp daha sonra PSEG Global Inc. Ve Konya İlgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi arasında ICSID nezdinde görülen dava açıklanacaktır. Buna göre;

ICSID (International Center For The Settlement Of Investment Disputes) bir diğer adı ile Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Milletlerarası Merkez'in ("Merkez") kuruluşu 1960'lara dayanmaktadır. Merkezin asli görevi bir devletin vatandaşları ile diğer bir devletin vatandaşları arasında doğabilecek olan yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözülmesidir²⁶. Bu merkezin kurulmasının asıl sebebi "Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Hakkında Washington Konvansiyonu" olduğundan bu merkeze başvurabilecek olan taraflardan en az birinin bu konvansiyona üye olması şart olarak kabul edilmektedir²⁷. Ortaya çıkabilecek olan uyuşmazlıkların işbu çözüm merkezinde çözülebilmesi için tarafların başvuru iradesinin uyuşması gerekmektedir. Uyuşmazlığın tarafı olan devletlerin konvansiyona üye olmalarının yanı sıra başvuruda karşılıklı irade uyumlarını gösteren bir sözleşmenin bulunması, Merkez'in yetkili kılınması için gerekliliktir. Özetle; yatırımdan kaynaklı bir uyuşmazlığın varlığı halinde, bu uyuşmazlık taraflarından en az biri konvansiyona üye ve diğer tarafın vatandaşlığı diğer bir devlete aitse ve aralarında çıkabilecek uyuşmazlığın merkez tarafından çözümleneceğine dair yazılı bir anlaşma var ise, çözümde ICSID yetkilidir. Bu arada belirtmek gerekir ki yatırımcının gerçek veya tüzel kişi bulunmaması ile beraber vatansızlar ve mülteciler için Merkez'e başvuru yolu kapalıdır²⁸.

DİPNOT

25 Pekgüçlü Karabulut, s. 539.

26 Christophe Imhoos/ Herman Verbist, Arbitration and Alternative Dispute Resolution: How To Settle International Business Disputes, Geneva, 2001, s. 62.

27 Ergin Nomer/ Nuray Ekşi/ Günseli Öztekin Gelgel, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt:1, İstanbul, 2008, s.133-146.

28 Faruk Kerem Giray, Türkiye'nin Taraf Olduğu İki Taraflı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarında Öngörülen İhtilaf Çözüm Yolları, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 17, S. 1-2, 1997, s. 224.

FOOTNOTE

25 Pekgüçlü Karabulut, p. 539.

26 Christophe Imhoos/ Herman Verbist, Arbitration and Alternative Dispute Resolution: How To Settle International Business Disputes, Geneva, 2001, p. 62.

27 Ergin Nomer/ Nuray Ekşi/ Günseli Öztekin Gelgel, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt:1, İstanbul, 2008, p. 133-146.

PART 9

the Center, but the way of application to the Center is closed for stateless people and refugees²⁸.

From the moment the parties to the dispute transfer the solution to the Center, it is not possible to return from this point with a unilateral declaration of will, because after this moment of decision, the resolution of the dispute is transferred to the arbitrator. The law to be applied in this dispute, in which the parties apply for resolution, is decided by the parties, but if there is no agreement between the parties, the law determined in the convention is applied.

B. ICSID Arbitration Case Between Pseg Global Inc. And Konya Ilgın Elektrik Üretim Ve Ticaret Limit Şirketi

PSEG Global was found to be right in the lawsuit filed against Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi before ICSID on May 2, 2002, and paid 65% of the legal expenses in addition to the compensation of 9.000.000 USD as a result of the arbitration. The basis of the case is based on the BIT (Bilateral Investment Treaty), which entered into force in 1990 between Turkey and the USA.

The underlying issue of the dispute is whether the Build-Operate-Transfer model is subject to administrative or private law. When the period of the contract is examined, the Build - Operate - Transfer model projects are subject to the Council of State, but with the Constitutional amendment made in 1999, these projects started to be evaluated within the scope of private law. In accordance with the agreement made between the investor and the Ministry of Energy and Natural Resources in 1996, the construction and operation of Konya Ilgın Power Plant with BOT is within the scope of private law pursuant to the law numbered 3996 enacted in 1994. According to a decision of the Constitutional Court in 1998, Law No. 3996 was annulled on the grounds that BOT projects were subject to public law instead of private law²⁹. PSEG, which applied to the Council of State after the annulment decision, received permission that this agreement was in the nature of a concession agreement. However, while the Council of State made this decision, it approved the concession agreement by removing the ICSID arbitration method, which is the trial procedure, from

Uyuşmazlığın tarafları çözümü Merkez'e devrettikleri andan itibaren bu noktadan dönüş tek taraflı irade beyanı ile mümkün değildir, çünkü bu kararlaşırma anından sonra uyuşmazlığın çözümü hakeme devredilmektedir. Tarafların çözüm amacıyla başvurduğu bu uyuşmazlıkta uygulanacak hukuk taraflarca kararlaştırılmaktadır ancak taraflar arasında bir anlaşma bulunmuyorsa konvansiyonda belirlenen hukuk uygulanmaktadır.

B. Pseg Global Inc. Ve Konya Ilgın Elektrik Üretim Ve Ticaret Limited Şirketi Arasında Görülen Icsid Tahkim Davası

PSEG Global Inc. Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi'ne ICSID nezdinde 2 Mayıs 2002 tarihinde açtığı davada haklı bulunmuş ve tahkim sonucunda 9.000.000 USD tazminata ek yargı giderlerinin %65'ini ödetmiştir. Davanın temeli Türkiye ve ABD arasında 1990 yılında yürürlüğe giren BIT'ye (Bilateral Investment Treaty) dayanmaktadır.

Uyuşmazlığın temelinde yatan, Yap-İşlet-Devret modelinin idare hukukuna mı yoksa özel hukuka mı tabi olduğu sorudur. Sözleşmenin yapıldığı dönem incelendiğinde Yap-İşlet-Devret modeli projeler Danıştay'a tabi olmakla beraber 1999 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile bu projeler özel hukuk kapsamında değerlendirilmeye başlanmıştır. 1996 yılında yatırımcı ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı arasında yapılan sözleşme uyarınca Konya Ilgın Elektrik Santrali'nin YİD ile yapılıp işletilmesi 1994 senesinde çıkarılan 3996 Sayılı kanuna istinaden özel hukuk kapsamına girmektedir. 1998 senesinde Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir karara göre YİD projelerinin özel hukuk yerine kamu hukukuna tabi olması gerekçesiyle 3996 Sayılı Kanun iptal edilmiştir²⁹. İptal kararının ardından Danıştay'a başvuruda bulunan PSEG bu anlaşma sözleşmesinin bir imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olduğuna dair izin almıştır. Ancak Danıştay bu kararı verirken asıl sözleşme metninden yargılama usulü olan ICSID tahkim yolunu çıkartarak imtiyaz sözleşmesine onay vermiştir. Davacı şirket PSEG buna karşın herhangi bir uyuşmazlık durumunda tahkim yoluna başvuracağı hükmünü saklı tuttuğunu Enerji ve

the original contract text. Despite this, the plaintiff company PSEG has announced that it reserves the provision that it will resort to arbitration in case of any dispute by making a notification to the Ministry of Energy and Natural Resources ("Ministry"). Although the applicant company, which applied to the Ministry, accepted some financial privileges requested by the Ministry as a result of these applications, it did not approve all revisions of the contract made by the Ministry. Following the silence of the Administration as a result of these applications, with a new legislation enacted in 2001, the realization of the project planned between PSEG and TEAŞ became impossible³⁰. As a result of the new law enacted, a one year term was imposed on the agreements, and this project, which was planned to be made with TEAŞ, was completely canceled and PSEG resorted to ICSID arbitration. Claims made by the plaintiff company while applying for arbitration: malicious sanctions, arbitrariness of sanctions, Constitution is in violation of Article 48 and the expectations presented by the Administration remain unfulfilled. In Turkey's defenses against the Plaintiff Company, it is seen that the Build-Operate-Transfer model contracts cannot be adapted according to the investor's conditions, and in addition, there are allegations that the investor has attitudes that are contrary to this contract.

PSEG was found to be justified in the arbitration proceedings, since the terms of the arbitration committee could not be regulat-

Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na ("Bakanlık") bir bildirimde bulunarak duyurmuştur. Bakanlık'a başvuruda bulunan davacı şirket bu başvurular sonucunda Bakanlık tarafından istenilen bazı mali ayrıcalıkları kabul etse de sözleşmenin Bakanlık tarafından yapılan tüm revizelerine onay vermemiştir. Yapılan bu başvurular sonucunda İdare'nin sessiz kalmasını müteakiben 2001 yılında çıkarılan yeni bir mevzuat ile PSEG ve TEAŞ arasında yapılması planlanan projenin gerçekleştirilmesi imkânsız hale gelmiştir³⁰. Çıkarılan yeni kanun sonucunda anlaşmalara 1 yıllık süre şartı koyulduğundan TEAŞ ile yapılması planlanan bu projenin tamamıyla iptal olmasıyla birlikte PSEG, ICSID tahkim yoluna başvurmuştur. Davacı şirketin tahkim yoluna başvurma esnasında öne sürdüğü iddialar: kötü niyetli yaptırımlar, yaptırımların keyfiliği, T.C. Anayasası 48. maddeye aykırılık ve İdare tarafından sunulan beklentilerin karşılıksız kalması yönündedir. Türkiye'nin ise Davacı Şirket'e karşı sunduğu savunmalarında Yap-İşlet-Devret modeli sözleşmelerin yatırımcı şartlarına göre uyarlanamayacağı ve buna ek olarak yatırımcının bu sözleşmeye aykırılık teşkil eden tutumlarının olduğu iddiaları görülmektedir.

Yapılan tahkim yargılamasında hakem heyeti sözleşme şartlarının yatırımcı aleyhine düzenlenemeyeceğini ve Yap-İşlet-Devret modeli yatırımlarda teşvik esas alındığından PSEG haklı bulunmuştur. Buna ek olarak Türkiye'nin yatırımcı şirket ile görüşme yapmama gibi tutumlarını hakkaniyete aykırı bulmakla beraber, davacının beyanı olan

FOOTNOTE

²⁸ Faruk Kerem Giray, Türkiye'nin Taraf Olduğu İki Taraflı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarında Öngörülen İhtilaf Çözüm Yolları, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, V. 17, İss. 1-2, 1997, p. 224.

²⁹ Anayasa Mahkemesi 26/3/1997 Tarih, E.: 1996/63, K.: 1997/40.

³⁰ 4628 sayılı ve 20/2/2001 tarihli Elektrik Piyasası Kanunu 3/3/2001 tarihli ve 24335 sayılı Resmî Gazete.

DİPNOT

²⁹ Anayasa Mahkemesi 26/3/1997 Tarih, E.: 1996/63, K.: 1997/40.

³⁰ 4628 sayılı ve 20/2/2001 tarihli Elektrik Piyasası Kanunu 3/3/2001 tarihli ve 24335 sayılı Resmî Gazete.

PART 9

ed against the investor and the Build-Operate-Transfer model was based on incentives for investments. In addition, arbitration committee declared that although it found Turkey's attitude of not meeting with the investor company to be unfair, it did not bear the title of bad faith, which is the statement of the plaintiff. The legislative changes that occurred during the implementation of the project were evaluated as non-compliance with the state's obligation to act fairly. As a result of this arbitration, Turkey was found to be unfair and sentenced to cover 65% of the litigation expenses in addition to the compensation of 9.000.000 USD.

V. CONCLUSION

The BOT model, which emerged in a period of increasing privatization and globalization, has enabled foreign capital to come to the country thanks to the bids made with the model, thus saving foreign currency and transferring new technology, and today it has become a typical practice for some service areas, no longer being an alternative method in the organization and financing of services. International commercial arbitration plays a vital role in resolving disputes that may arise during the BOT process. Because foreign investors, in particular, want to resolve a possible dispute through international commercial arbitration, the applicability of this method encourages foreign investors.

According to the International Arbitration Law: Legal risks are an important issue that negatively affects the repayment of the loan received in the BOT process or the equity capital used by the investor. Investors desire to be convinced of how the right to property is observed in the legal system in the country, the scope and consequences of liability clauses, how the trial process works in legal dispute resolution and how reliable this legal order is. As a guarantee against legal risk, "arbitration records" can be arranged in the contract, with the thought that the state will be in a more advantageous position in the case to be heard in the country of the investing state in public investments and a fair trial cannot be held.

kötü niyet sıfatını taşımadığını açıklamıştır. Projenin yapılması esnasında meydana gelen mevzuat değişikliklerini devletin adaletli davranma yükümlülüğüne uymaması olarak değerlendirmiştir. Bu tahkim yargılaması sonucunda haksız bulunan Türkiye 9.000.000 USD tazminata ek olarak yargılama giderlerinin %65'ini karşılama cezasına mahkûm edilmiştir.

V. SONUÇ

Özelleşme ve globalleşmenin arttığı dönemde ortaya çıkan YİD modeli, modelle birlikte yapılan teklifler sayesinde ülkeye yabancı sermayenin gelmesi ve böylece döviz tasarrufu ile yeni teknoloji transferi sağlanmış olup günümüzde artık bazı hizmet alanları açısından, hizmetlerin örgütlenmesi ve finansmanında alternatif yöntem olmaktan çıkarak tipik bir uygulama haline dönüşmüştür. YİD sürecinde ortaya çıkabilecek olan uyuşmazlıkların çözümü bakımından uluslararası ticari tahkim hayati bir rol oynamaktadır. Zira özellikle yabancı yatırımcılar, olası bir uyuşmazlığı uluslararası ticari tahkim yolu ile çözmek istedikleri için, bu yöntemin uygulanabilir olması yabancı yatırımcıları teşvik etmektedir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre; Hukuki riskler, YİD sürecinde alınan kredinin veya yatırımcının kullandığı öz sermayenin geri ödenmesini negatif yönde etkileyen önemli bir husustur. Yatırımcılar, ülkedeki hukuk sisteminde mülkiyet hakkının nasıl gözetildiği, sorumluluk maddelerinin kapsamı ve sonuçları, hukuki uyuşmazlık çözümünde yargılama sürecinin nasıl işlediği ve bu hukuki düzenin ne derece güvenilir olduğu konusunda ikna olmayı arzulamaktadır. Hukuki riske karşı güvence olarak en çok kamu yatırımlarında yatırım sahibi devletin ülkesinde görülecek davada devletin daha avantajlı bir konumda olacağı ve adil bir yargılama gerçekleştirilemeyeceği düşüncesiyle sözleşmede "tahkim kayıtları" düzenlenebilmektedir.

BIBLIOGRAPHY

- 3533 Umumi, Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi İdarelere Aid Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yoluyla Halli Hakkında Kanun. (1938, 06 29). (29.06.1938 Tarihli ve 1657 Sayılı Resmî Gazete).
- 4628 sayılı ve 20/2/2001 tarihli Elektrik Piyasası Kanunu 3/3/2001 tarihli ve 24335 sayılı Resmî Gazete. (Tarih yok).
- 4628 sayılı ve 20/2/2001 tarihli Elektrik Piyasası Kanunu 3/3/2001 tarihli ve 24335 sayılı Resmî Gazete. (Tarih yok).
- ANAYASA MAHKEMESİ, T. 26/3/1997, E.: 1996/63, K.: 1997/40.
- BAHATTİN ARAS**, Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Özellikleri, 2009.
- BİLAL ERYILMAZ**, Belediye Hizmetlerinin Yürütülmesinde Alternatif Kurumsal Hizmetler, Türk İdare Dergisi, S. Türk İdare Dergisi, 17, 1989.
- CENGİZ SERDAR KONURALP**, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, İstanbul 2011.
- CHRISTIAN BUHRING-UHLE**, Alternative Dispute Resolution in Business, Ohio 1999.
- CHRISTOPHE IMHOOS/ HERMAN VERBIST**, Arbitration and Alternative Dispute Resolution: How To Settle International Business Disputes, Geneva 2001.
- ERGÜN NOMER/ NURAY EKŞİ/ GÜNSELİ ÖZTEKİN GELGEL**, Milletlerarası Tahkim Hukuku (Cilt 1), İstanbul 2008.
- EROL TÜREL**, Tahkim Yargılaması, İstanbul 2004.
- FARUK KEREM GIRAY**, Türkiye'nin Taraf Olduğu İki Taraflı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarında Öngörülen İhtilaf Çözüm Yolları, 1997-1998.
- GÜZİN PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, Türk Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi, Ankara 2005.
- HENRY J. BROWN, ARTHUR L. MARRIOTT**, ADR Principles and Practice, London 1993.
- JOHANNES WARBECK**, Alternative Dispute Resolution in the World of Business: a Comparative Analysis of the Use of ADR in the United Kingdom and Germany, 1998.
- JOHANNES WARBECK**, Alternative Dispute Resolution in the World of Business: A Comparative Analysis of the Use of ADR in the United Kingdom and Germany, Wales 1996.
- KADİR ÖZER**, Yap-İşlet-Devret Modeli ve Türkiye Uygulamaları, Ziraat Mühendisliği, 2012.
- M. KAMİL YILDIRIM**, İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, 2007.
- MARTİN A. FREY**, Alternative Methods of Dispute Resolution, New York, 2003.
- MUSTAFA SERDAR ÖZBEK**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2009.
- MÜJGAN KARYAĞDI/ İLHAMİ ÖZTÜRK**, Vergi ve Sermaye Piyasası Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul 2009.
- SÜHA TANRIVER**, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, 2006.
- TİMUÇİN MUŞUL/ CENGİZ SERHAT KONURALP**, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, İstanbul 2011.
- YAŞAR KARAYALÇIN**, Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usulü' (Tahkim), XIX (3), Ankara 1998.
- ZİYA AKINCI**, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, 1996.
- ZİYNET SELDA CEYLAN**, Tahkim ve Hakem Sözleşmeleri, İstanbul 2000.

KAYNAKÇA

- 3533 Umumi, Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi İdarelere Aid Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yoluyla Halli Hakkında Kanun. (1938, 06 29). (29.06.1938 Tarihli ve 1657 Sayılı Resmî Gazete).
- 4628 sayılı ve 20/2/2001 tarihli Elektrik Piyasası Kanunu 3/3/2001 tarihli ve 24335 sayılı Resmî Gazete. (Tarih yok).
- 4628 sayılı ve 20/2/2001 tarihli Elektrik Piyasası Kanunu 3/3/2001 tarihli ve 24335 sayılı Resmî Gazete. (Tarih yok).
- ANAYASA MAHKEMESİ, T. 26/3/1997, E.: 1996/63, K.: 1997/40.
- BAHATTİN ARAS**, Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Özellikleri, 2009.
- BİLAL ERYILMAZ**, Belediye Hizmetlerinin Yürütülmesinde Alternatif Kurumsal Hizmetler, Türk İdare Dergisi, S. Türk İdare Dergisi, 17, 1989.
- CENGİZ SERDAR KONURALP**, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, İstanbul 2011.
- CHRISTIAN BUHRING-UHLE**, Alternative Dispute Resolution in Business, Ohio 1999.
- CHRISTOPHE IMHOOS/ HERMAN VERBIST**, Arbitration and Alternative Dispute Resolution: How To Settle International Business Disputes, Geneva 2001.
- ERGÜN NOMER/ NURAY EKŞİ/ GÜNSELİ ÖZTEKİN GELGEL**, Milletlerarası Tahkim Hukuku (Cilt 1), İstanbul 2008.
- EROL TÜREL**, Tahkim Yargılaması, İstanbul 2004.
- FARUK KEREM GIRAY**, Türkiye'nin Taraf Olduğu İki Taraflı Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmalarında Öngörülen İhtilaf Çözüm Yolları, 1997-1998.
- GÜZİN PEKGÜÇLÜ KARABULUT**, Türk Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi, Ankara 2005.
- HENRY J. BROWN, ARTHUR L. MARRIOTT**, ADR Principles and Practice, London 1993.
- JOHANNES WARBECK**, Alternative Dispute Resolution in the World of Business: a Comparative Analysis of the Use of ADR in the United Kingdom and Germany, 1998.
- JOHANNES WARBECK**, Alternative Dispute Resolution in the World of Business: A Comparative Analysis of the Use of ADR in the United Kingdom and Germany, Wales 1996.
- KADİR ÖZER**, Yap-İşlet-Devret Modeli ve Türkiye Uygulamaları, Ziraat Mühendisliği, 2012.
- M. KAMİL YILDIRIM**, İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, 2007.
- MARTİN A. FREY**, Alternative Methods of Dispute Resolution, New York, 2003.
- MUSTAFA SERDAR ÖZBEK**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2009.
- MÜJGAN KARYAĞDI/ İLHAMİ ÖZTÜRK**, Vergi ve Sermaye Piyasası Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul 2009.
- SÜHA TANRIVER**, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, 2006.
- TİMUÇİN MUŞUL/ CENGİZ SERHAT KONURALP**, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim, İstanbul 2011.
- YAŞAR KARAYALÇIN**, Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usulü' (Tahkim), XIX (3), Ankara 1998.
- ZİYA AKINCI**, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, 1996.
- ZİYNET SELDA CEYLAN**, Tahkim ve Hakem Sözleşmeleri, İstanbul 2000.



PART 10

“THE TRIAL OF THE CHICAGO SEVEN” FILM REVIEW

“CHICAGO YEDİLİSİ’NİN
YARGILANMASI” FİLM
İNCELEMESİ

ALARA KUZEYLİ

PART 10

ABSTRACT | ÖZET

The Trial of the Chicago 7 tells the true story of a group of anti-Vietnam War protesters accused of conspiring and crossing state lines to incite riots at the 1968 Democratic National Convention in Chicago, Illinois.

The Trial of the Chicago 7 filmi, Illinois eyaletinin Chicago kentinde 1968 yılında düzenlenen 35. Demokrat Parti Ulusal Kongresi'ndeki ayaklanmaları kıskırtmak amacıyla komplo kurmak ve eyalet sınırlarını geçmekle suçlanan bir grup Vietnam Savaşı karşıtı protestocunun gerçek hikayesini anlatmaktadır.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELELER

The Chicago Seven, The Trial Of The Chicago Seven, Police Violence, Right To Fair Trial, Right To Strike, Right Of Self Defense, Prohibiton Of Torture.

Chicago Yedilisi, Chicago Yedilisi'nin Yargılanması, Polis Şiddeti, Adil Yargılanma Hakkı, Grev Hakkı, Savunma Hakkı, İşkence Suçu.

I. INTRODUCTION

In 1968, the Democratic National Convention was confronted with protests by activists from the Students for a Democratic Society (SDS) led by Tom Hayden and the Youth International Party (Yippies)¹ led by Abbie Hoffman and Jerry Rubin, and what began as a peaceful protest turned into a violent confrontation. Seven of the accused ring-leaders and uninvolved Black Panther Party² member Bobby Seale are brought to trial on conspiracy charges by the Nixon administration in an unfair trial presided over by Judge Hoffman and conducted by federal prosecutor Richard Schultz. As the Seven's lawyers face challenges and Bobby Seale's request for self-defense is denied, Hayden and his friends encounter Yippies' actions that undermine their defense in court. As the Chicago Seven learn that they need each other in this struggle, their political philosophies clash³.

Released in 2020, the Netflix film **The Trial of the Chicago 7** tells the story of the Democratic Party National Convention held few months after the assassinations of Martin Luther King Jr., the leader of the civil rights movement in the United States, and Robert F. Kennedy, who was scheduled to be the Democratic presidential candidate that year,

I. GİRİŞ

Demokrat Parti Ulusal Kongresi 1968 yılında, Tom Hayden liderliğindeki Demokratik Toplum Öğrencileri, Abbie Hoffman ve Jerry Rubin liderliğindeki Uluslararası Gençlik Partisi (Yippie'ler)¹ aktivistlerinin protestolarıyla karşı karşıya gelir ve barışçıl olarak başlayan bu protesto şiddetli bir çatışmaya dönüşür. Suçlanan elebaşlarından yedisi ve olayla ilgili bulunmayan Kara Panterler Partisi² üyesi Bobby Seale, Nixon yönetimi tarafından komplo benzeri suçlamalarla mahkemeye çıkarılır ve Yargıç Hoffman'ın başkanlık ettiği ve federal savcı Richard Schultz tarafından yürütülen adaletsiz bir duruşma görülür. Yedili'nin avukatları türlü zorluklarla karşı karşıya kalırken ve Bobby Seale'in kendini savunma talebi reddedilirken Hayden ve arkadaşları, Yippie'lerin mahkeme önündeki savunmalarını baltalayan hareketleriyle karşılaşır. Chicago Yedilisi bu mücadelede birbirlerine ihtiyaç duyduklarını öğrenirken, siyasi felsefeleri de çatışır³.

2020 yılında izleyiciyle buluşan **The Trial of the Chicago 7** isimli Netflix yapımı film, ABD'deki hak mücadelesinin önder ismi Martin Luther King Jr. ile o yıl içerisinde Demokratların başkan adayı olması planlanan Robert F. Kennedy'nin birkaç ay arayla



and the seven members of the counterculture movement who were arrested for the protests at the convention and who will be known as the "Chicago Seven" during the trial.

Written and directed by Aaron Sorkin, the historical legal drama film's cast includes Yahya Abdul-Mateen II, Sacha Baron Cohen, Joseph Gordon-Levitt, Michael Keaton, Frank Langella, John Carroll Lynch, Eddie Redmayne, Mark Rylance, Jeremy Strong and Ben Shenkman.

Sorkin's screenplay and the similarities between the 1960s and modern times received positive reviews from critics. The film received six nominations at the 93rd Academy Awards, including Best Picture and Best Supporting Actor (B. Cohen). It also received three nominations at the 78th Golden Globe Awards, the 27th Screen Actors Guild Awards and the 74th BAFTA Film Awards.

meydana gelen suikastlarının akabinde düzenlenen Demokrat Parti Ulusal Kongresi'ni ve bu kongredeki protestolar sebebiyle tutuklanan, dava sürecinde "Chicago Yedilisi" adıyla anılacak olan karşı kültür hareketinden yedi ismin hikâyesini anlatmaktadır.

Aaron Sorkin'in senaryosunu yazdığı ve aynı zamanda yönetmen koltuğunda oturduğu tarihi hukuk drama filminin oyuncu kadrosunda yer alan isimler arasında Yahya Abdul-Mateen II, Sacha Baron Cohen, Joseph Gordon-Levitt, Michael Keaton, Frank Langella, John Carroll Lynch, Eddie Redmayne, Mark Rylance, Jeremy Strong ve Ben Shenkman bulunmaktadır.

Sorkin'in senaryosu ve 1960'lar ile modern zamanların benzerlikleri, eleştirmenlerden olumlu eleştiriler almıştır. Film, En İyi Film ve En İyi Yardımcı Erkek Oyuncu (B. Cohen) olmak üzere 93. Akademi Ödülleri'nde altı adaylık kazanmıştır. Ayrıca, 78. Altın Küre Ödülleri'nde, 27. Screen Actors Guild Ödülleri'nde ve 74. BAFTA Film Ödülleri'nde üç adaylık almıştır.

DİPNOT

¹ Rubin, Jerry, DO IT! Scenarios of the Revolution, sayfa 81, Simon and Schuster, 1970. Erişim: 10.01.2024.

² "Black Panthers". Erişim: 10.01.2024.

³ The Trial of the Chicago Seven, https://www.imdb.com/title/tt1070874/ Erişim: 10.01.2024.

FOOTNOTE

¹ Rubin, Jerry, DO IT! Scenarios of the Revolution, page 81, Simon and Schuster, 1970. Access: 10.01.2024.

² "Black Panthers". Access: 10.01.2024.

³ The Trial of the Chicago Seven, https://www.imdb.com/title/tt1070874/ Access: 10.01.2024.

PART 10

II. THE BEGINNING OF
THE TRIAL OF THE CHI-
CAGO SEVEN

In the opening scene of the movie, we see American activist Tom Hayden⁴ addressing the crowd, "We'll march to Chicago in peace, with or without a permit."

A year before the National Democratic Convention, where the protests that led to the trial took place, in his speech: *Beyond Vietnam-A Time To Break Silence*⁵, Martin Luther King said, "...Now it should be incandescently clear that no one who has any concern for the integrity and life of America today can ignore the present war. If America's soul becomes totally poisoned, part of the autopsy must read "Vietnam"." and a year later he was murdered. "What we need in the United States is not division; what we need in the United States is not hatred; what we need in the United States is not violence and lawlessness, but is love, and wisdom," said R. F. Kennedy, the Democratic candidate in 1968, as he marched to victory. He was assassinated the same year. Meanwhile, hundreds of thousands of troops continue to be sent to Vietnam⁶.

Activists from different organizations and civic groups, who do not want to be a party to this war, took buses to Chicago to protest at the Democratic National Convention. Attorney General John Mitchell, a member of Nixon's cabinet, initiated the prosecution

II. CHICAGO YEDİLİ-
Sİ'NİN YARGILANMASI
DAVASI'NİN BAŞLANGICI

Filmin açılış sahnesinde Amerikalı aktivist Tom Hayden⁴'in kalabalığa, "İzimiz olsa da olmasa da Chicago'ya barış içinde geliyoruz." şeklinde hitap ettiğini görmekteyiz.

Yargılamaya konu olan protestoların gerçekleştiği Ulusal Demokratik Kongre'den bir yıl önce *Beyond Vietnam-A Time To Break Silence*⁵ konuşmasında Martin Luther King, "Amerika'nın bütünlüğünü, Amerikan hayatını önemseyen hiç kimsenin süregelen savaşı görmezden gelemeyeceği artık son derece nettir. Amerikan ruhu tamamen zehirlenirse otopside "Vietnam" yazmalıdır" diye seslenir ve bundan bir yıl sonra öldürülür. Demokratların 1968'de adayı olan R. F. Kennedy zafere doğru ilerlerken "Birleşik Devletler'de ihtiyacımız olan şey nefret değil, sevgi ve bilgeliktir" der ve aynı yıl öldürülür. Bu sırada yüz binlerce asker Vietnam'a gönderilmeye devam etmektedir⁶.

Bu savaşa ortak olmak istemeyen farklı örgüt ve sivil topluluklardan oluşan aktivistler, protesto için otobüslerle Chicago'ya Demokrat Parti Ulusal Kongresi'ne gider. Nixon kabinesinde yer alan Adalet Bakanı John Mitchell federal savcılar ve sivil toplumun demokrat liderlerine suç isnat ederek dava sürecinin başlatılmasını sağlar. Böylece Adalet Bakanlığı'nın suçlamasıyla,

process by charging federal prosecutors and the Democratic leaders of civil society with crimes. Thus, with the Ministry of Justice's claim, arrests began surrounding the Conrad Hilton Hotel, where the Congress was to be held, and the trial, which the entire world would see, was commemorated with the phrase "Whole world is watching".

III. INVESTIGATION

The investigation was conducted by the City of Chicago, the US Department of Justice, the House Un-American Activities Committee (HUAC) and the National Commission on the Causes and Prevention of Violence⁷. On September 6, 1968, a report was issued by the Richard J. Daley administration focusing on "outside agitators" who "intended to engage in a hostile confrontation with law enforcement".

On September 9, 1968, a Grand Jury in the U.S. District Court for the Northern District of Illinois began investigating demonstrators for violations of federal law and police officers for civil rights violations, and on March 20, 1969, the Grand Jury indictments against eight demonstrators and eight police officers were made public. Seven police officers were charged with assault and one with perjury.

The charges against the demonstrators were the first to be brought under the anti-riot provisions of Title 10 of the Civil Rights Act of 1968, and all of the suspects were charged with sedition. David Dellinger, Rennie Davis, Tom Hayden, Abbie Hoffman, Jerry Rubin and Bobby Seale were also charged with crossing state lines with intent to riot⁸.

IV. JUDGMENT

At the time the trial known as the Chicago Seven began, there were actually eight defendants. As the defense lawyer for the Chicago Seven pointed out, Bobby Seale⁹, the leader of the Black Panther Party, was included in the case in order to make the group appear more aggressive. In fact, Bobby Seale spent only four hours in Chicago.

Firstly, Bobby Seale's lawyer, Charles Garry, requested that the trial be postponed to a later date, as he was unable to attend due to illness. However, Judge Julius Hoffman not only rejected this request, but from the very first day of the trial, he also stated that

Kongre'nin yapılacağı Conrad Hilton Hotel'inin çevresinde tutuklamalar başlar ve tüm dünyanın izleyeceği yargılama, "Whole world is watching" sloganıyla hafızalara kazınır.

III. SORUŞTURMA

Soruşturma, Chicago Belediyesi, ABD Adalet Bakanlığı, Amerikan Karşıtı Faaliyetler Meclis Komitesi (HUAC) ve Şiddetin Nedenleri ve Önlenmesi Ulusal Komisyonu tarafından yürütülmüştür⁷. 6 Eylül 1968'de Richard J. Daley yönetimi tarafından "kolluk kuvvetleriyle düşmanca bir çatışmaya girmeyi amaçlayan" "dışarıdan gelen kışkırtıcılara" odaklanan bir rapor yayınlanmıştır.

9 Eylül 1968'de ABD Illinois Kuzey Bölgesi Bölge Mahkemesi'ndeki Büyük Jüri, federal yasaları ihlal ettikleri gerekçesiyle göstericileri ve sivil hakları ihlal ettikleri gerekçesiyle polis memurlarını soruşturmaya başlar ve 20 Mart 1969'da, sekiz gösterici ve sekiz polis memuru hakkında Büyük Jüri'nin iddianameleri kamuoyuna duyurulur. Yedi polis memuru saldırı, bir polis memuru da yalancı şahitlikle suçlanır⁸.

Göstericilere yönelik suçlamalar, *1968 tarihli Medeni Haklar Yasası'nın* 10. başlığının isyan karşıtı hükümleri uyarınca açılan ilk dava oldu ve şüphelilerin tamamı isyana teşvik nedeniyle suçlanmıştır. David Dellinger, Rennie Davis, Tom Hayden, Abbie Hoffman, Jerry Rubin ve Bobby Seale de isyan çıkarmak amacıyla eyalet sınırlarını geçmekle suçlanmıştır.

IV. YARGILAMA

Chicago Yedilisi davası olarak bilinen davanın başladığı tarihte sanıklar aslında yedi değil, sekiz kişilerdir. Chicago Yedilisi'nin savunma avukatının da belirttiği üzere, yargılanan grubu daha saldırgan göstermek amacıyla Kara Panterler Partisi'nin lideri Bobby Seale⁹ de davaya dahil edilir. Aslında Bobby Seale Chicago'da yalnızca dört saat geçirmiştir.

Öncelikle Bobby Seale'in avukatı Charles Garry, rahatsızlığı sebebiyle mahkemeye katılmayacağını, bu sebeple mahkemenin ileriki bir tarihe ertelenmesini talep etmiştir. Ancak Yargıç Julius Hoffman, bu talebi red-

FOOTNOTE

4 <https://www.britannica.com/biography/Tom-Hayden> Access: 10.01.2024.

5 <https://www.americanrhetoric.com/speeches/mlkatimetobreaksilence.htm>, Access: 28.01.2024.

6 Şikago 7 Davası, <https://www.blog.umut.org.tr/sikago-7-davasi-birak-gunes-iceri-girsin.html> Access: 10.01.2024.

7 Ragsdale, Bruce A. (2008). "The Chicago Seven: 1960s Radicalism in the Federal Courts" Access: 12.01.2024.

8 Ragsdale, (2008). "The Chicago Seven: 1960s Radicalism in the Federal Courts" (PDF). Federal Judicial Center. Access: 12.01.2024.

9 "The Chicago Seven Conspiracy Trial Biographies: Bobby Seale". Federal Judicial Center. Access: 12.01.2024.



DİPNOT

4 <https://www.britannica.com/biography/Tom-Hayden> Erişim: 10.01.2024.

5 <https://www.americanrhetoric.com/speeches/mlkatimetobreaksilence.htm>, Erişim: 28.01.2024.

6 Şikago 7 Davası, <https://www.blog.umut.org.tr/sikago-7-davasi-birak-gunes-iceri-girsin.html> Erişim: 10.01.2024.

7 Ragsdale, Bruce A. (2008). "The Chicago Seven: 1960s Radicalism in the Federal Courts" Erişim: 12.01.2024.

8 Ragsdale, (2008). "The Chicago Seven: 1960s Radicalism in the Federal Courts" (PDF). Federal Judicial Center. Erişim: 12.01.2024.

9 "The Chicago Seven Conspiracy Trial Biographies: Bobby Seale". Federal Judicial Center. Erişim: 12.01.2024.

PART 10

Seale had no right to represent himself and defend himself against the charges, and therefore expected him to sit quietly in the courtroom and submit to every verdict. Meanwhile, the defense lawyers Kunster and Weinglass tried to provide Seale with the necessary support, but they could not get involved in the process in order not to harm the case.

Seale protested the judge's rulings, arguing that they were not only illegal but also racist, telling the court on September 26, 1968 " If I am consistently denied this right of legal defense counsel of my choice then I can only see the judge as a blatant racist of the United States court..."¹⁰.

detmekle kalmayıp, mahkemenin ilk gününden itibaren Seale'in kendini temsil etme ve suçlamalara karşı savunma hakkının olmadığı, bu sebeple mahkeme salonunda sessizce oturmasını ve verilen her hükme boyun eğmesini beklemiştir. Bu sırada savunma avukatları Kunster ve Weinglass, Seale'e gereken desteği vermeye çalışmasına rağmen davaya zarar vermemek adına sürece çok fazla dahil olamamışlardır.

Seale, hakim kararlarını protesto ederek bunların sadece yasadışı değil aynı zamanda ırkçı olduğunu savundu ve 26 Eylül 1968'de mahkemeye şunları söyledi: "Eğer bu mahkemenin hakimi tarafından kendi seçtiğim savunma avukatından mahrum bi-



Judge Hoffman then ordered Seale to be gagged and chained to a chair¹¹. On Judge Hoffman's order, Seale was kept bound and gagged in front of the court for three days.

On November 5, 1968, Seale was separated from the defendants on the grounds of a mistrial and tried for the murder of a Connecticut policeman, which turned out to be wrongfully convicted¹².

rakılıyorsam, o zaman hakimi sadece Birleşik Devletler mahkemesinin bariz bir ırkçısı olarak görebilirim"¹⁰.

Bunun devamında Yargıç Hoffman Seale'in ağzının bağlanmasını ve bir sandalyeye zincirlenmesini emretmiştir¹¹. Yargıç Hoffman'ın emriyle Seale üç gün boyunca mahkeme önünde sandalyeye bağlı ve ağzı tıkalı olarak tutulur.

Seale, 5 Kasım 1968'de hatalı yargılama gerekçesiyle sanıklardan ayrılıp Connecticut'taki polis cinayetinden yargılanmaya başlamıştır ve yargılama sonucunda haksız yere suçlandığı ortaya çıkmıştır¹².

V. VERDICT

On February 18, 1970¹³, the jury acquitted all seven defendants of conspiracy. The jury found Davis, Dellinger, Hayden, Hoffman and Rubin guilty of crossing state lines with intent to incite a riot¹⁴.

In a separate trial, seven of the accused police officers were acquitted by the jury and the case against the eighth accused officer was dismissed by the prosecution.

On November 21, 1972, the panel reversed every conviction following an appeal. The majority opinion of the Court unanimously identified several errors by Judge Hoffman and condemned Judge Hoffman and the prosecutors for their conduct during the trial¹⁵. The Court stated that "even in the absence of errors, the demeanor of the judge and prosecutors would warrant reversal"¹⁶. Pell wrote a separate opinion concurring in the reversal of the convictions and stating that Title X of the Civil Rights Act of 1968, known as the Anti-Riot Act, was an unconstitutional infringement of free speech¹⁷. The US Department of Justice announced in January 1973 that it would not retry the defendants.

VI. LEGAL ANALYSIS

When we evaluate the whole film from a legal perspective, we see that the right to a fair trial is not recognized for individuals. Violation of this fundamental constitutional right prevents the individual from being tried before impartial and independent courts. In this movie, we clearly see that the trial of the Chicago Seven was not conducted in accordance with the law. It is noteworthy that the main purpose of the trial was to suppress anti-government protests. Both the deprivation of Seale's right to defense and his torture are proof that the trial is not likely to be impartial. As for the Chicago Seven, the fact that their speeches during their defense are constantly prevented by the judge deprives them of their right to be heard. Throughout the movie, we see that the defendants' and suspects' fundamental constitutional rights are violated. As just one of these, the prohibition of torture is enshrined in Article 17, paragraph 3 of the Turkish Constitution and Article 3 of the ECHR.

V. KARARIN KESİNLEŞMESİ

18 Şubat 1970 tarihinde¹³, jüri kararıyla yedi sanık da komplo kurmaktan beraat etti. Jüri Davis, Dellinger, Hayden, Hoffman ve Rubin'i isyana teşvik amacıyla eyalet sınırlarını aşmaktan suçlu bulunmuştur¹⁴.

Ayrı bir duruşmada, suçlanan polis memurlarından yedisi jüri tarafından beraat ettirilmiş ve suçlanan sekizinci polis memuruna karşı açılan dava savcılık tarafından reddedilmiştir.

Temyiz yoluna gidilen davada, 21 Kasım 1972 tarihinde, tüm mahkumiyet kararları heyet tarafından bozuldu. Mahkemenin çoğunluk görüşü oybirliğiyle Yargıç Hoffman'ın çeşitli hatalarını tespit ederek Yargıç Hoffman ve savcılar duruşma sırasındaki davranışları nedeniyle kınamıştır¹⁵. Mahkeme, "hatalar olmasa bile yargıç ve savcılar tavırlarının bozmayı gerektireceğini" belirtmiştir¹⁶. Pell, mahkumiyet kararlarının bozulmasına katılan ve İsyana Karşıtı Yasa olarak bilinen 1968 tarihli Medeni Haklar Yasası'nın X. Başlığının ifade özgürlüğünün anayasaya aykırı bir ihlali olduğunu belirten ayrı bir görüş yazmıştır¹⁷. ABD Adalet Bakanlığı Ocak 1973'te sanıkları yeniden yargılamayacağını açıklamıştır.

VI. FİLMİN HUKUKİ ANALİZİ

Hukuki açıdan filmin bütününe değerlendirdiğimizde, adil yargılanma hakkının kişilere tanınmadığını görmekteyiz. Bu temel anayasal hakkın ihlali, bireyin tarafsız ve bağımsız mahkemeler önünde yargılanmasına engel olmaktadır. Bu filmde Chicago Yedilisi'nin yargılanmasının hukuka uygun olarak yapılmadığını açıkça görmekteyiz. Yargılamanın asıl amacının, hükümet karşıtı protestoları baskı altına almak olduğu dikkat çekmektedir. Hem Seale'nin savunma hakkının elinden alınması hem de işkence görmesi yargılamanın tarafsız olma ihtimalinin bulunmadığının ispatıdır. Yedili'nin ise, savunma sırasında konuşmalarının sürekli hakim tarafından engellenmesi hukuki dinlenilme hakkını elinden almaktadır. Film boyunca, sanıkların ve şüphelilerin temel anayasal haklarının ihlal edildiğini görmekteyiz. Bunlardan yalnızca biri olarak, işkence yasağı Anayasa'nın 17. maddesinin 3. fıkrası ve AİHS'nin 3. maddesinde hüküm altına alınmıştır.

FOOTNOTE

¹⁰ Schultz, John (1972). The Conspiracy Trial of the Chicago Seven: Revised Edition. Chicago, Illinois: University of Chicago Press. pp. 37-49. Access: 12.01.2024.

¹¹ "A Special Supplement: The Trial of Bobby Seale". The New York Review. Access: 12.01.2024.

¹² Davis, R. (September 15, 2008). "The Chicago Seven trial and the 1968 Democratic National Convention". The Chicago Tribune. Access: 12.01.2024

¹³ "The Chicago 7 and the Days of Rage". The Chicago Tribune. August 16, 2018. Access: 12.01.2024.

¹⁴ Ragsdale, (2008). "The Chicago Seven: 1960s Radicalism in the Federal Courts" Access: 12.01.2024.

¹⁵ United States v. Dellinger, 472 F.2d 340 (7th Cir. 1972). Access: 12.01.2024.

¹⁶ "Judge Julius Hoffman Dies". The Washington Post. July 2, 1983. Access: 12.01.2024.

¹⁷ United States v. Dellinger, 472 F.2d 340 (7th Cir. 1972). Access: 12.01.2024.

DİPNOT

¹⁰ Schultz, John (1972). The Conspiracy Trial of the Chicago Seven: Revised Edition. Chicago, Illinois: University of Chicago Press. pp. 37-49. Access: 12.01.2024.

¹¹ "A Special Supplement: The Trial of Bobby Seale". The New York Review. Access: 12.01.2024.

¹² Davis, R. (September 15, 2008). "The Chicago Seven trial and the 1968 Democratic National Convention". The Chicago Tribune. Access: 12.01.2024.

¹³ "The Chicago 7 and the Days of Rage". The Chicago Tribune. August 16, 2018. Access: 12.01.2024.

¹⁴ Ragsdale, (2008). "The Chicago Seven: 1960s Radicalism in the Federal Courts" Access: 12.01.2024.

¹⁵ United States v. Dellinger, 472 F.2d 340 (7th Cir. 1972). Access: 12.01.2024.

¹⁶ "Judge Julius Hoffman Dies". The Washington Post. July 2, 1983. Access: 12.01.2024.

¹⁷ United States v. Dellinger, 472 F.2d 340 (7th Cir. 1972). Access: 12.01.2024.

PART 10

Article 17, paragraph 3 of the Turkish Constitution states;

"No one shall be subjected to torture or cruelty; no one shall be subjected to punishment or treatment incompatible with human dignity."

Article 3 of the ECHR also states;

"No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment."

And Article 27 of the Turkish Civil Procedure Code regulates the right to be heard as;

(1) The parties, interveners and other interested parties to the proceedings have the right to be heard in connection with their own rights.

(2) This right includes,

- To be informed about the proceedings,
- The right of explanation and proof,
- The court's consideration of the explanations and the concrete and clear reasoning of the decisions,

The exclusion of Seale's lawyer from the trial, the denial of the right of the Chicago Seven's lawyers to defend themselves, and the exclusion of the jury from the courtroom during the testimony of former justice minister Clarke, depriving the defense of a verdict that could have affected the course of the trial, must be accepted as an evidence to an unfairly conducted trial.

Pursuant to Article 36 of the Turkish Constitution;

"Everyone has the right to claim and defend himself as a plaintiff or defendant before the judicial authorities and to a fair trial by the use of legitimate means and procedures.

No court shall refuse to hear a case within its jurisdiction."

And under Article 6 of the ECHR;

"In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced pub-

Anayasa'nın 17. maddesinin 3. fıkrasında;

"Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz."

AlHS'nin 3. maddesinde ise;

"Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz."

hükümleri öngörülmektedir.

Hukuki dinlenilme hakkının düzenlenmiş olduğu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinde ise;

(1) Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler.

(2) Bu hak;

- Yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi oluncasını,
- Açıklama ve ispat hakkını,
- Mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini,

içerir.

şeklinde öngörülmektedir.

Seale'in avukatının duruşmaya dahil edilmemesi, Yedili'nin avukatlarının savunma hakkının engellenmesi, eski adalet bakanı Clarke'ın ifadesi sırasında jürinin mahkeme salonuna alınmayarak savunmanın lehine olan ve davanın seyrini etkileyebilecek bir karardan mahrum bırakılması davanın adil yürütülmediğinin bir kanıtı olarak kabul edilmelidir.

Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca;

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz."

AlHS'nin 6. maddesi uyarınca ise;

"Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklar ya da cezai

licly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.

Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.



Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

- to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;
- to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;
- to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;
- to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

alandaki kendisine yöneltilen suçlamaların esasını konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, adil ve kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar aleni olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

- Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;
- Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;
- Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

PART 10

e) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court.”

In the light of the above findings, this trial process, which involves problems with human rights and the concept of a fair trial, raises doubts about the concept of justice both at the time and today.

VII. CONCLUSION

Abbie Hoffman’s words “I’ve never been on trial for my thoughts before.” and “We carried certain ideas across state lines. Not machine guns or drugs or little girls. Ideas.” can summarize the cause and outcome of the trial.

Throughout the trial, we see that Judge Hoffman committed many illegal acts. The facts that witnesses who could have changed the course of the trial were not recorded, that defense attorney Kunster was charged with contempt of court 24 times, that all thirty-seven witnesses were civil servants, that Seale was included in the group in order to make the Seven look even more horrible, and that the jury was isolated, all of these illegalities show that this was a political trial.

d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çek-tirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.”

Yukarıdaki bulgular ışığında, insan haklarına ve adil yargılanma kavramına dair sorunlar içeren bu yargılama süreci gerek dönemin gerekse günümüzün adalet kavramında şüphelere sebep olmaktadır.

VII. SONUÇ

Abbie Hoffman’ın “Daha önce fikirlerim için yargılanmamıştım.” ve “Bazı fikirlerimizle eyalet sınırlarını aştık.” sözleri davanın nedenini ve sonucunu özetleyen ifadeler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Dava süresi boyunca Yargıç Hoffman’ın pek çok hukuksuz iş yaptığını görmekteyiz. Davanın seyirini değiştirebilecek tanıkların kayıtlara geçmemesi, savunma avukatı Kunster’in 24 defa mahkemeye itaatsizlikle suçlanması, otuz yedi tanığın hepsinin devlet memuru olması, Yedili’yi daha da korkunç göstermek amacıyla Seale’in gruba dahil edilmesi, jürinin izole edilmesi gibi hukuksuzluklar bu davanın politik bir dava olduğunu gösterir niteliktedir.



FOOTNOTE

¹⁸ <https://lawtudent.com/sanat/politik-bir-dava-the-trial-of-chicago-7/> Access: 12.01.2024.

The trial of the Chicago Seven is proof that democracy, the most important pillar of the rule of law, should not be perceived as an empty concept. Democracy and the rule of law are complementary concepts that should not be considered separately and these institutions should not be turned into tools¹⁸.

Chicago Yedilisi’nin davası, hukuk devletinin en önemli dayanağı olan demokrasinin, içi boş bir kavram olarak algılanmaması gerektiğinin bir kanıtıdır. Demokrasi ve hukuk devleti ilkesi; birbirini tamamlayan, ayrı düşünülmemesi gereken kavramlardır ve bu kurumlar, birer araç hâline getirilmemelidirler¹⁸.

BIBLIOGRAPHY

RUBIN, JERRY, DO IT!, Scenarios of the Revolution, (Date of Access: 10.01.2024).

Black Panthers, (Date of Access: 10.01.2024) <https://www.history.com/topics/black-history/black-panthers>.

The Trial of the Chicago Seven, (Date of Access: 10.01.2024) <https://www.imdb.com/title/tt1070874/>.

<https://www.britannica.com/biography/Tom-Hayden> (Date of Access: 10.01.2024).

Şikago 7 Davası, (Date of Access: 10.01.2024) <https://www.blog.umut.org.tr/sikago-7-davasi-birak-gunes-iceri-girsin.html>.

RAGSDALE, BRUCE A., The Chicago Seven: 1960s Radicalism in the Federal Courts, (Date of Access: 12.01.2024).

The Chicago Seven Conspiracy Trial Biographies: **BOBBY SEALE**, (Date of Access: 12.01.2024).

SCHULTZ, JOHN, The Conspiracy Trial of the Chicago Seven: Revised Edition., (Date of Access: 12.01.2024) <https://press.uchicago.edu/Misc/Chicago/741147.html>.

A Special Supplement: The Trial of Bobby Seale The New York Review, (Date of Access: 12.01.2024).

DAVIS, R., The Chicago Seven trial and the 1968 Democratic National Convention, (Date of Access: 12.01.2024) <https://www.chicagotribune.com/nation-world/chi-chicagodays-seventrial-story-story.html>.

The Chicago 7 and the Days of Rage, (Date of Access: 12.01.2024). <https://www.chicagotribune.com/visuals/vintage/ct-chicago-seven-conspiracy-dnc-1968-photo-0180816-photogallery.html>.

United States v. Dellinger, (Date of Access: 12.01.2024).

Judge Julius Hoffman Dies, (Date of Access: 12.01.2024).

<https://lawtudent.com/sanat/politik-bir-dava-the-trial-of-chicago-7/> (Date of Access: 12.01.2024).

KAYNAKÇA

RUBIN, JERRY, DO IT!, Scenarios of the Revolution, (Erişim: 10.01.2024).

Black Panthers, (Erişim: 10.01.2024) <https://www.history.com/topics/black-history/black-panthers>.

The Trial of the Chicago Seven, (Erişim: 10.01.2024). <https://www.imdb.com/title/tt1070874/>.

<https://www.britannica.com/biography/Tom-Hayden> (Erişim: 10.01.2024).

Şikago 7 Davası, (Erişim: 10.01.2024) <https://www.blog.umut.org.tr/sikago-7-davasi-birak-gunes-iceri-girsin.html>.

RAGSDALE, BRUCE A., The Chicago Seven: 1960s Radicalism in the Federal Courts, (Erişim: 12.01.2024).

The Chicago Seven Conspiracy Trial Biographies: **Bobby Seale**, (Erişim: 12.01.2024).

SCHULTZ, JOHN, The Conspiracy Trial of the Chicago Seven: Revised Edition., (Erişim: 12.01.2024) <https://press.uchicago.edu/Misc/Chicago/741147.html>.

A Special Supplement: The Trial of Bobby Seale The New York Review, (Erişim: 12.01.2024).

DAVIS, R., The Chicago Seven trial and the 1968 Democratic National Convention, (Erişim: 12.01.2024) <https://www.chicagotribune.com/nation-world/chi-chicagodays-seventrial-story-story.html>.

The Chicago 7 and the Days of Rage, (Erişim: 12.01.2024). <https://www.chicagotribune.com/visuals/vintage/ct-chicago-seven-conspiracy-dnc-1968-photo-0180816-photogallery.html>.

United States v. Dellinger, (Erişim: 12.01.2024).

Judge Julius Hoffman Dies, (Erişim: 12.01.2024).

<https://lawtudent.com/sanat/politik-bir-dava-the-trial-of-chicago-7/> (Erişim: 12.01.2024).

DİPNOT

¹⁸ <https://lawtudent.com/sanat/politik-bir-dava-the-trial-of-chicago-7/> Erişim: 12.01.2024.



PART 11

ASSESSMENT OF THE PLACE OF SECRET PATENTS IN THE TURKISH INDUSTRIAL PROPERTY LAW AND ITS APPLICATION

GİZLİ PATENTİN 6769
SAYILI SİNAİ MÜLKİYET
KANUNU VE UYGULAMADAKİ
YERİ HAKKINDA BİR
DEĞERLENDİRME

BETÜL MERVE HOT

PART 11

ABSTRACT | ÖZET

In this study, the problems that arise in practice regarding the secrecy patent in Turkish law are pointed out by taking into account the United States of America (“USA”) practice.

Bu çalışmada, ABD uygulaması da dikkate alınarak Türk hukukunda gizli patente ilişkin uygulamada karşılaşılan problemlere işaret edilmektedir.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELELER

Patent, Code No. 6769, Secrecy Patent, National Security.

Patent, Smk, Gizli Patent, Milli Güvenlik.

I. INTRODUCTION

Products created as a result of individuals' mental activities are commonly referred to as intellectual property products; products that are based on known knowledge and form a solution in an unknown, technical field are considered industrial property products in a specific sense. Industrial property products include patents, utility models, trademarks, designs, integrated topographies, breeders' rights, geographical indications, etc. Among these, a patent refers to a new, industrially applicable and inventive product that is a solution or a process that is itself a solution. A patent is a legal right granted to the inventor as a result of a patent application. If the owner of an invention that can be used in a technical field is convinced that his/her invention is patentable, s/he will file a patent application and explain his/her invention in detail. The process of obtaining a patent consists of two separate stages: the patent application and the patent application process. It is necessary to pay attention to the claims and the specification, which should be included in the patent application. After the patent application is filed, the Turkish Patent and Trademark Office (“TürkPatent”) conducts patentability examination. Depending on the type of patent, the examination procedures may vary. If, during the formal examination,

I. GİRİŞ

Kişilerin zihni faaliyetleri neticesinde oluşan ürünler genel olarak fikri mülkiyet ürünleri olarak adlandırılmakta; bilinen bir bilgiden hareketle bilinmeyen, teknik alana yönelik, bir çözümü oluşturan ürünler özel anlamda sınai mülkiyet ürünü kabul edilmektedir. Sınai mülkiyet ürünleri patent, faydalı model, marka, tasarım, entegre topografya, işlahçı hakkı, coğrafi işaretten vb. ibarettir. Bunlardan patent; yeni, sanayiye uygulanabilir ve buluş basamağı olan çözüm niteliğinde bir ürünü ya da bizzat çözüm mahiyetindeki yöntemi ifade eder. Patent, buluş sahibi olan kişiye patent başvurusu neticesinde tanınan meşru bir haktır. Teknik alanda kullanılabilir bir buluş sahibinin buluşunun patentlenebilirliğine kanaat getirdiğinde patent başvurusu gerçekleştirecek, bu başvuruda buluşunu detaylıca anlatacaktır. Patent edinme süreci, patent başvurusu ve patent başvuru süreci olarak iki ayrı aşamadan oluşur. Patent başvurusunda yer alması gereken hususlardan istemlere ve tarifnameye dikkat edilmesi gerekmektedir. Patent başvurusu gerçekleştirildikten sonra Türk Patent ve Marka Kurumu (“TürkPatent”) nezdinde patentlenebilirlik kriterleri çerçevesinde patente ilişkin incelemeler gerçekleştirilecektir. Patent türüne göre yapılacak incelemelerde değişiklik olabilir. Şekli inceleme



TürkPatent is of the opinion that the patent application will be important for national security, the process regarding the application will be stopped. This is the type of secrecy patent where the importance of the patent application in terms of national security is questioned. Due to the non-publication of the information concerning the patent application for which a secrecy decision has been made and the suspension of the proceedings concerning the application, it has become difficult for the patent holder to protect the absolute rights arising from the invention against the infringing acts of third parties.

Under the Industrial Property Law No. 6769, one of the issues regulated is the secrecy patent. Although the doctrine refers to the secrecy patent as a type of patent, the main feature of the secrecy patent is the difference in the patent registration procedure for national security purposes. The existence of special provisions regarding the secret patent in the legislation raises various problems, such as whether the general provisions can be applied in cases such as patent infringement or patent violation, and if so, how they will be applied. On the other hand, the evaluations in the doctrine regarding the secrecy patent in the Turkish patent law are not sufficient.

sırasında TürkPatent tarafından patent başvurusunun milli güvenlik açısından önemli olacağına kanaat getirilirse başvuruya ilişkin süreç durdurulacaktır. İşte patent başvurusunun milli güvenlik açısından önemini sorgulandığı tür gizli patenttir. Gizlilik kararı verilen patent başvurusuna ilişkin bilgilerin yayınlanmaması ve başvuruya ilişkin sürecin durdurulması sebebiyle patent hakkı sahibinin, buluş üzerinde sahip olduğu mutlak hakları üçüncü kişilerin ihlal teşkil eden eylemlerinden koruması güçleşmiştir.

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu tahtında düzenleme altına alınan hususlardan birisi de gizli patenttir. Her ne kadar doktrinde gizli patent bir patent türü olarak ifade edilse de, aslında gizli patente ilişkin temel hususiyet, milli güvenlik amacıyla patent tescil sürecindeki farklılıktır. Mevzuatta gizli patente ilişkin özel hükümlerin varlığı, patent ihlali veya patent tecavüzü gibi durumlarda genel hükümlerin uygulanıp uygulanamayacağı, uygulanacak olması ihtimalinde ise nasıl uygulanacağı şeklinde çeşitli sorunları gündeme getirmektedir. Öte yandan Türk hukukunda gizli patente ilişkin doktrinde yer alan değerlendirmeler de yeterli değildir.

Çalışmada öncelikle, Türk patent hukuku çerçevesinde patent kavramı ile patent edinme süreci açıklanacak; daha sonra, patent

PART 11

FOOTNOTE

¹ Dated 13.12.1951, Official Gazette No. 7981 (OG).

² Şafak N. Erel, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, p. 25-27.

³ Nuşin Ayiter, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, S Yayınları, Ankara, 1981, p. 11.

⁴ Dated 27.06.1995, OG No. 22326.

⁵ Tolga Akay, Osmanlı Devleti'nde Patent Sisteminin Gelişimi, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Vol. 11, Is. 44, 2015, p. 25.

⁶ <https://www.wipo.int/patents/en/> (Access date: 21.01.2024).

⁷ Agreement On Trade-Related Aspects Of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement 1994).

⁸ Uğur Çolak, Türk Patent Hukuku, 1. Edition, Ankara 2022, p. 224.

⁹ Rauf Karasu/ Cahit Suluk/ Temel NaI, Fikri Mülkiyet Hukuku, 7. Edition, Ankara 2023, p. 258.

¹⁰ Onur Sarı, "Türkpatent Kurumu Nezdinde Patent Edinme Sürecinin Hukuki Değerlendirmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Is. 144, 2019, p. 301.

¹¹ Mevci Ergün, Yan Sanayide Fikri Mülkiyet Hukuku Uygulama Kılavuzu, 1.Edition, Ankara 2023, p. 645.

¹² Sarı, p. 300.

¹³ For the subjects that cannot be granted a patent because they are not considered as inventions and for the inventions that cannot be protected by patent although they are inventions, kindly see: Türk Patent ve Marka Kurumu, Patent Başvuru Kılavuzu, 2023, <https://www.turkpatent.gov.tr/patent-ve-faydalı-model> (Access date: 21.01.2024).

The study firstly explains the concept of patent and the process of obtaining a patent under the Turkish patent law, and then examines the provisions of the secrecy patent, which is one of the patent types regulated in the legislation. Finally, infringement of the rights of the inventors subject to the secrecy decision are discussed and the results of the study are summarised in the conclusion.

II. GENERAL OVERVIEW OF PATENTS UNDER TURKISH LAW

Individuals have the status of in rem rights in products, which are intangible goods created by their intellectual efforts. The Industrial Property Law No. 6769¹ ("Code No. 6769") regulates industrial property rights such as *patents, utility models, trademarks, designs and geographical indications*². Unlike copy-right works, which have an intellectual property character, industrial property products are technical in nature. In other words, they are related to industry and technology³.

A. The Concept of Patent

The wording of a patent, known as ihtira berati in Ottoman Turkish, was introduced into Turkish society in the 19th century. The first law on the protection of patentable inventions was the Ihtira Berat Law of 1879. The Ihtira Berat Law was replaced by the Decree Law⁴ No. 551 on the Protection of Patent Rights⁵. Eventually, the Decree Law on the Protection of Patent Rights was repealed and patent law in the field of industrial property is governed by the prevailing Code No. 6769. In this respect, the first source of reference for the concept and provisions of patents is the Code No. 6769.

The first paragraph of Article 82 of the Code No. 6769 regulates patentable inventions and specifies non-patentable inventions. Accordingly, it is accepted that *patents may be granted for inventions in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are capable of industrial application*. According to the World Intellectual Property Office ("WIPO"), a patent is generally defined as an exclusive right⁶ granted for an invention consisting of a product or process that provides a new way of doing something or a new technical solution to a problem. Article 27 of the World Trade Organisation Agreement on Trade-Related

Aspects of Intellectual Property Rights ("TRIPS") provides that *patents may be granted for any invention relating to any product or process in any field of technology, provided that it is new, involves an inventive step and is susceptible of industrial application*⁷.

türlerinden gizli patentin mevzuatta düzenlenen hükümleri incelenecektir. Son olarak, gizlilik kararına konu olan buluşlara yönelik hak ihlalleri ele alınacak; çalışmada ulaşılan neticeler sonuç kısmında özetlenecektir.

II. TÜRK HUKUKU ÇERÇEVESİNDE PATENTLERE GENEL BAKIŞ

Bireylerin fikri çabaları çerçevesinde oluşturdukları gayri maddi mal olan ürünler üzerinde aynı hak statüsünde hakları bulunmaktadır. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ("SMK")¹ *patent, faydalı model, marka, tasarım ve coğrafi işaret* gibi sınai mülkiyet haklarını düzenlemektedir². Bedii vasfı bulunan telif hakkı eserlerinin aksine sınai mülkiyet ürünleri teknik nitelikte ürünlerdir. Bir diğer ifade ile sanayiye ve teknolojiyi ilgilendirmektedirler³.

A. Patent Kavramı

Osmanlı Türkçesinde karşılığı ihtira berati olarak bilinen patent kavramı Türk toplumu tarafından 19. yüzyılda tanınmıştır. Patent niteliğine haiz buluşların korunmasına ilişkin ilk kanun 1879 tarihli Ihtira Berati Kanunu'dur. Ihtira Berati Kanunu'nun yerini 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname⁴ almıştır⁵. Nihayet, Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname yürürlükten kaldırılmış olup sınai mülkiyet kapsamında patent hukuku, yürürlükte olan SMK ile düzenleme altına alınmıştır. Bu itibarla, patent kavramı ve hükümleri için ilk müracaat kaynağı SMK'dır.

SMK'nın 82. maddesinin birinci fıkrasında patentlenebilir buluşlar düzenlenmekte olup maddenin devamında hangi tür buluşların patentlenebilir olmadığı da belirtilmektedir. Buna göre; *teknolojinin her alanındaki buluşlara yeni olması, buluş basamağı içermesi ve sanayiye uygulanabilir olması şartıyla patent verilebildiği kabul edilmektedir*. Dünya Fikri Mülkiyet Ofisi'ne ("WIPO") göre ise patent, genel olarak bir şeyi yapmanın yeni bir yolunu veya bir soruna yeni bir teknik çözümü sunan bir ürün veya süreçten ibaret buluşa verilen münhasır bir hak⁶ olarak tanımlanmaktadır. Dünya Ticaret Örgütü Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması'nın

lated Aspects of Intellectual Property Rights ("TRIPS") provides that *patents may be granted for any invention relating to any product or process in any field of technology, provided that it is new, involves an inventive step and is susceptible of industrial application*⁷.

In parallel with the legislation, there are doctrinal explanations of the concept of a patent. In any field of technology, it is accepted that any invention relating to a product or process which (i) is new, (ii) involves an inventive step and (iii) is susceptible of industrial application shall be considered as a patent⁸. In this respect, firstly it is necessary to determine whether an intellectual product is an invention or not. For a product to be an invention, it must be of a technical nature, and inventions outside the technical field are not protected by patent rights. For example, a model developed in the social sciences as a result of long efforts in the financial sector does not have a technical character⁹. The technical nature of an invention can be understood as the creation of an applicable, concrete and reproducible solution by using the forces of nature¹⁰. It can be considered that the main purpose of patent law is to protect the right of ownership of intellectual products that have economic value as a result of technological progress, as well as to cumulatively increase the contributions to industry.

B. Patent Right

Registration of the patent right has a constitutive effect on the right to the patent and an explanatory effect on the right to the invention¹¹. Within the scope of the patent right, the inventor is provided with protection of the intellectual rights to the invention presented to society for industrial use¹². In this respect, the patent application procedure and the scope of the finally registered patent are important for the inventor.

1. Patent Registration Process

a. Patent Application

It was stated that the invention candidate to be patented should meet the criteria of novelty, inventive step and industrial applicability. These criteria are defined in the guideline¹³ published by TürkPatent, where the patent application is filed, as follows "**Novelty**: *It means that the invention did not previously exist anywhere in the world, i.e. it is*

("TRIPS") 27. maddesinde patentlerin *yeni olmaları, yaratıcı bir adım, bir buluş basamağı içermeleri ve sanayide uygulanabilmeleri koşuluyla, teknolojinin her alanında, ürünlerle veya usullerle ilgili her türlü buluş için verilebileceği* düzenlenmektedir⁷.

Mevzuattaki düzenleme ile paralel olarak doktrinde patent kavramına ilişkin açıklamalar yer almaktadır. Teknolojinin her alanında, ürün veya usule ilişkin; (i) yeni (ii) buluş basamağına sahip ve (iii) sanayiye uygulanabilir her türlü buluşun patent olarak değerlendirileceği kabul edilmektedir⁸. Bu itibarla öncelikle bir fikri ürünün buluş olup olmadığı belirlenmesi gerekmektedir. Bir ürünün buluş olabilmesi için teknik niteliğe sahip olması gerekmektedir, teknik saha dışındaki buluşlara patent hakkı kapsamında koruma sağlanmayacaktır. Örneğin, sosyal bilimler kapsamında finans sektöründe uzun uğraşlar neticesinde geliştirilen bir modelin teknik mahiyette bulunmaması⁹. Buluşun teknik mahiyette olması, tabiat güçlerinden yararlanılarak, uygulanabilir, somut sonuç meydana getirilebilir ve tekrarlanabilir bir çözümün oluşturulması şeklinde anlaşılabilir¹⁰. Patent hukukunda temel maksadın teknolojik ilerlemeler neticesinde ekonomik değeri bulunan fikri ürünlerin hak sahipliğinin korunmasının yanı sıra sanayiye yönelik katkıların kümülatif olarak artırılması olduğu düşünülebilir.

B. Patent Hakkı

Patent hakkının tescilli kişiye patent üzerindeki hakkı bakımından kurucu nitelikte, buluş üzerindeki hakkı bakımından ise açıklayıcı nitelikte etkiye sahiptir¹¹. Patent hakkı kapsamında buluş sahibine, sanayide kullanılan sebebiyle topluma arz edilen buluş üzerindeki fikri hakların korunması sağlanmaktadır¹². Bu itibarla, patent başvuru süreci ve nihayet tescil edilen patentin kapsamı buluş sahibi bakımından önem arz etmektedir.

1. Patent Edinme Süreci

a. Patent Başvurusu

Patent olmaya aday buluşun yenilik, buluş basamağı ve sanayiye uygulanabilirlik kriterlerine sahip olması gerektiği belirtilmiştir. İşbu kriterler patent başvurusunun gerçekleştirileceği TürkPatent tarafından yayınlanan kılavuzda¹³, "**Yenilik**: *Buluşun dünya çapında daha önce var olmaması yani tekniğin bilinen durumuna dahil olmaması anlamına*

DİPNOT

¹ 13.12.1951 tarih, 7981 sayılı Resmi Gazete.

² Şafak N. Erel, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 25-27.

³ Nuşin Ayiter, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, S Yayınları, Ankara, 1981, s. 11.

⁴ 27.06.1995 tarih, 22326 sayılı Resmi Gazete.

⁵ Tolga Akay, Osmanlı Devleti'nde Patent Sisteminin Gelişimi, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, C. 11, S. 44, 2015, s. 25.

⁶ <https://www.wipo.int/patents/en/> (Erişim tarihi, 21.01.2024).

⁷ Agreement On Trade-Related Aspects Of Intellectual Property Rights) (TRIPS Agreement 1994).

⁸ Uğur Çolak, Türk Patent Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2022, s. 224.

⁹ Rauf Karasu/ Cahit Suluk/ Temel NaI, Fikri Mülkiyet Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2023, s. 258.

¹⁰ Onur Sarı, "Türkpatent Kurumu Nezdinde Patent Edinme Sürecinin Hukuki Değerlendirmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 144, 2019, s. 301.

¹¹ Mevci Ergün, Yan Sanayide Fikri Mülkiyet Hukuku Uygulama Kılavuzu, 1. Baskı, Ankara 2023, s. 645.

¹² Sarı, s. 300.

¹³ Buluş niteliğinde sayılmadığı için patent verilemeyecek konular ile buluş niteliğinde olmalarına rağmen patentle korunamayacak buluşlar için bakınız: Türk Patent ve Marka Kurumu, Patent Başvuru Kılavuzu, 2023, <https://www.turkpatent.gov.tr/patent-ve-faydalı-model> (Erişim tarihi, 21.01.2024).

PART 11

not part of the current state of the art. Unlike patents, the utility model is not expected to exceed the state of the art in terms of novelty in relation to the invention's subject matter.

Inventive Step: This means that the invention is of such a nature that it cannot be clearly deduced from the state of the art by a person skilled in the relevant technical field.

Industrial applicability: It means that the invention can be made, applied or used in any branch of industry, including agriculture."

The patent application file consists of application form, description, claims, abstract and figures. In the description included in the patent application file, it is recommended that the technical field to which the invention relates, prior art - similar inventions, technologies or products - and the innovations, advantages, disadvantages eliminated or problems solved compared to the technology or products in the prior art should be included. In addition, if there are drawings, it is also recommended to explain the figures in these drawings and the elements indicated by reference marks in the figures¹⁴.

The claims, one of the elements of the patent application, express the part of the invention for which protection is demanded. The patent application process will begin after all information/ documents required in the patent application have been submitted to TürkPatent.

b. Patent Application Process

In order for a patent application to be subjected to formal examination before TürkPatent, the elements of the application must be completed or complete. It is possible for the applicant to complete the elements found to be missing during the formal examination within two (2) months. In fact, if the missing elements are not completed, the patent application will be removed from the process. For the patent application that has passed the formal examination, a search request must be filed within twelve (12) months if it was not requested during the filing process. Again, if the search request is not made within the time limit, or if the fee associated with the request is not paid, the patent application will be removed from the process¹⁵.

gelir. Patentten farklı olarak faydalı modelin yenilik değerlendirmesinde, buluş konusuna ilişkin olarak yenilik kriterinde tekniğin bilinen durumunun aşması beklenmez.

Buluş Basamağı: Buluşun, ilgili olduğu teknik alanda uzman bir kişi tarafından tekniğin bilinen durumundan aşikâr bir şekilde çıkarılmayacak nitelikte olması anlamına gelmektedir.

Sanayiye Uygulanabilirlik: Buluşun tarım dahil sanayinin herhangi bir dalında üretilebilir, uygulanabilir veya kullanılabilir nitelikte olması anlamına gelir." şeklinde izah edilmiştir.

Patent başvuru dosyası; başvuru formu, tarifname, istemler, özet ve varsa resimlerden oluşmaktadır. Patent başvuru dosyasında yer verilen tarifnamede, buluşun hangi teknik alanla ilgili olduğu, tekniğin bilinen durumunun ne olduğu -benzer buluş, teknoloji ya da ürünler- ve tekniğin bilinen durumundaki teknoloji ya da ürünlere kıyasla getirdiği yenilikler, sağladığı avantajlar, ortadan kaldırdığı dezavantajlar veya çözdüğü problemlerin yer alması tavsiye edilmektedir. Ek olarak, şayet resim var ise tarifnamede, bu resimlerdeki şekillerin ve şekillerdeki referans işaretleri ile gösterilen unsurların açıklanması da önerilmektedir¹⁴.

Patent başvurusunun unsurlarından istemler ise buluşun korunması talep edilen kısmını ifade etmektedir. Patent başvurusunda yer alması gereken bütün bilgi/ belgelerin TürkPatent'e ibraz edilmesinden sonra patent başvuru süreci başlayacaktır.

b. Patent Başvuru Süreci

Bir patent başvurusunun TürkPatent nezdinde şekli incelemeye tabi tutulması için başvuru unsurlarının tam ya da tamamlanmış olması gerekmektedir. Şekli inceleme sırasında eksik olduğu tespit edilen unsurların iki (2) ay içerisinde başvuru sahibine tamamlattırılması mümkündür. Nitekim eksik unsurların tamamlanmadığı durumda patent başvurusu işlemde kaldırılacaktır. Şekli incelemeyen geçen patent başvurusu için şayet başvuru esnasında talep edilmediyse on iki (12) ay içerisinde araştırma talebinde bulunulması gerekmektedir. Yine, süresi içerisinde araştırma talebi sunulmaz ya da talebe ilişkin ücret ödenmez ise patent başvurusu işlemde kaldırılacaktır¹⁵.

Before TürkPatent, the search report is considered as the first stage in deciding the fate of the patent application. In the above-mentioned report, the closest prior art documents within the technical scope of the subject matter of the invention are listed. After notification of the search report to the applicant, the applicant must request an examination of the patent application within three (3) months from the date of notification of the search report. In addition to the request, the applicant may submit counter-opinions on the search report and make amendments to the specification and claims.

The patent application will be published within eighteen (18) months from the date of filing. If the applicant has requested early publication, the patent application will be published in the Official Patent Bulletin of TurkPatent after the form of the patent appli-



cation has been examined, without waiting for eighteen (18) months. It is possible for third parties to submit comments on the said patent application after the publication of it in the Bulletin. In any case, the patentability of the patent application, if it is decided to proceed, will be finally decided during the examination phase.

At the examination stage, the documents contained in the search report are examined to determine whether the patent application meets the criteria for patentability. If the result of the examination is favourable, the applicant is notified of the decision to grant a patent, together with a detailed examination report. If, on the other hand, the

TürkPatent nezdinde araştırma raporu, patent başvurusunun akıbeti hakkında verilecek karara ilişkin ilk aşama olarak görülmektedir. Anılan raporda buluş konusuna ilişkin teknik kapsamında bilinen durumdaki en yakın dokümanlar listelenmektedir. Araştırma raporunun başvuru sahibine tebliğinin ardından başvuru sahibinin; patent başvurusunun araştırma raporunun tebliğinden itibaren üç (3) ay içerisinde inceleme talebinde bulunması gerekmektedir. Başvuru sahibi talebinin yanı sıra araştırma raporuna ilişkin karşı görüşlerini sunabilecek, tarifname ve istemlerde değişiklik yapabilecektir.

Patent başvurusunun yayımı başvuru tarihinden itibaren on sekiz (18) ay içerisinde gerçekleşecektir. Başvuru sahibi erken yayım talebinde bulundu ise on sekiz (18) ayın geçmesi beklenmeksizin TürkPatent Resmi Patent Bülteni'nde patent başvurusu şekli in-

celeminin akabinde yayımlanacaktır. Anılan yayına ilişkin üçüncü kişilerin, patent başvurusunun yayımının ardından görüş sunabilmesi mümkündür. Her halükârda devamına karar verilen patent başvurusunun nihai olarak inceleme aşamasında patentlenebilirliğine karar verilecektir.

İnceleme aşamasında, patent başvurusunun patentlenebilirlik kriterlerine haiz olup olmadığı araştırma raporunda yer alan belgeler de dikkate alınarak değerlendirilir. İnceleme sonucu olumlu ise detaylı bir inceleme raporu ile birlikte patent verilme kararı başvuru sahibine bildirilir. Öte yandan, inceleme sonucu olumsuz ise başvuru sahibi ile patentin verilememeye nedenlerinin gerekçe-

FOOTNOTE

¹⁴ Türk Patent ve Marka Kurumu, Patent Başvuru Kılavuzu, 2023, <https://www.turkpatent.gov.tr/patent-ve-faydali-model> (Access date: 21.01.2024).

¹⁵ Türk Patent ve Marka Kurumu, Patent Başvuru Kılavuzu, 2023.

DİPNOT

¹⁴ Türk Patent ve Marka Kurumu, Patent Başvuru Kılavuzu, 2023, <https://www.turkpatent.gov.tr/patent-ve-faydali-model> (Erişim tarihi, 21.01.2024).

¹⁵ Türk Patent ve Marka Kurumu, Patent Başvuru Kılavuzu, 2023.

PART 11

result of the examination is unfavourable, the applicant will receive a communication setting out the reasons for the non-granting of the patent and the grounds on which it is based. In response to this notification, the applicant is expected to file a counter-opinion or make amendments that do not exceed the scope of the application, provided that the total number of amendments does not exceed three. If there is no reply to the notifications sent by TürkPatent within three (3) months or if no amendments are made within two (2) months, the application shall be deemed to be withdrawn.

If, as a result of the examination report, it is decided to grant a patent, this decision is notified to the applicant and the patent application is published in the Official Patent Bulletin. If no opposition to publication is received within the six (6) month official opposition period, the patent application is registered. If an objection is received within the official opposition period, an examination will be carried out by TürkPatent, taking into account the opinions of the patentee and the requests for amendments to the patent, if any. A period of three (3) months shall be granted to the applicant for submitting the opposition comments or amendments¹⁶.

c. Patent Types

Patents are divided into three types according to their subject matter (process and product), whether they are supplementary patents or not, and whether they are secret or not. Classifying patents according to their subject matter, in a product patent the invention consists of the product, which is the solution itself. In the case of a process patent, on the other hand, the solution consists of a series of successive processes and the elements to be used in these processes¹⁷.

Another type of patent, the supplementary patent, is governed by article 123 of the Code No. 6769 as follows: “*The patent applicant may file a supplementary patent application to the original patent application for the protection of inventions which perfect or improve the invention which is the subject of the patent and which are in integrity with the subject matter of the original patent within the scope of the first paragraph of Article 91*”¹⁸. Another type of patent is the secrecy patent. The evaluations concerning the secret patent are given under the next heading.

riyle açıklandığı ve bunların dayanaklarının belirtildiği bir bildirim paylaşılır. Bu bildirimde yönelik olarak -toplam üç defayı geçmemek şartıyla- başvuru sahibinden karşı görüş sunması veya başvuru kapsamını aşmayan değişiklikler yapması beklenmektedir. TürkPatent tarafından gönderilen bildirimlere üç (3) ay içerisinde dönüş sağlanmaz ya da değişiklik yapılması öngörülen hususlarda iki (2) ay içerisinde değişiklik sağlanmazsa başvuru geri çekilmiş sayılacaktır.

Şayet inceleme raporu neticesinde patent verilmesine karar verilir ise bu karar başvuru sahibine bildirilir ve patent müracaatı Resmi Patent Bülteni’nde yayımlanır. Altı (6) aylık resmi itiraz süresi içerisinde yayıma itiraz edilmez ise patent müracaatı tescil edilmiş olur. Resmi itiraz süresi içinde itiraz gelirse, patent sahibinin görüşleri ve varsa patente değişiklik talepleri de dikkate alınarak, TürkPatent tarafından inceleme gerçekleştirilir. Başvuru sahibine itiraza yönelik karşı görüş ya da değişiklik talepleri adına tanınan üç (3) aylık bir süre bulunmaktadır¹⁶.

c. Patent Türleri

Patentler, konularına göre (usul ve ürün); ek patent olup olmadığı ve gizli olup olmadığına göre üç türdür. Konularına göre patent sınıflamasında ürün patentinde buluş, çözümlün kendisi olan üründen ibarettir. Usul patentinde ise birbirini izleyen belirli yöntemlerin ve bu yöntemlerde kullanılacak unsurların yer aldığı bir çözüm bulunmaktadır¹⁷.

Diğer bir patent türü olan ek patent ise, SMK’nın 123. maddesinde “*Patent başvurusu sahibi, patent konusu buluşu mükemmelştiren veya geliştiren ve 91 inci maddenin birinci fıkrası kapsamında asıl patentin konusu ile bütünlük içinde bulunan buluşların korunması için işlemleri devam eden asıl patent başvurusuna ek patent başvurusunda bulunabilir*” şeklinde düzenlenmektedir¹⁸. Patent türlerinden bir diğeri gizli patenttir. Gizli patente ilişkin değerlendirmelere bir sonraki başlıkta yer verilmiştir.

III. SECRECY PATENT

A. Regulations Under The Code No 6769

Article 124 of the Code No. 6769 regulates in detail the provisions concerning secrecy of patents. Accordingly, if TürkPatent considers that a patent application filed with TürkPatent according to the above procedures is important for national security, a copy of the application will be forwarded to the Ministry of National Defence (“**the Ministry**”) for its opinion and the applicant and its attorney, if any, will be notified. It is accepted that all types of applications relating to national security, whether or not they are related to the defence industry, may be considered under the secrecy patent¹⁹.

Whether the patent application qualifies as a secrecy patent in accordance with the provision of the above-mentioned article will be assessed by TürkPatent experts during the formal examination process and notified to the Ministry. Even if a search request is received without a final return from the Ministry regarding the nature of the patent application, the search process will not proceed. Within three (3) months from the notification sent to the Ministry about the patent application, the Ministry must communicate the secrecy decision. If the secrecy decision is not communicated by the Ministry within these three (3) months or if it is decided that the patent application does not need to be kept confidential for national security reasons, the legal process regarding the patent application will be initiated by TürkPatent.

At this point, it should be noted that it is unclear under which criteria the evaluation of the opinion of the TürkPatent regarding the need to keep the patent application secret in terms of national security will be made. Similarly, there is no clear regulation regarding the criteria for the actual evaluation to be carried out by the Ministry. There is an opinion that the issue may lead inventors to refrain from filing applications in practice²⁰.

After the secrecy decision has been taken by the Ministry and notified to TürkPatent, the patent application will be registered as a secrecy patent by TürkPatent without any further action. The patent applicant is obliged not to disclose the invention covered by the

III. GİZLİ PATENT

A. SMK’da Yer Alan Düzenleme

SMK’nın 124. maddesinde gizli patente ilişkin hükümler detaylı olarak düzenlenmiştir. Buna göre; yukarıdaki süreçler izlenilerek TürkPatent nezdinde gerçekleştirilen bir patent başvurusunun TürkPatent tarafından milli güvenlik açısından önem taşıdığı kanısına varılırsa başvurunun bir sureti görüş alınmak üzere Milli Savunma Bakanlığına (“**Bakanlık**”) iletilecek ve durum başvuru sahibine ve varsa vekiline bildirilecektir. Savunma sanayisini ilgilendirip ilgilendirmeyeceğine bakılmaksızın milli güvenliğe ilişkin her türlü başvuruların gizli patent kapsamında değerlendirilebileceği kabul edilmektedir¹⁹.

Patent başvurusunun anılan madde hükmü uyarınca gizli patent niteliğine sahip olup olmadığı, şekli inceleme sürecinde TürkPatent uzmanları tarafından takdir edilip Bakanlığa bildirilecektir. Bakanlıktan patent başvurusunun niteliğine ilişkin nihai dönüş gelmezsiniz araştırma talebi alınsa dahi araştırma sürecine geçilmeyecektir. Patent başvurusu hakkında Bakanlığa gönderilen bildirimden itibaren üç (3) ay içerisinde Bakanlığın gizlilik kararını iletmesi gerekmektedir. Bu üç (3) ay içerisinde Bakanlık tarafından gizlilik kararı iletilmez ya da patent başvurusunun milli güvenlik saiki ile gizli tutulması gerekmediğine karar verilir ise TürkPatent tarafından patent başvurusuna ilişkin yasal süreç başlatılacaktır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, patent başvurusunun milli güvenlik bakımından gizli tutulması gerektiğine ilişkin TürkPatent nezdindeki kanaat niteliğindeki değerlendirmenin hangi kriterler çerçevesinde yapılacağı belirsizdir. Benzer şekilde Bakanlık nezdinde gerçekleştirilecek asıl değerlendirmenin kriterlerine ilişkin de açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Anılan hususun uygulamada buluş sahipleri açısından başvurudan imtina edilmesine yol açabileceği şeklinde görüş bulunmaktadır²⁰.

Bakanlık tarafından gizlilik kararı alınması ve bu kararın TürkPatent’e iletilmesinin ardından TürkPatent tarafından patent başvurusu hiçbir işlem yapılmaksızın gizli patent olarak sicile kaydedilir. Patent başvurusu sahibi; gizli patent başvuru konusu buluşu, yetkisi

FOOTNOTE

¹⁶ Türk Patent ve Marka Kurumu, Patent Başvuru Kılavuzu, 2023.

¹⁷ Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, 5. Baskı, İstanbul, 2012, s. 596.

¹⁸ Sarı, p. 305.

¹⁹ Zehra Enligün, “Ulusal Başvuru ve Yurtdışı Başvurusu Olarak Gizli Patent ve Uygulama Güçlükleri”, Fikri Gündem, İS. 23, 2022, s. 36.

²⁰ Enligün, p. 35.

DİPNOT

¹⁶ Türk Patent ve Marka Kurumu, Patent Başvuru Kılavuzu, 2023.

¹⁷ Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, 5. Baskı, İstanbul, 2012, s. 596.

¹⁸ Sarı, s. 305.

¹⁹ Zehra Enligün, “Ulusal Başvuru ve Yurtdışı Başvurusu Olarak Gizli Patent ve Uygulama Güçlükleri”, Fikri Gündem, S. 23, 2022, s. 36.

²⁰ Enligün, s. 35.

PART 11

secrecy patent application to unauthorised persons. In the doctrine, the ambiguity of the term “unauthorised persons” in the text of the said article has been criticised and it has been stated that the authorised persons may be the military and technical personnel of the Ministry and the competent officials of TürkPatent, as well as the inventor²¹.

The protection of an invention by patent is in the economic interest of the inventor. In fact, the patent right established by the Code No. 6769 essentially aims protecting the economic interests of inventors. However, the decision to keep a patent application secret may harm the economic interests of the inventor. Therefore, according to the Code No. 6769, “the patent applicant may claim compensation from the State for the period during which the patent application is kept secret. If the parties cannot agree on the amount of compensation to be paid, the amount of compensation shall be determined by the court. The compensation shall be calculated taking into account the importance of the invention and the amount of potential income that the patent applicant would have received if he had been able to freely exploit the invention”. However, it is envisaged that the right to compensation will be lost if the patent application, which has the characteristics of a secrecy patent under the Code No. 6769, is disclosed through the fault of the applicant.

The right to compensation granted to the inventor on the basis of the secrecy decision is calculated on the basis of the possible

olmayan kişiler ile paylaşmamak ile yükümlüdür. Doktrinde anılan madde metninde yer alan “yetkisi olmayan kişiler”in belirsiz olması eleştirilmiş olup, yetkisi olan kişilerin buluş sahibinin yanı sıra Bakanlık nezdindeki askeri ve teknik personel ile görevli TürkPatent yetkilileri olabileceği ifade edilmiştir²¹.

Bir buluşun patent kapsamında korunmasında, buluş sahibinin ekonomik menfaati bulunmaktadır. Nitekim SMK ile ortaya konan patent hakkı, özünde buluş sahiplerinin ekonomik kazancını koruma amacı taşımaktadır. Oysa bir patent başvurusuna ilişkin alınan gizlilik kararı, buluş sahibinin ekonomik menfaatini zedeleyebilecektir. Bu sebeple SMK’ya göre; “patent başvurusu sahibi, patent başvurusunun gizli tutulduğu süre için, Devletten tazminat isteyebilir. Ödenecek tazminat miktarı konusunda anlaşma sağlanamazsa tazminat miktarı mahkeme tarafından belirlenir. Tazminat, buluşun önemi ve patent başvurusu sahibinin onu serbestçe kullanabilmesi hâlinde elde edeceği muhtemel gelirin miktarı göz önünde tutularak hesaplanır”. Bununla birlikte, SMK çerçevesinde gizli patent niteliğine sahip patent başvurusunun, başvuru sahibinin kusuruyla açıklanması halinde tazminat isteme hakkının ortadan kalkacağı öngörülmektedir.

Gizlilik kararı sebebiyle buluş sahibine tanıyan tazminat hakkı, buluş sahibinin buluşunu serbestçe kullanması durumunda elde edilebilecek muhtemel gelir esas alınarak hesaplanacaktır. Fakat, SMK’da öngörülmesi de buluş sahibine manevi zarar talep etme hakkı tanınması gerektiği doktrinde sa-

income that the inventor could obtain by freely using his/her invention. However, although it is not provided for in the Code No. 6769, the doctrine argues that the inventor should be entitled to claim moral damages. This is because the inventor is likely to suffer from being deprived of the fame that he deserves, within the limits of the time that s/he has devoted to his/ her invention and the mission that s/he has conceived for his/her invention²².

Pursuant to the fifth paragraph of article 124 of the Code No. 6769, the inventor whose patent application is included in the scope of a secrecy patent may apply for permission to use all or part of his invention. It should be noted that the said provision is criticised for its ambiguity in that the permission is subject to the approval of the Ministry according to (i) the nature of the invention and (ii) the conditions of the inventor, without any record or framework. In fact, it can be considered that the said ambiguity is the part that should be evaluated, especially in the context of patent law, in relation to the principle that the patent right within the scope of the property right regulated by article 35 of the Constitution can be restricted only in the public interest and within the scope of article 13 of the Constitution. In addition, although there is no provision in the Code No. 6769 regarding the procedures to be followed in order to lift the secrecy decision, it can be argued that there is a right to apply to the court for the lifting of the secrecy decision, which is a kind of administrative act within the framework of the constitutional right to apply to the court against all kinds of decisions, transactions and actions of the administration²³.

It is stipulated that the applicant shall not pay any annual fee to TürkPatent during the period of confidentiality within the scope of the secrecy patent application. In fact, it is not reasonable for the inventor to be obliged to pay an annual fee when the inventor is entitled to compensation for the patent application during the secrecy period. However, under the provision in the Code No. 6769 that a declassified patent application shall be treated as a patent application from the date of declassification, it is stated that the annual fees should be paid retroactively²⁴. Since the patent applicant has no direct influence over the decision to declassify, the Ministry’s decision is a direct administrative decision made again at its request and without being subject to any time

vunulmaktadır. Zira, buluşuna ayırdığı zaman ve buluşuna yönelik tasarladığı misyonu çerçevesinde buluş sahibinin hak ettiği şöhretten mahrum kalacak olması nedeniyle elem duyması muhtemeldir²².

SMK’nın 124. Maddesinin beşinci fıkrası uyarınca patent başvurusu gizli patent kapsamına alınan buluş sahibinin, buluşunu kısmen veya tamamen kullanmak üzere izin talep edebilmesi mümkündür. Belirtmek gerekir ki anılan hüküm, izin herhangi bir kayıt ya da çerçeve içermeksizin, (i) buluşun niteliğine ve (ii) buluş sahibinin şartlarına göre Bakanlığın iznine bağlı tutulması belirsizlik içermesi açısından eleştirilmektedir. Nitekim Anayasa’nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı kapsamındaki patent hakkının ancak kamu yararı gereğince ve Anayasa 13. madde ölçüsünde sınırlanabileceği ilkesinin patent hukuku bağlamında özellikle değerlendirilmesi gereken kısmın anılan belirsizlik olduğu düşünülebilir²³.

Ayrıca, gizlilik kararının kaldırılması adına izlenecek yollara ilişkin SMK’da herhangi bir düzenleme yer almamakla birlikte, idarenin her türlü karar, işlem ve eylemlerine karşı yasa yoluna başvurulabilmesi şeklindeki anayasal hak çerçevesinde bir tür idari işlem olan gizlilik kararının kaldırılmasına yönelik mahkemeye başvurma hakkı bulunduğu savunulabilecektir²⁴. Başvuru sahibinin gizli patent başvurusu kapsamında gizli kalınan süre boyunca, TürkPatent’e yıllık ücret ödemeyeceği düzenlenmektedir. Nitekim buluş sahibinin gizli tutulan süre için patent başvurusuna ilişkin tazminat hakkına sahip olduğu durumda yıllık ücret ödemekle yükümlü tutulması makul değildir. Bununla birlikte SMK’da yer alan gizliliği kaldırılmış bir patent başvurusunun, gizliliği kaldırıldığı tarihten itibaren patent başvurusu olarak işlem göreceği hükmü çerçevesinde yıllık ücretlerin geriye dönük olarak ödenmesi gerektiği ifade edilmiştir²⁵. Bu noktada, geriye dönük olarak ödenmesi gereken yıllık ücretlerin toplu şekilde ödenmesine ilişkin olarak herhangi bir yasal düzenleme bulunmamakla birlikte, patent başvuru sahibinin gizlilik kararı alınması hususunda doğrudan bir müdahalesinin olmaması, Bakanlık tarafından verilen kararının doğrudan idari bir idari karar olması, yine patent başvurusuna ilişkin SMK uyarınca herhangi bir süre kısıtlamasına tabi olmaksızın Bakanlığın talebi üzerine ancak TürkPatent tarafından buluşun gizliliğinin kaldırılması sebebiyle bir anlamda mülkiyet hakları kısıtlanan başvuru sahibinin patent başvurusunu

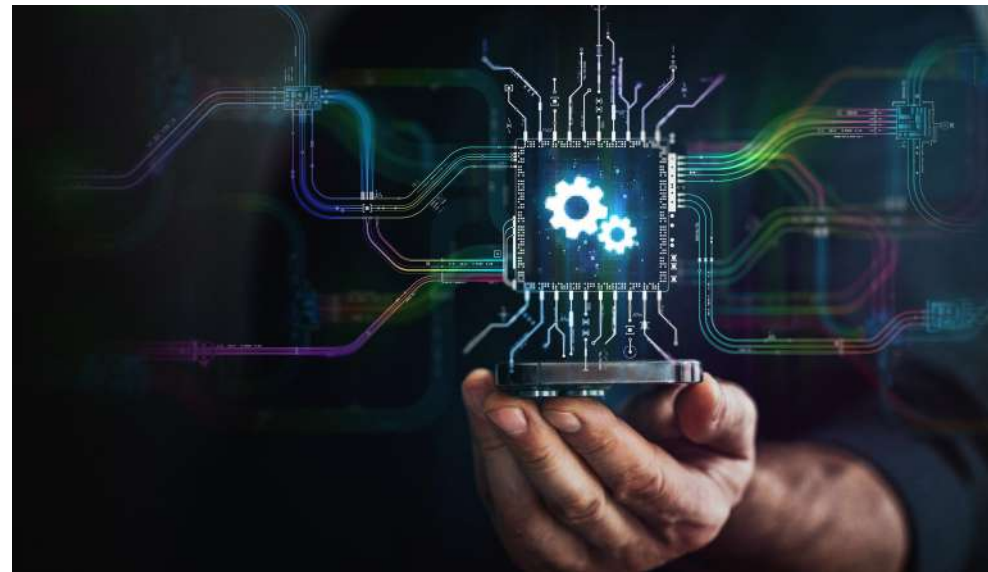
FOOTNOTE

21 Çolak, p. 606.

22 Çolak, p. 607.

23 Mehmet Hamza Arslan, Patent Hakkına İlişkin İstisnalar ve Sınırlamalar, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2023, p. 36.

24 Çolak, p. 607.



DİPNOT

21 Çolak, s. 606.

22 Çolak, s. 607.

23 Mehmet Hamza Arslan, Patent Hakkına İlişkin İstisnalar ve Sınırlamalar, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2023, s. 36.

24 Çolak, s. 607.

25 Türk Patent ve Marka Kurumu, İnteraktif Bilgilendirme Servisi: (312) 303 1 303 Erişim 19.02.2024.

PART 11

limit under Code No. 6769 with regard to the patent application. Accordingly, even though there is currently no legal regulation regarding the lump sum payment of the annual fees to be paid retroactively, it can be argued that it is not in accordance with the principle of equity for the applicant, whose property rights are in a sense restricted due to the declassification of the invention by TürkPatent. Moreover, it can be considered that it is not in accordance with the principle of the rule of law to make the patent applicant liable for the payment of a substantial fee with the subsequent declassification of the patent application which has been decided to be secret for a long time²⁵.

On the other hand, there is no explicit provision in the Code No. 6769 as to when the period of protection of the invention for which the secrecy decision has been lifted begins. If the provision in the Code No. 6769 that a declassified patent application shall be treated as a patent application from the date of declassification and the provision in the second paragraph of the same article that the proceedings on the application for which no secrecy confidentiality decision has been taken shall be evaluated together, it is seen that there is an invention for which the proceedings have not yet been initiated, in other words, the term of protection has not yet commenced; since the patent application has not been disclosed to third parties in accordance with the secrecy decision - since the novelty criterion has not been eliminated - the protection period has not started even if it has been filed earlier, the most reasonable solution to the problem is not to operate the patent protection period as long as the patent application is kept secret and, after the secrecy decision is terminated, the patent protection period should be operated from where it left off (by deducting the period until the secrecy decision regarding the patent application was made before TürkPatent)²⁶.

In the Turkish patent law, there are not sufficient regulations regarding the nature and provisions of the secrecy patent application, and the evaluations regarding the secrecy patent in the doctrine have been limited to the titles of patent types. Patent is identified with openness in terms of etymology, and studies on the secret type of patent should be increased²⁷.

gizlilik kararı verilen dönemi için yıllık ücretleri ödemesinin hakkaniyet esasına uygun düşmediği savunulabilir. Yanı sıra uzun süre gizliliğine karar verilen patent başvurusuna ilişkin sonradan gizliliğinin kaldırılmasıyla patent başvurusu sahibinin ciddi bir harç ödeme külfeti ile sorumlu tutulmasının hukuk devleti ilkesine uygunluk arz etmediği düşünülebilir.

Öte yandan, SMK'da gizlilik kararı kaldırılan buluşa ilişkin koruma süresinin ne zaman başlayacağına ilişkin açık hüküm bulunmamaktadır. SMK'da gizliliği kaldırılmış bir patent başvurusunun gizliliği kaldırıldığı tarihten itibaren patent başvurusu olarak işlem göreceği hükmü ve aynı maddenin ikinci fıkrasında yer alan gizlilik kararı verilmeyen başvuruya ilişkin işlemlerin başlatılacağı hükmü birlikte değerlendirildiğinde henüz işlemleri başlatılmayan bir diğer ifade ile koruma süresi henüz başlamamış bir buluşun sözü konusu olduğu; gizlilik kararı uyarınca patent başvurusunun üçüncü kişilere açıklanmamış olması nedeniyle -yenilik kriterinin ortadan kalkmaması sebebiyle- de daha önce başvurulmuş olsa dahi koruma tarihinin başlamadığı, konuya ilişkin en makul çözümün patent başvurusunun gizli tutulduğu süreçte, patent koruma süresinin işletilmemesi ve gizlilik kararının kaldırılmasından sonra patent koruma süresinin, kaldığı yerden (TürkPatent nezdinde patent başvurusuna ilişkin gizlilik kararı verilinceye kadar geçen süre mahsup edilerek) itibaren işletilmeye devam edilmesi olduğu ifade edilmektedir²⁶.

Türk patent hukukunda gizli patent başvurusunun niteliğine ve hükümlerine dair yeterli düzenlemeler bulunmadığı gibi doktrinde de gizli patente ilişkin değerlendirmeler patent türleri başlığı ile sınırlı kalmıştır. Patent, etimolojisi bakımından açık olma ile özdeşleşmiş olup patentin gizli olan türüne ilişkin çalışmaların artırılması gerekmektedir²⁷.

Gizli patente ilişkin genel hükümlerin uygulamada çeşitli şekilde gündeme gelmesi mümkündür. Türkiye'de gerçekleştirilen buluşların ilk kez Türkiye'de gerçekleştirilecek başvuruları, SMK'nın 124. maddesinde düzenlenen hükümlere tabidir. Başka bir ülkede başvurusu gerçekleştirilen gizli patent niteliğine sahip buluşun Türkiye'de başvurusunun gerçekleştirilebilmesi mümkündür. Buna ilişkin hükümler ise "Savunma ile ilgili ve ihtira berati isteklerine konu teşkil eden ihtira sırlarının karşılıklı korunmasına ilişkin Anlaşma"²⁸ uyarınca belirlenmiştir. Aslında

It is possible that the general provisions concerning the secret patent may be applied in practice in different ways. The applications of inventions made in Türkiye for the first time in Türkiye are subject to the provisions of article 124 of the Code No. 6769.

It is possible to file an application in Türkiye for an invention that has the characteristics of a secrecy patent applied for in another country. The provisions in this regard are determined in accordance with the "Agreement on the mutual protection of invention secrets related to defence and subject to patent applications"²⁸. In fact, the mentioned agreement only refers to the registration in Türkiye of patent applications that are subject to a secrecy decision made in the contracting countries. The country in which the invention subject to the secrecy decision is realized submits the application to its embassy, the embassy of the foreign country submits the invention to the Ministry of Foreign Affairs and the Ministry of Foreign Affairs submits the invention to TürkPatent. In order to prepare the application and carry out the procedures before TürkPatent, one of the patent attorneys holding a NATO security certificate must be invited to TürkPatent and the invention must be submitted to TürkPatent. TürkPatent will not take any action after the application and will record the application as a secrecy patent. In this sense, it is worth to point out that the decision on the secrecy of inventions made in Türkiye before the TürkPatent is made by the Ministry of National Defence, whereas inventions subject to a secrecy decision made in NATO member states are registered directly in the secret patent register by the Ministry of Foreign Affairs, regardless of the Ministry's decision on the secrecy.

Another issue concerns the filing of a patent application abroad which has been decided to be secret in Türkiye. According to article 124/9 of the Code No. 6769, the inventor may file an application in another country only within the scope of the right of permission granted under the Code No. 6769 and may not attempt to file a secrecy patent application in any country without the permission of the Ministry. However, if an application is filed abroad in violation of the provisions of the Code No. 6769, although no direct sanction is provided in the Code, it may be assessed within the scope of the Turkish Penal Code No. 5237²⁹ if the conditions are met.

anılan sözleşme, yalnızca taraf ülkelerde gerçekleştirilen gizlilik kararı verilmiş patent başvurularının Türkiye'de tesciline ilişkindir. Gizlilik kararına konu buluşun gerçekleştirildiği ülke, başvuru talebini kendi büyükelçiliğine teslim edecek, yabancı ülkenin büyükelçiliği ise buluşu Dışişleri Bakanlığı'na; Dışişleri Bakanlığı da buluşu TürkPatent'e teslim edecektir. TürkPatent nezdinde başvuru hazırlık ve işlemlerinin yapılabilmesi için NATO güvenlik belgesine sahip patent vekillerinden birinin TürkPatent'e davet edilmesi ve buluşun teslim edilmesi gerekmektedir. TürkPatent başvuru sonrasında herhangi bir işlem yapmayacak, başvuruyu gizli patent olarak kayıtlarına alacaktır. Bu itibarla, TürkPatent nezdinde Türkiye'de gerçekleştirilen buluşlara ilişkin gizlilik kararı Milli Savunma Bakanlığı tarafından verilmekte iken NATO üyesi ülkelerde gerçekleştirilen gizlilik kararına tabi buluşların doğrudan Dışişleri Bakanlığı vasıtasıyla, Bakanlığın gizlilik hususunu değerlendirmesine bakılmaksızın, gizli patent siciline kaydedilmesi dikkat çekici görülebilir.

Bir diğer husus, Türkiye'de gizliliğine karar verilmiş patent başvurusunun yurtdışında başvuruya konu edilmesine ilişkindir. SMK 124/9 uyarınca buluş sahibi ancak SMK'da tanınan izin hakkı kapsamında buluşuna ilişkin başka bir ülkede başvuru gerçekleştirebilecek Bakanlığın izni olmayan bir ülke nezdinde gizli patent başvurusuna ilişkin girişimlerde bulunmayacaktır. Bununla birlikte, SMK hükümlerine aykırı olarak yurtdışında başvuru yapılması halinde bahse konu fiile ilişkin SMK'da doğrudan bir müeyyide öngörülmemiş olmakla birlikte şartların sağlanması halinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu²⁹ kapsamında değerlendirilebilecektir.

DİPNOT

26 Çolak, s. 608.

27 Patent, Latince'de "açık, mühürlü kapatılmamış" demek olup İngiltere'de açık, mühürlü kapatılmamış berati" anlamında kullanılmıştır. Bu husus bir bakıma buluş üzerindeki aidiyeti açık kılmaktadır. Gökçe Üstünsoy, 2017-2021 Yılları Arasında Türkiye'de Patent ve Faydalı Model Başvurularının Mevcut Durum Analizleri, Ankara: Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Master Thesis, 2022), p. 5.

28 Doruk Utku, "ABD Patent Hukukunda Savunma Teknolojilerine İlişkin Gizlilik Kararları", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 3 S. 1, 2016, s. 105'den naklen, 21.09.1960 tarihinde Paris'te, NATO üyesi ülkeler arasında "NATO Agreement For The Mutual Safeguarding Of Secrecy Of Inventions Relating To Defence And For Which Applications For Patents Have Been Made" imzalanmıştır. (R.G. 19.09.1961, 10910). Anlaşmanın İngilizce metni için: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20394/volume-394-I-5664-English.pdf> (19.02.2024).

29 12.10.2004 tarih, 25611 sayılı Resmi Gazete.

FOOTNOTE

25 Türk Patent ve Marka Kurumu, İnteraktif Bilgilendirme Servisi: (312) 303 1 303 (Access date: 19.02.2024).

26 Çolak, p. 608.

27 Patent means "open, unsealed" in Latin and is used in England in the sense of "open, unsealed licence". In a way, this respect makes the ownership of the invention explicit. Gökçe Üstünsoy, 2017-2021 Yılları Arasında Türkiye'de Patent ve Faydalı Model Başvurularının Mevcut Durum Analizleri, Ankara: Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Master Thesis, 2022), p. 5.

28 From Doruk Utku, "ABD Patent Hukukunda Savunma Teknolojilerine İlişkin Gizlilik Kararları", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Vol. 3 Is. 1, 2016, p. 105, signed on 21.09.1960 in Paris, between contracting parties of NATO "NATO Agreement For The Mutual Safeguarding Of Secrecy Of Inventions Relating To Defence And For Which Applications For Patents Have Been Made". (OG dated 19.09.1961, No. 10910). For the English version of the Agreement: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20394/volume-394-I-5664-English.pdf> (Access date: 19.02.2024).

29 Dated 12.10.2004 OG No. 25611.

PART 11

B. Secrecy Patent Under USA Law

The laws of many countries generally contain provisions for decisions on the secrecy of patent applications relating to national defense. In particular, USA has detailed regulations and a rich case law on inventions important to national security, i.e. secret patents. The development, secrecy and protection of defense technologies are carried out within the framework of secret patent provisions³⁰.

Firstly, US patent law provides for three types of secrecy patent order to be issued. The first of these is called as "Type I Secrecy Order" and such secrecy patents may be filed for foreign patents in certain countries - those that have a mutual trust agreement with the USA. In the other "Type II Secrecy Order" and "Type III Secrecy Order", the effect of the secrecy decision is more intense³¹. On the other hand, legal opinions on the use of secrecy patents by and/or for the state have also been issued in the context of court decisions in USA patent law. Although there is no explicit provision permitting the use of patented inventions by the state when deemed necessary, it is accepted that the use of patented inventions for the benefit of the state is subject to expropriation claims. Although it was initially thought that the above provision would not cover the secrecy patent as an invention that has not yet been patented, it has been accepted that the provisions of the expropriation compensation claim also apply to the secrecy patent, with the acceptance that technical information (know-how), which is a trade secret before the courts, although not patented, has the characteristics of private property³².

C. Secrecy Patent in Turkish Patent Practice

Under the Intellectual Property Law, the rights relating to inventions are not protected at the time of their creation, but at the time of filing the application with the competent institution. In this respect, the inventors will not be able to use the rights arising from the patent within the framework of Code No. 6769 (*offering for sale, selling, importing, manufacturing, using, leasing or licensing the product obtained by the product or process covered by the patent to third parties*) without applying for their inventions covered by the patent to TürkPatent. In order for the exclusive rights

B. ABD Hukuku'nda Gizli Patent

Pek çok ülke hukukunda genellikle milli savunmayı ilgilendiren patent başvurularına ilişkin gizlilik kararı hususunda hükümler bulunmaktadır. Bilhassa Amerika Birleşik Devletleri ("ABD"), milli güvenlik açısından önem taşıyan buluşlar bir diğer ifade ile gizli patentlere yönelik detaylı düzenlemelere ve zengin içtihat birikimine sahiptir. Savunma teknolojilerinin geliştirilmesi, gizli tutulması ve korunması gizli patent hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilmektedir³⁰.

Öncelikle, ABD patent hukukunda üç tür gizli patent kararı verilebileceği düzenlenmiştir. Bunlardan birincisi "Type I Secrecy Order" şeklinde anılmakta ve bu tür gizli patentlerin belirli ülkelerde -ABD ile karşılıklı güven anlaşması olan- yabancı patent başvurusuna izin verilmektedir. Diğer "Type II Secrecy Order" ve "Type III Secrecy Order" da gizlilik kararının etkisi daha yoğun görülmektedir³¹. Öte yandan, ABD patent hukukunda mahkeme kararları çerçevesinde gizli patent devlet tarafından ve/veya devlet için kullanılmasına yönelik hukuki görüşler de oluşturulmuştur. Patentli buluşların gerekli görüldüğü takdirde devlet tarafından kullanılması hakkında açık yetki veren düzenleme bulunmamakla birlikte, devlet lehine patentli buluşların kullanımının kamulaştırma tazminatı taleplerine konu olacağı kabul görmektedir. Anılan hükmün henüz patent alınmamış bir buluş olarak gizli patenti kapsamayacağı başta düşünülse de patentli olmasa da mahkemeler nezdinde ticari sır niteliğindeki teknik bilgilerin (know-how) özel mülk vasfını taşıdığı kabulü ile kamulaştırma tazminatı talebi hükümlerinin gizli patent hakkında da geçerli olduğu kabul edilmiştir³².

C. Türk Patent Hukuku Uygulamasında Gizli Patent

Fikri mülkiyet hukuku çerçevesinde buluşlara ilişkin haklar yaratılmaları ile değil yetkili kurum nezdinde gerçekleştirilen başvuru ile koruma kapsamına alınmaktadır. Bu itibarla, buluş sahiplerinin patente konu buluşlarını TürkPatent nezdinde başvurmaksızın SMK çerçevesinde patentten doğan hakları (*patent konusu ürün veya usul ile elde edilen ürünün satışa sunulması, satılması, ithali, üretilmesi, kullanılması, kiralama veya lisans verme gibi işlemle üçüncü kişilere kullanılması*) kullanması mümkün olamayacaktır. İhbar haklarının buluş sahibi nezdinde doğ-

of the inventor to arise, the invention must have been duly made available to the public³³. The exclusive rights of the inventor over the patent are of an absolute nature and entitle the inventor to request the prohibition of third parties by declaring that the acts constitute infringement in cases where the invention subject to the patent and/ or the product resulting from the invention, including the usurpation of the patent right, is offered for sale, sold, imported, produced, used, leased or licensed to third parties without the inventor's consent. It is recognised that the main issue to be assessed in patent infringement relates to the claims of the disputed inventions³⁴. In this respect, the patent applicants published by TürkPatent, whether they are registered or not, have the capacity of active hostility in the sense of patent infringement cases and the patent applicant has the right to use the rights arising from the patent against the infringer who has been informed about the application or its scope.

It is clear that the exclusive rights granted to the inventor are not valid for the inventions subject to a secrecy patent decision due to non-publication of the patent application based on its secret nature before TürkPatent. This is because the claims, description, etc. prepared by the inventor are not made available to the public either by TürkPatent or by the applicant/ inventor within the scope of the patent application kept secret for reasons of national security. Thus, it is accepted that owners of secrecy patents cannot file patent infringement lawsuits due to their lack of hostile capacity. However, article 141/3 of the Code No. 6769, which is an exception to this rule, provides that "From the date of publication of the patent application or utility model application under Article 97, the owner of the patent application or utility model application shall be entitled to sue for infringement of the invention. If the infringer has been informed of the application or its scope, the publication of the application shall not be taken into account. If the court decides that the infringer acted in bad faith, the existence of the infringement before publication shall be accepted"³⁵. In this case, even if the claims are not published, it is possible for the owner of secrecy patent to claim before the courts for detection, prohibition and refusal of infringement against the malicious third party who is aware of the invention in case of infringement of the patent right.

ması için buluşun usulüne uygun şekilde topluma arz edilmiş olması gerekmektedir³³. Buluş sahibinin, patent hakkı üzerinde sahip olduğu inhisari haklar mutlak hak niteliğinde olup, bu haklar; buluş sahibine, patent hakkının gaspı da dahil patent konusu buluş ve/veya buluş neticesindeki ürünün rızası olmaksızın satışa sunulması, satılması, ithali, üretilmesi, kullanılması, kiralama veya lisans verme gibi işlemle üçüncü kişilere kullanılması hallerinde eylemlerin tecavüz teşkil ettiğinin tespiti ile tecavüzün men'i ve ref'ini talep etme yetkisi tanımaktadır. Patent hakkına tecavüz iddialarında asıl değerlendirilecek hususun uyuşmazlık konusu buluşların istemlerine ilişkin olduğu kabul edilmektedir³⁴. Bu itibarla, tescil edilip edilmediğine bakılmaksızın TürkPatent nezdinde yayınlanan patent başvuru sahipleri ile patent hakkına tecavüz davaları bakımından aktif husumet ehliyeti bulunduğu gibi, başvurudan veya kapsamından haberdar edilmiş patent ihlal edene yönelik patent başvuru sahibinin patentten doğan hakları kullanma hakkı bulunmaktadır.

Gizlilik kararı verilen patent başvurularının TürkPatent nezdinde yayınlanmaması nedeniyle buluş sahibine tanınan inhisari hakların gizli patent kararına konu buluşlar bakımından geçerli olmadığı açıktır. Zira, buluş sahibi tarafından hazırlanan istemler, tarifname vd. milli güvenlik nedeniyle gizli tutulan patent başvurusu kapsamında gerek TürkPatent tarafından gerekse başvuru/ buluş sahibi tarafından umuma arz edilmeyecektir. Böylelikle gizli patent sahiplerinin patent tecavüz davalarında husumet ehliyeti bulunmaması nedeniyle taraf olamayacağı kabul edilmektedir. Ancak bu kurala istisna teşkil eden SMK'nın 141/3. maddesi, "Patent başvurusunun veya faydalı model başvurusunun 97 nci maddeye göre yayımlandığı tarihten itibaren, patent başvurusu veya faydalı model başvurusu sahibi, buluşa vaki tecavüzlerden dolayı dava açmaya yetkilidir. Tecavüz eden, başvurudan veya kapsamından haberdar edilmiş ise başvurunun yayımlanmış olmasına bakılmaz. Tecavüz edenin kötüniyetli olduğuna mahkeme tarafından hükümlenirse, yayımdan önce de tecavüzü varlığı kabul edilir." hükmünü haizdir³⁵. Bu itibarla, istemleri yayınlanmamış olsa dahi gizli patent sahibinin patent hakkının ihlali durumunda buluştan haberdar olan kötü niyetli üçünü kişinin ihlaline karşılık mahkemeler nezdinde tecavüzün tespiti, men'i ve ref'ini talep etmesi mümkündür.

FOOTNOTE

³⁰ Utku, p. 100.

³¹ Utku, p. 111.

³² Utku, p. 123.

³³ Tahir Saraç, Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Seçkin, 1. Edition, Ankara 2003, p. 150.

³⁴ İlhami Güneş, Patent ve Faydalı Model Hukuku, Seçkin, 4. Edition, Ankara 2021, p. 307.

³⁵ Pelin Karaaslan, Dolaylı Patent İhlali, Seçkin, 1. Edition, Ankara, 2021, p. 245.

DİPNOT

³⁰ Utku, s. 100.

³¹ Utku, s. 111.

³² Utku, s. 123.

³³ Tahir Saraç, Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Seçkin, 1. Baskı, Ankara 2003, s. 150.

³⁴ İlhami Güneş, Patent ve Faydalı Model Hukuku, Seçkin, 4. Baskı, Ankara 2021, s. 307.

³⁵ Pelin Karaaslan, Dolaylı Patent İhlali, Seçkin, 1. Baskı, Ankara, 2021, s. 245.

PART 11

However, articles 99/3 and 99/7 of the Code No. 6769 is as follows: *"If no opposition is filed or if the opposition is deemed not to have been filed, the decision to grant the patent shall become final and the final decision shall be published in the Bulletin. (...) The final decision on the opposition shall be published in the Bulletin. If it is decided to maintain the patent in amended form in accordance with paragraphs 5 and 6, the amended form of the patent shall be published in the Bulletin"*. Article 141/4 of the Code No. 6769, on the other hand, provides that prior to the publication provided for in article 99, the courts shall not be competent to decide on the validity of the claims raised in respect of infringement of patent rights. Therefore, it can be stated that the court should make the publication of the relevant patent application in the Official Patent Bulletin after the secrecy decision is lifted by the Ministry and the secret patent is deleted from the registry, as a matter of waiting, without deciding on the claims of the inventor claiming infringement with respect to the patent application.

There is no clear provision in the legislation regarding the application of the issue of the waiting period for the courts to decide on patent infringement claims within the scope of the secrecy patent. It can be said that the indefinite period of time due to the termination of the examination proceedings concerning the invention for which a decision on a secrecy patent has been made, and the lack of a definite date for the end of the decision on secrecy, creates a reservation before

Bununla birlikte SMK'nın 99/3 ile 99/7. maddeleri aynen *"İtiraz yapılmaması veya itirazın yapılmamış sayılması durumunda, patent verilmesi hakkındaki karar kesinleşir ve nihai karar Bültende yayımlanır. (...) İtiraz sonucunda verilen nihai karar Bültende yayımlanır. Beşinci ve altıncı fıkraya uyarınca patent değiştirilmiş hâliyle devamına karar verilmesi durumunda, patent değiştirilmiş hâli Bültende yayımlanır."* şeklinde düzenlenmiştir. SMK 141/4. maddesi ise 99. maddede öngörülen yayımlardan önce, patent hakkına tecavüz iddiaları bakımından öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak mahkemelerin karar verme yetkisi olmadığını düzenlemektedir. O halde, patent başvurusuna ilişkin ihlal iddiasında bulunan buluş sahibinin iddialarına yönelik karar verilmeksizin mahkemenin ilgili patent başvurusunun Bakanlık tarafından gizlilik kararının kaldırılması ve gizli patentin sicilden silinmesinin ardından Resmi Patent Bülteni'nde yayımı hususunu bekletici mesele yapması gerektiği ifade edilebilir.

Mahkemeler nezdinde patent hakkına tecavüz iddialarının karara bağlanması adına öngörülen bekletici meselenin gizli patent kapsamında ne şekilde uygulanacağına ilişkin mevzuatta açık hüküm bulunmamaktadır. Gizli patent kararı verilen buluşa dair inceleme süreçlerinin durması ve gizlilik kararının son bulacağı kesin bir tarihin bulunmaması sebebiyle oluşan belirsiz bir zaman diliminin mahkemeler nezdinde bekletici mesele hususunda çekince oluşturduğu söylenebilir. Nitekim, adli yargı ilk derece mahkemesi³⁶

the courts on the issue of the waiting period. As a matter of fact, the Court of First Instance of the Judicial Jurisdiction³⁶, without making a reservation issue regarding the allegations that the patent application subject to the secrecy patent made by the defendant constitutes an infringement of the plaintiff's patent application, stated that *"when the entire scope of the file, the evidence, the expert report and the Turkish patent records are evaluated together; the patent application dated 07/08/2018 and numbered, of which the plaintiff is the applicant and inventor, has not yet been finalised and there is no finalised set of claims, and the patent application filed by the defendant and numbered is still at the filing stage and it is not clear whether it will be registered or not. It is therefore not possible to compare the patent applications since there is no finalised patent registration"*, and a decision was taken to dismiss the case.

In the doctrine, the unfair competition provisions regulated in article 56 of the Turkish Commercial Code No. 6102 and its continuation are shown as another regulation that can be applied in case of non-publication of the claims of the secret patent, other than relying on the bad faith of the third party who committed the infringement - being aware of the invention³⁷. Although the inventor cannot be a party to the infringement dispute due to the non-publication of the patent right, it is accepted that the inventor can file a lawsuit based on the unfair competition provisions. It should be noted that the interests of the parties in an unfair competition claim are not the same as those in a patent infringement claim. Although the economic interests in the mentioned disputes are the same, the ways to determine the infringement are different in law and practice. For instance, patent infringement does not necessarily require that the product or process covered by the patent be used and that such use cause material damage³⁸. In sum, it can be said that there is a legal gap in the Code No. 6769 in disputes regarding the infringement of a secrecy patent. In cases where the subject matter of the dispute before the courts is related to the secrecy patent, it is seen that no evaluation on the merits is made on the grounds that the decision to grant a patent has not been published, and in cases where it is possible to claim infringement without publication pursuant to article 141/3 of the Code No. 6769, there is no regulation on the issue of making a matter of waiting.

nezdinde davalı tarafından gerçekleştirilen gizli patente konu patent başvurusunun davalı tarafın patent başvurusuna ihlal teşkil ettiğine yönelik iddialar hakkında bekletici mesele yapılmaksızın *"Tüm dosya kapsamı deliller bilirkışı raporu ve Türk Patent Kayıtları birlikte değerlendirildiğinde; davacının başvuru ve buluş sahibi olduğu 07/08/2018 başvuru tarihli ve nolu patent başvurusu henüz kesinleşmemiş ve kesinleşmiş bir istem takımı bulunmamakta, yine davalı tarafça başvurusu yapılan nolu patent başvurusu da henüz başvuru aşamasında olup tescil edilip edilmeyeceği belli değildir. Dolayısıyla ortada kesinleşmiş bir patent tescili bulunmadığından patent başvurularının karşılaştırılması mümkün değildir."* şeklindeki gerekçe ile davanın reddine yönelik karar tesis edilmiştir.

Doktrinde gizli patente ilişkin istemlerin yayınlanmaması durumunda ihlali gerçekleştiren üçüncü kişinin kötü niyetine -buluştan haberdar olunması- dayanılması haricinde başvurulabilecek bir diğer düzenleme olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 56. maddesi ve devamında düzenlenen haksız rekabet hükümleri gösterilmektedir. Buluş sahibinin, patent hakkının yayınlanmaması sebebiyle patent hakkı ihlali uyuşmazlıklarında taraf olamayacaksa da haksız rekabet hükümlerine dayalı olarak dava ikame edebileceği kabul edilmektedir³⁷. Belirtmek gerekir ki haksız rekabet iddialarında söz konusu tarafların menfaatleri ile patent hakkı ihlalinde söz konusu menfaatler bir değildir. Anılan uyuşmazlıklarda ekonomik menfaatler ortak olsa da mevzuatta ve uygulamada ihlalin tespitinde izlenecek yollar farklıdır. Söz gelimi, patent hakkı ihlalinde mutlaka patente konu ürün ya da usulün kullanılması, bu kullanımlardan maddi bir zararın meydana gelmiş olması aranmamaktadır³⁸. Ezcümle, gizli patent ihlaliyle ilişkin uyuşmazlıklarda SMK'da kanun boşluğu bulunduğu söylenebilecektir. Mahkemeler nezdinde uyuşmazlık konusunun gizli patente ilişkin olduğu durumlarda patent verilmesi kararının yayınlanmadığı gerekçesi ile esasa ilişkin değerlendirme yapılmadığı, SMK md. 141/3 uyarınca yayın olmaksızın tecavüz iddiasında bulunmanın mümkün olduğu durumlarda ise bekletici mesele yapıma hususunda düzenleme bulunmadığı görülmektedir.

DİPNOT

³⁶ Bakırköy 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2021/228 K. 2022/64, T. 15.3.2022.

³⁷ Ahmet Tamer, Patent ve Faydalı Model Hakkına Aykırılığın Sonuçları, Bilge, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 114.

³⁸ Murat Oruç, Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2008), s. 20.

FOOTNOTE

³⁶ Bakırköy 1st Civil Court of Intellectual and Industrial Property Rights, E. 2021/228 K. 2022/64, T. 15.3.2022.

³⁷ Ahmet Tamer, Patent ve Faydalı Model Hakkına Aykırılığın Sonuçları, Bilge, 1. Edition, Ankara 2013, p. 114.

³⁸ Murat Oruç, Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Master Thesis, 2008), p. 20.



PART 11

IV. CONCLUSION

The patent right is a legal basis for the protection of intellectual property as well as for the protection of economic interests of persons who make a new invention in the technical field. In order to obtain a patent, the inventor must first apply for a patent. The patent application contains elements that the inventor must prepare for carefully. In particular, claims and description show that the invention is new, applicable to industry and involves an inventive step. The secrecy patent is determined during the first examination of the patent application before TürkPatent according to whether it is important for national security within the framework of the opinion of the Ministry. If the Ministry decides to keep the invention covered by the patent application secret, the patent application procedure is carried out confidentially without publishing the specification and claims contrary to the rule. The lack of objective criteria in the Code No. 6769 for this secrecy decision and the lack of sufficient studies in the doctrine are among the issues criticised.

In addition, the provisions of the law on infringement of a secrecy patent appear to be inadequate. According to the practice of the Code No. 6769, the claims of inventors against third parties for infringement of patent rights (*with the exception of Article 141/3 of the Code No. 6769*) can only be heard after the publication of the relevant application by TürkPatent. In addition, pursuant to article 141/4 of the Code No. 6769, the courts cannot give a judgement on the disputed patent application without the publication of it. However, according to the Ministry, it is not appropriate for the owners of secret patents to have to wait for the lifting of a secrecy order of indefinite duration in infringement proceedings concerning patents whose claims have not been published.

It is observed that there is no constitutional review of the secrecy patent. The patent right is one of the industrial property rights and can only be restricted to the extent required by the public interest in accordance with article 35 of the Constitution. However, it cannot be considered reasonable to restrict the use of a patent, which is usually made by the inventor for economic gain, within the framework of an undefined concept such as national security.

In practice, it can be said that there are a few more issues that may be problematic about the secret patent. Firstly, there is no explicit

IV. SONUÇ

Patent hakkı, teknik alanda yeni bir buluş gerçekleştiren kişilere ekonomik menfaatlerinin de korunması yanında fikri mülkiyetlerinin de korunduğu yasal bir zemin oluşturmaktadır. Buluş sahibi kişinin patent hakkına sahip olması için öncelikle patent başvurusunu gerçekleştirmesi gerekmektedir. Patent başvurusu, buluş sahibinin titizlikle hazırlaması gereken unsurlara sahiptir. Özellikle istemler ve tarifname buluşun yeni, sanayiye uygulanabilir ve buluş basamağına sahip olduğunu göstermektedir. Gizli patent, gerçekleştirilen patent başvurusunun TürkPatent nezdinde ilk incelemesi sırasında Bakanlığın görüşü çerçevesinde milli güvenlik açısından önemli olup olmadığına göre belirlenir. Şayet Bakanlık, patent başvurusuna konu buluşu gizli tutmayı takdir ederse patent başvuru süreci kuralın aksine tarifname ve istemler yayınlanmaksızın gizli olarak sürdürülecektir. Bu gizlilik kararına yönelik SMK'da objektif ölçütlerin bulunmaması ve doktrinde de yeterli çalışmanın yer almaması eleştirilen hususlardandır.

Yanı sıra, gizli patentin ihlaline ilişkin kanunda yer alan düzenleme yetersizdir. SMK uygulaması uyarınca buluş sahiplerinin temel olarak üçüncü kişilere karşı patent hakkı ihlallerine yönelik iddiaların (SMK md. 141/3 istisnası hariç) ilgili başvurunun TürkPatent nezdinde yayın kararı akabinde dinlenebilecektir. Ayrıca, SMK 141/4. maddesi uyarınca mahkemeler tarafından patent verilmesi kararı yayınlanmaksızın uyuşmazlığa konu patent başvuruları hakkında hüküm verilmesi mümkün değildir. Fakat, Bakanlık görüşü doğrultusunda istemleri yayınlanmamış patentlere ilişkin ihlal davalarında gizli patent sahiplerinin süresi belirsiz olan bir gizlilik kararının kaldırılmasını beklemek zorunda olması isabetli değildir.

Gizli patente ilişkin anayasal bir değerlendirme bulunmadığı da görülmektedir. Patent hakkı, sınai mülkiyet haklarından olup Anayasa'nın 35. maddesi uyarınca ancak kamu yararının gerektirdiği ölçüde sınırlanabilecektir. Oysa buluş sahibi tarafından çoğunlukla ekonomik kazanç gayesi ile gerçekleştirilen patent başvurusunun milli güvenlik gibi kapsamı belirli olmayan bir kavram çerçevesinde sınırlamaya tabi tutulması makul görülmemeyebilir.

Uygulamada gizli patent hakkında sorun olabilecek birkaç hususun daha bulunduğu

provision on whether the regulation enabling the transfer of patent application is valid for secrecy patents. Although the proceedings of the patent applications, which are decided to be confidential, are suspended before TürkPatent, it cannot be said that the applicant's capacity to dispose is restricted. Even if the inventor does not share the content of the patent application with unauthorised persons, it is possible that the patent application, which is kept secret solely for national security reasons, may be considered interesting for companies operating in technical fields such as the defence industry. In this respect, it would be beneficial to include an explicit provision in the legislation regarding the transferability of the confidential patent application.

BIBLIOGRAPHY

- AHMET KAYAKÖKÜ**, Patent Başvurusu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- AHMET TAMER**, Patent ve Faydalı Model Hakkına Aykırılığın Sonuçları, Bilge, 1. Edition, Ankara 2013.
- DORUK UTKU**, "ABD Patent Hukukunda Savunma Teknolojilerine İlişkin Gizlilik Kararları", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Volume 3 Issue 1, 2016.
- GÖKÇE ÜSTÜNŞOY**, 2017-2021 Yılları Arasında Türkiye'de Patent ve Faydalı Model Başvurularının Mevcut Durum Analizleri, Ankara: Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Master Thesis, 2022.
- İLHAMİ GÜNEŞ**, Patent ve Faydalı Model Hukuku, Seçkin Yayınları, 4. Edition, Ankara 2021.
- MEHMET HAMZA ARSLAN**, Patent Hakkına İlişkin İstisnalar ve Sınırlamalar, On İki Levha Yayıncılık, 1. Edition, İstanbul 2023.
- MEVCİ ERGÜN**, Yan Sanayide Fikri Mülkiyet Hukuku Uygulama Kılavuzu, 1. Edition, Ankara 2023.
- MURAT ORUÇ**, Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Master Thesis, 2008).
- NUŞİN AYİTER**, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, S Yayınları, Ankara, 1981.
- PELİN KARAASLAN**, Dolaylı Patent İhlali, Seçkin, 1. Edition, Ankara, 2021.
- ONUR SARI**, "Türkpatent Kurumu Nezdinde Patent Edinme Sürecinin Hukuki Değerlendirmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Issue. 144, 2019.
- RAUF KARASU/ CAHİT SULUK/ TEMEL NAL**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 7. Edition, Ankara, 2023.
- ŞAFAK N. EREL**, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- TAHIR SARAÇ**, Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Seçkin, 1. Edition, Ankara 2003.
- TOLGA AKAY**, Osmanlı Devleti'nde Patent Sisteminin Gelişimi, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Volume 11, Issue 44, 2015.
- UĞUR ÇOLAK**, Türk Patent Hukuku, 1. Edition, Ankara 2022.
- ÜNAL TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, 5. Edition, İstanbul 2012.
- ZEHRA ENLİĞÜN**, "Ulusal Başvuru ve Yurtdışı Başvurusu Olarak Gizli Patent ve Uygulama Güçlükleri", Fikri Gündem, Issue 23, 2022.

söylenbilir. Öncelikle, patent başvurularının devrini mümkün kılan düzenlemenin gizli patent bakımından geçerli olup olmadığına ilişkin açık hüküm bulunmamaktadır. Gizliliğine karar verilen patent müracaatlarının TürkPatent nezdinde işlemleri durmakla birlikte başvuru sahibi açısından tasarruf ehliyetinin kısıtlandığı söylenemeyecektir. Buluş sahibi patent başvurusunun içeriği hakkında yetkili olmayan kişilerle paylaşımında bulunmasa dahi salt milli güvenlik nedeniyle gizli tutulan patent başvurusunun savunma sanayii gibi teknik alanlarda faaliyet gösteren firmalar bakımından ilgi çekici görülmesi mümkündür. Bu itibarla, gizli patent başvurusunun devredilebilirliğine ilişkin açık hükmün mevzuatta yer almasında fayda bulunacaktır.

KAYNAKÇA

- AHMET KAYAKÖKÜ**, Patent Başvurusu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- AHMET TAMER**, Patent ve Faydalı Model Hakkına Aykırılığın Sonuçları, Bilge, 1. Baskı, Ankara 2013.
- DORUK UTKU**, "ABD Patent Hukukunda Savunma Teknolojilerine İlişkin Gizlilik Kararları", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 3 S. 1, 2016, 99-148.
- GÖKÇE ÜSTÜNŞOY**, 2017-2021 Yılları Arasında Türkiye'de Patent ve Faydalı Model Başvurularının Mevcut Durum Analizleri, Ankara: Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2022).
- İLHAMİ GÜNEŞ**, Patent ve Faydalı Model Hukuku, Seçkin, 4. Baskı, Ankara 2021.
- MEHMET HAMZA ARSLAN**, Patent Hakkına İlişkin İstisnalar ve Sınırlamalar, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2023.
- MEVCİ ERGÜN**, Yan sanayide fikri mülkiyet hukuku uygulama kılavuzu, 1. Baskı, Ankara 2023.
- MURAT ORUÇ**, Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2008).
- NUŞİN AYİTER**, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, S Yayınları, Ankara, 1981.
- PELİN KARAASLAN**, Dolaylı Patent İhlali, Seçkin, 1. Baskı, Ankara, 2021
- ONUR SARI**, "Türkpatent Kurumu Nezdinde Patent Edinme Sürecinin Hukuki Değerlendirmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 144, 2019.
- RAUF KARASU/ CAHİT SULUK/ TEMEL NAL**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2023.
- ŞAFAK N. EREL**, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- TAHIR SARAÇ**, Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Seçkin, 1. Baskı, Ankara 2003.
- TOLGA AKAY**, Osmanlı Devleti'nde Patent Sisteminin Gelişimi, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, C. 11, S. 44, 2015.
- UĞUR ÇOLAK**, Türk Patent Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2022.
- ÜNAL TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, 5. Baskı, İstanbul 2012.
- ZEHRA ENLİĞÜN**, "Ulusal Başvuru ve Yurtdışı Başvurusu Olarak Gizli Patent ve Uygulama Güçlükleri", Fikri Gündem, S. 23, 2022.



PART 12

EVALUATING THE USURPATION OF THE RIGHT TO CLAIM PATENT AND ITS IMPACT ON EUROPEAN PATENT APPLICATIONS

PATENT İSTEME HAKKI
GASPININ DEĞERLENDİRİLMESİ
VE AVRUPA PATENT
MÜRACAATINA ETKİSİ

ŞEVVAL ŞEN ÇOLAK

PART 12

ABSTRACT | ÖZET

In the framework of Turkish Law, the patent right is regulated by Law No. 6769 on Industrial Property. Details regarding how the patent right can be obtained and the specifics of its infringement are regulated within the scope of the law.

Türk Hukuku çerçevesinde patent hakkı 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile düzenlenmektedir. Patent hakkının nasıl temin edileceğinden hakkın ihlaline dair detaylar kanun çerçevesinde düzenlenmiştir.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELELER

Right To Request Patent, Usurpation, Law No. 6769, European Patent.

Patent İsteme Hakkı, Gasp, 6769 Sayılı Kanun, Avrupa Patenti.

I. INTRODUCTION

The concept of patent right can be considered as a higher concept encompassing various rights held by the inventor due to the invention created. The right of the inventor to request registration in their own name at the Turkish Patent and Trademark Office is referred to as the 'right to claim patent,' while the protection arising from this registration, referred to as the 'patent right,' is also included within this right. In the context of Law No. 6769 on Industrial Property¹, if the right to claim patent of the inventor and/ or patent owner is infringed by third parties, then the issue of usurpation, which constitutes the subject matter of our study, come to the fore.

The patent right is one of the industrial rights regulated within the framework of Law No. 6769 on Industrial Property ("Law No. 6769"), and the protection of the relevant right is ensured through registration to be carried out at the Turkish Patent and Trademark Office ("TürkPatent"). There is no specific definition of the concept of 'invention' in the relevant legislation, including Law No. 6769². However, it can be defined as 'a human idea that solves a technical problem.' The foundation of the patent, which is a product of industrial property, is formed by the invention. While the concept of a patent

I. GİRİŞ

Patent hakkı kavramı, meydana getirilen buluş sebebiyle buluş sahibinin sahip olduğu çeşitli hakları da içeren bir üst kavram olarak kabul edilebilecektir. Buluş sahibinin Türk Patent ve Marka Kurumu nezdinde kendi adına tescilini istemesi "patent isteme hakkı", patentin tescil edilmiş olması halinde de bu korumadan doğan "patent hakkı" bu hakkın içerisinde yer almaktadır. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu¹ çerçevesinde de üçüncü kişiler tarafından buluş ve/ veya patent sahibinin patent isteme hakkının ihlal edilmesi halinde ise çalışmamızın konusunu oluşturan gasp gündeme gelmektedir.

Patent hakkı, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ("6769 sayılı Kanun") çerçevesinde düzenlenen sınai haklardan biridir ve ilgili hakkın korunması Türk Patent ve Marka Kurumu ("TürkPatent") nezdinde gerçekleştirilecek tescil ile sağlanmaktadır. "Buluş" kavramına dair 6769 sayılı Kanun dahil olmak üzere ilgili hususa dair düzenleme yapan mevzuatta herhangi bir tanım bulunmamaktadır². Ancak "teknik bir problemi çözen insan fikri" şeklinde tanımlanabilecektir. Sınai mülkiyet ürünü olan patentin temelini de buluş oluşturmaktadır. Patent kavramı sınai ürünü ifade etmekle birlikte,



denotes an industrial product, it also refers to the official document issued by the TürkPatent to the rights holder.

The inventor is typically the natural person who creates the invention and owns the idea that solves the technical problem. This right arises with the creation of the invention without requiring any registration³. The inventor is also entitled to conduct procedures at the TürkPatent for the protection and registration of the industrial product/ method they have created. This right we mentioned is also defined as the 'right to claim patent.' The right to claim patent is regulated in Article 109 of Law No. 6769 as 'belonging to the inventor or their successors.' This indicates that although the inventor may be a natural person, the right to claim patent may belong to a different person and/or third party(s) along with the inventor⁴. Indeed, Law No. 6769 regulates that the right to claim patent is transferable. The subject matter of our study constitutes a dispute arising from the usurpation of the 'right to claim patent'. It is possible for a third party to apply for a patent at the TürkPatent as the rights holder of an invention belonging to another person and for the patent to be wrongfully registered. The TürkPatent does not conduct an examination regarding whether the person making the patent

buluşun hak sahibine TürkPatent tarafından düzenlenen resmi belgeyi de ifade etmektedir.

Buluş sahibi, kural olarak buluşu meydana getiren, teknik problemi çözen fikrin sahibi olan gerçek kişidir. Bu hak buluşun meydana getirilmesiyle de herhangi bir kayıt gerektirmeksizin doğmaktadır³. Meydana getirmiş olduğu bu sınai ürünün/ usulün korunması ve kendi adına tescili adına TürkPatent nezdinde işlemleri yapmaya dair hakkın da sahibidir. Bahsetmiş olduğumuz bu hak da "patent isteme hakkı" olarak tanımlanmaktadır. 6769 sayılı Kanun'un madde 109'da patent isteme hakkı "buluşu yapana veya onun haleflerine ait" şeklinde düzenlenmiştir. Bu da göstermektedir ki buluş sahibi her ne kadar gerçek kişi olsa da patent isteme hakkı sahibi buluşu meydana getiren kişiden farklı ve/ veya bu kişi ile birlikte üçüncü kişi/ler de olabilmektedir⁴. Zira 6769 sayılı Kanun'un aynı maddesinde patent isteme hakkının devredilebilir mahiyette olduğu düzenlenmiştir. Çalışmamızın konusunu ise "patent isteme hakkının" gasp edilmesi suretiyle meydana gelen uyuşmazlık oluşturmaktadır. Zira TürkPatent nezdinde hak sahibi olmaksızın üçüncü bir kişiye ait buluşun hak sahibi olarak müracaat edilmesi ve patentin haksız olarak tescil edilmesi mümkündür. Zira TürkPatent, patent müracaatı gerçekleştiren kişinin patent isteme hakkı

FOOTNOTE

¹ 22.12.2016 tarih, 6769 sayılı Resmi Gazete.

² Uğur Çolak, Türk Patent Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, p. 10.

³ Çolak, p. 536.

⁴ Çolak, p. 536.

DİPNOT

¹ 22.12.2016 tarih, 6769 sayılı Resmi Gazete.

² Uğur Çolak, Türk Patent Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 10.

³ Çolak, s. 536.

⁴ Çolak, s. 536.

PART 12

application is the rightful owner of the right to claim patent. During the application process, the TürkPatent examines whether the invention meets the criteria for patentability and subsequently makes a decision based on this. Therefore, Law No. 6769 regulates actions that can be taken against patents that have been wrongfully applied for/ registered under its framework.

II. THE USURPATION OF THE RIGHT TO CLAIM PATENT

Within the framework of Law No. 6769, the inventor typically holds the 'right to claim patent'. However, it is possible for this right to be transferred to third parties or for the right to be granted to someone other than the inventor by law⁵. Besides the voluntary transfer of industrial rights to third parties, there are also legal grounds for granting this right to a person⁶. One of these reasons is when the person granted the right has made significant investments for the realization of the invention or has provided the necessary environment for the inventor to continue their work⁷. An example of this is granting the right to claim patent to the employer in the case of service inventions created by an employee within the scope of an employment contract.

Before delving into the explanation of the usurpation of the right to claim patent, it is beneficial to outline the process from the inception of the invention to its registration with the TürkPatent. Upon the creation of the invention by the inventor, ownership of the invention is established without the need for any registration or announcement. Subsequently, efforts are made to register the relevant right. Products/ methods falling under patentable inventions under Law No. 6769 can be registered with TürkPatent. For this purpose, an application file for the invention is prepared, comprising claims detailing the stages of the invention, a description, an abstract, and drawings. Presenting this file to TürkPatent marks the commencement of the protection period. Subsequently, if no formal deficiencies are identified by TürkPatent, an investigation into the patent application is conducted. Following this, upon the applicant's request, an examination is carried out, and if the conditions are met, a decision for patent protection is granted, and the patent is registered.

sahibi olup olmadığı yönünde bir inceleme gerçekleştirilmemektedir. TürkPatent müracaat aşamasında buluşun patentlenebilirlik kriterlerini taşıyıp taşımadığını incelemekte ve akabinde de buna dair karar tesis etmektedir. Bu sebeple 6769 sayılı Kanun çerçevesinde haksız şekilde müracaat/ tescil edilmiş patent sahibine karşı alınabilecek aksiyonlar düzenlenmektedir.

II. PATENT İSTEME HAKKININ GASPI

6769 sayılı Kanun çerçevesinde kural olarak buluş sahibinin "patent isteme hakkı" bulunmaktadır. Ancak ilgili hakkın üçüncü kişilere devri veya kanun tarafından buluş sahibi dışında bir kişiye de bu hakkın tanınmış olması mümkündür⁵. Sınai hakkın rızai olarak üçüncü kişiye devrinin yanı sıra kanunen bu hakkın bir kişiye tanınması bazı gerekçeleri bulunmaktadır⁶. Bu gerekçelerden biri, hak tanınan kişinin buluşun gerçekleştirilmesi için ciddi yatırımlar yapması veya buluş sahibinin çalışmalarını sürdürmesi için gerekli ortamı tesis etmesidir⁷. Hizmet sözleşmesi çerçevesinde işçi tarafından meydana getirilen hizmet buluşlarında işverene patent isteme hakkının verilmiş olması bunun bir örneğidir.

Patent isteme hakkının gaspı meselesinin izahına geçmeden önce buluşun meydana getirilmesi anından TürkPatent nezdinde tesciline kadar geçen süreci izah etmekte yarar görmekteyiz. Buluş sahibi tarafından buluşun meydana getirilmesiyle birlikte herhangi bir kayıt/ tescil veya ilan gerekmemektedir. Akabinde de ilgili hakkın kayıt altına alınması adına çalışmaların gerçekleştirilmesi gerekmektedir. 6769 sayılı Kanun çerçevesinde patentlenebilir buluşlar arasında yer alan ürünler/ usuller TürkPatent nezdinde tescil edilebilmektedir. Bunun için buluşa dair müracaat dosyası hazırlanmaktadır. Bu dosya, buluşun aşamalarının anlatıldığı istemler, tarifname, özet ve resimlerden oluşmaktadır. Bu dosyanın TürkPatent'e ibraz edilmesiyle de hakkın koruma süresi başlamış bulunmaktadır. Akabinde TürkPatent tarafından şekli eksikliğin tespit edilmemesi halinde, patent müracaatına ilişkin araştırma gerçekleştirilmektedir. Ardından başvuru sahibinin talebi üzerine inceleme gerçekleştirilip şartların uygun olması halinde patent koruma kararı verilir ve patent tescil edilir.

Without the consent of the inventor or without a legal justification, if an unjust patent application is made to TürkPatent, the inventor and/or the person(s) entitled to the right to claim patent may make a claim of usurpation against the person who wrongfully made the application. Under Law No. 6769, in the event of a 'violation of the right to claim patent,' Article 110 of the relevant law applies, and if the violation occurs after the patent is registered, the provisions of Article 111 concerning 'patent usurpation' are applied. However, we would like to emphasize that directing this claim to TürkPatent has no real value, and obtaining rights should be ensured by filing a lawsuit before the specialized court⁸. During a lawsuit filed with claims of the usurpation of the right to claim patent and the assertion of actual ownership, if a decision is made to register the patent, this lawsuit will turn into a patent usurpation case⁹. In Article 110 of Law No. 6769;

"(1) It cannot be claimed at the **Institution that the right to claim patent does not belong to the applicant. Until proven otherwise, the applicant is presumed to be the owner of the right to claim patent.**"

"(2) During the procedures for granting the patent, any person claiming to be the real owner of the right to claim patent under the first paragraph of Article 109 may bring a lawsuit against the applicant and notify the Institution of this lawsuit. The procedures for granting the patent may be suspended by the court until the finalization date of the decision regarding the lawsuit."

As in many legal systems, the principle of actual ownership applies in Turkish Law as well. Within this context, the first person to apply for a patent is considered the actual owner. If someone claims that the person who applied for the patent at TürkPatent is not the actual owner, this must be determined through legal proceedings. Considering the provision of Law No. 6769, in cases where the inventor continues the procedures for a patent at TürkPatent and disputes arise regarding patent usurpation and actual ownership, a lawsuit must be filed before the specialized court. However, in cases where a patent application has been made by a third party who is not the rightful owner at TürkPatent but has not yet been registered, it is important to determine how and in what manner the process regarding the claim of patent usurpation will be conducted. This is

Buluş sahibinin rızası yahut kanuni bir gerekçe olmaksızın TürkPatent nezdinde haksız şekilde patent müracaatının gerçekleştirilmesi halinde buluş sahibi ve/ veya patent isteme hakkına sahip kişi/ler tarafından haksız şekilde müracaatta bulunan kişiye karşı gasp iddiasında bulunulabilecektir. 6769 sayılı Kanun çerçevesinde "patent isteme hakkının ihlal edilmesi" halinde ilgili kanunun 110. maddesi, patent tescil edildikten sonra gündeme gelmesi halinde ise 111. madde hükümleri çerçevesinde "patent gaspı" hükümleri uygulama bulmaktadır. Ancak bu iddianın TürkPatent'e yöneltilmesinin kıymet-i harbiyesinin bulunmadığını, ihtisas mahkemesi nezdinde dava ikame edilmek suretiyle hak temininin sağlanması gerektiğini ifade etmek isteriz⁸. Patent isteme hakkının gaspı ve gerçek hak sahipliği iddiası ile ikame edilen bir dava sırasında patentin tesciline karar verilmesi halinde ise bu dava patent gaspı davasına dönüşecektir⁹. 6769 sayılı Kanun'un 110. maddesinde;

"(1) Patent isteme hakkının başvuru sahibine ait olmadığı **Kurum nezdinde iddia edilemez. Aksi ispat edilene kadar başvuru sahibinin, patent isteme hakkının sahibi olduğu kabul edilir.**

"(2) Patent verilmesi işlemleri sırasında, patent isteme hakkının gerçek sahibi olduğunu 109 uncu maddenin birinci fıkrası uyarınca iddia eden kişi, başvuru sahibine karşı dava açabilir ve bu davayı Kuruma bildirir. Davaya ilişkin kararın kesinleşme tarihine kadar patent verilmesi işlemleri mahkeme tarafından durdurulabilir."

şeklinde düzenleme yer almaktadır. Pek çok hukuk sisteminde olduğu üzere Türk Hukuku'nda da gerçek hak sahipliği ilkesi geçerlidir. Bu kapsamda patent için müracaat eden ilk kişinin gerçek hak sahibi olduğu kabul edilmektedir. TürkPatent nezdinde buluş sahibi olan kişinin gerçek hak sahibi olmadığını iddia edenin ise dava yoluyla tespit edilmesi gerekmektedir. 6769 sayılı Kanun'un anılan düzenlemesi dikkate alındığında buluş sahibi tarafından TürkPatent nezdinde işlemleri devam bir patente dair patent gaspı ve gerçek hak sahipliği iddiaları ile ihtisas mahkemesi nezdinde dava ikame edilmesi gerekmektedir. Fakat TürkPatent nezdinde hak sahibi olmayan üçüncü kişi/ler tarafından patent müracaatının gerçekleştirilmiş ancak henüz tescil edilmemiş olması durumunda patent gaspı iddiasına dair bu sürecin nasıl ve ne şekilde yürütüleceği önem arz etmektedir.

FOOTNOTE

⁵ Tahir Saraç, 551 Sayılı KHK'nin 11. Maddesine Göre Patent İsteme Hakkı ve Hakkın Sahibi, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, p. 525.

⁶ Hakan Koçak, Türk Patent Hukuku Açısından Çalışan Buluşlarında Hak Sahipliği ve Çalışanın Bedel Hakkı, DergiPark, 2019, Cilt 9, Sayı 2.

⁷ Cahit Suluk/ Rauf Karasu/ Temel Nal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, p. 252.

⁸ Suluk/ Karasu/ Nal, p. 231.

⁹ Çolak, p. 544.

DİPNOT

⁵ Tahir Saraç, 551 Sayılı KHK'nin 11. Maddesine Göre Patent İsteme Hakkı ve Hakkın Sahibi, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, s. 525.

⁶ Hakan Koçak, Türk Patent Hukuku Açısından Çalışan Buluşlarında Hak Sahipliği ve Çalışanın Bedel Hakkı, DergiPark, 2019, Cilt 9, Sayı 2.

⁷ Cahit Suluk/ Rauf Karasu/ Temel Nal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 252.

⁸ Suluk/ Karasu/ Nal, s. 231.

⁹ Çolak, s. 544.

PART 12

because three conditions must be met for a patent to be granted protection at TürkPatent: '1- Novelty, 2- Inventive step, 3- Industrial applicability'.

The criterion of 'novelty,' one of the criteria for patentability, implies that the invention should not be 'part of the state of the art,' thus meaning **"it must not have been made available to the public in any form anywhere in the world before the filing date, either by written or oral disclosure or by use or in any other way."** For a patent application to be valid, the invention must be different from any other development related to the same technology that hasn't been developed before the filing date of the relevant patent application worldwide. The criterion of novelty is therefore the most important criterion to be considered for obtaining patent



rights. However, if an unjust patent application is made and published by someone who is not the rightful owner of the right to claim patent at TürkPatent, the relevant patent application will be made available to the public, and subsequent deadlines and protection dates regarding the patent application must be followed. In such a case, it is not sufficient for the inventor to merely establish ownership of the patent right and acknowledge the usurpation through a lawsuit.

At this point, we would like to provide a few examples that may render the patent usurpation lawsuit ineffective. Firstly, following the

Zira TürkPatent nezdinde bir buluşun patent koruması alabilmesi için üç adet şartın mevcut olması gerekmektedir. Bunlar; "1- Yenilik, 2- Tekniğin bilinen durumunun aşılması, 3- Sanayiye uygulanabilirlik."tir.

Patentlenebilirlik kriterlerinden olan "yenilik" kriteri, buluşun "teknik bilinen durumuna dahil olmaması"ni dolayısıyla **"başvuru tarihinden önce dünyanın herhangi bir yerinde, yazılı veya sözlü tanıtım yoluyla ortaya konulmuş veya kullanım ya da başka herhangi bir biçimde açıklanmamış olması"**ni ifade etmektedir. Dünya üzerinde ilgili patent müracaatının, başvuru tarihinden önce aynı tekniğe dahil geliştirilmemiş farklı bir buluş olması gerekmektedir. Yenilik kriteri bu anlamda patent hakkının temini açısından dikkat edilmesi gereken en önemli kriterdir. Ancak patent isteme hakkı sahibi olmayan kişi

tarafından haksız şekilde TürkPatent nezdinde patent müracaatının gerçekleştirilmesi ve yayınlanmış olması halinde ilgili patent müracaatı kamu bilgisine arz edilmiş olacak ve sonraki sürecin ilgili patent müracaatına dair süreler ve koruma tarihlerinin üzerinden takip edilmesi zorunluluk haline gelecektir. Hal böyleyken buluş sahibinin dava neticesinde salt patent hakkının sahibi olduğunun tespiti ve gaspın kabulü yeterli olmamaktadır.

Bu noktada patent gaspı davasının işlevsiz kalmasına sebebiyet verecek birkaç örneğe yer vermek isteriz. İlk olarak patent gaspı davasının ikame edilmesinin akabinde

initiation of a patent usurpation lawsuit, it is possible that the annual patent fees, which must be paid under the legislation by the person(s) who applied for the patent at TürkPatent, may not be paid. In such a case, the patent will be invalidated, and even if the rightful owner who initiated the lawsuit has proven their claim of being the actual owner through the patent usurpation lawsuit, the enforceability of this judgment will be nullified. Alternatively, during the registration process of the patent file, an examination is conducted to determine whether the patent meets the patentability criteria, and a research report is prepared accordingly. If the research report is negative in terms of one or more of the criteria, changes may need to be made to the patent claims. If, during the examination stage, the patent application is not amended to address information, documents, etc., that eliminate one or more patentability criteria, a decision may be made to reject the patent. This will similarly render the outcome of the filed lawsuit ineffective. If changes are made to the claims and accepted by TürkPatent, the protection of the patent may be terminated with a third-party effect, without the consent or influence of the rightful owner who initiated the lawsuit. This may lead to a narrowing of the scope of protection intended by the actual patent owner and potential loss of rights. These possibilities have been considered by the legislator, and Article 110 of Law No. 6769 stipulates that upon notification of the initiation of the lawsuit to TürkPatent, patent application procedures may be suspended. Therefore, following the initiation of a patent usurpation lawsuit, the suspension of patent processes may be requested as a precautionary measure.

With the initiation of said lawsuit, the plaintiff has been granted optional rights in addition to determination. The plaintiff may choose one of these optional rights regulated in Article 110/3 of Law No. 6769. These rights are stated as follows;

Upon the finalization of the decision in favor of the plaintiff in the lawsuit concerning ownership rights, the plaintiff, as the claiming rights holder, may, within three months from the date of finalization of the decision for the pending application that remains valid:

a) Request the acceptance and continuation of the patent application as their own application from the Institution.

TürkPatent nezdinde müracaat gerçekleştirilen kişi/ler tarafından mevzuat çerçevesinde zorunlu olarak ödenmesi gereken yıllık patent ücretinin ödenmemesi söz konusu olabilecektir. Bu takdirde patent işleminden kaldırılacaktır ve patent gaspı davası neticesinde davayı ikame eden gerçek hak sahibi iddiasını ispat etmiş olsa da bu hükmün icra edilebilirliği ortadan kalkmış olacaktır. Yahut patent dosyasının tescil sürecinde patentin patentlenebilirlik kriterlerini sağlayıp sağlamadığı yönünde inceleme gerçekleştirilip bir araştırma raporu tanzim edilmektedir. Bu araştırma raporunun kriterlerden bir veya birkaçı açısından olumsuz gelmesi halinde patentin istemlerinde değişiklik yapılması gerekebilecektir. İnceleme safhasında olumsuz araştırma raporu dikkate alınarak patent müracaatının patentlenebilirlik kriterlerinden biri/ birkaçını ortadan kaldıran bilgi, doküman vb. sebebiyle istemlerin değişiklik yapılarak ibraz edilmemesi halinde patentin reddine karar verilebilecektir. Bu da benzer şekilde ikame edilen davanın sonucunu işlevsiz hale getirecektir. İstemlerde değişiklik yapılması ve bunun TürkPatent nezdinde kabul görmesi halinde ise davayı ikame eden gerçek hak sahibinin rızası ve etkisi olmaksızın üçüncü bir etkiyle nihayete erdirilmiş bir patentin koruması sağlanmış olacaktır. Bu da asıl patent hakkı sahibinin patent ile korumak istediği alanın daralmasına ve bu kapsamda hak kaybı yaşamasına sebebiyet verebilecektir. Bu ihtimaller kanun koyucu tarafından dikkate alınmış ve 6769 sayılı Kanun'un 110. maddesinde davanın ikame edildiğinin TürkPatent'e bildirilmesi halinde patent müracaat işlemlerinin durdurulabileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda patent gaspı davasının ikame edilmesiyle birlikte patente dair süreçlerin durdurulması ihtiyati tedbir olarak talep edilebilecektir.

Anılan davanın ikame edilmesiyle birlikte tespit haricinde davacıya seçimsiz haklar verilmiştir. Davacı 6769 sayılı Kanun'da düzenlenen bu seçimsiz haklardan birini tercih edebilecektir. Anılan haklar madde 110/3'te;

"Hak sahipliğine ilişkin dava sonucunda verilecek kararın davacı lehine kesinleşmesi hâlinde, dava açan hak sahibi, geçerliliği devam eden başvuru için kararın kesinleşme tarihinden itibaren üç ay içinde;

a) Patent başvurusunun kendi başvurusu olarak kabul edilmesini ve yürütülmesini, Kurumdan isteyebilir.

PART 12

b) Make a new patent application for the same invention, benefiting from the same priority right, if any.

c) Request the rejection of the application from the Institution.

In this way, any one of these three optional rights may be chosen by the actual rights holder who filed the lawsuit within three months from the finalization of the decision. If no request is made within these three periods, the patent will be deemed withdrawn under Article 110/5 of Law No. 6769. As it stands, in cases of asserting actual ownership and usurpation claims concerning a registered patent, such optional rights are not available. Instead, under Article 111 of Law No. 6769, the transfer of patent rights as appearing in the records of TürkPatent is requested.

III. THE IMPACT OF ALLEGED USURPATION OF PATENT RIGHTS AT THE LOCAL OFFICE ON THE EUROPEAN PATENT

The procedures for filing a patent application and/or obtaining a registered patent at the TürkPatent under the provisions of Law No. 6769 have been explained above. However, in the event that the person who usurped the right to claim a patent also files a patent application with the European Patent Office ("EPO"), the independent progress of patent procedures at the EPO may lead to the inventor experiencing a loss of rights once again. The European Patent Convention ("EPC") is one of the most important sources of patent law. Through the EPC, patents are granted broader protection and healthier patents can be issued based on the fundamental criteria for patents. A "European Patent" is granted by the EPC, a unique agreement between the contracting states, and is recognized throughout the member states¹⁰. Under the EPC, patent applications can be filed in all member countries or in selected countries chosen by the applicant. As indicated in our study, in the event that a patent application is unjustly filed with TürkPatent, it is clear that the same allegations would apply to the patent file if a patent application is also filed with the EPO by the same individuals. See Article 14 of the EPC in this regard;

b) Varsa aynı rüçhan hakkından yararlanarak aynı buluş için yeni bir patent başvurusu yapabilir.

c) Başvurunun reddedilmesini Kurumdan talep edebilir."

şeklinde düzenlenmiştir. Bu haliyle dava ikame eden gerçek hak sahibi tarafından bu üç seçimlik haktan herhangi biri kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde tercih edilebilecektir. Eğer ki bu üç aylık süre içerisinde bir talepte bulunulmaz ise 6769 sayılı Kanun'un 110/5 hükmü çerçevesinde patent geri çekilmiş kabul edilecektir. Tescilli bir patente dair gerçek hak sahipliği ve gasp iddiasında bulunulması halinde takdir edileceği üzere, bu şekilde seçimlik haklar bulunmamakta 6769 sayılı Kanun'un 111. maddesi çerçevesinde TürkPatent nezdindeki kayıtlarda da görünecek şekilde patent hakkı sahibi olarak patentin devri talep edilmektedir.

III. YEREL OFİSTEKİ PATENT HAKKININ GASPI İDDİASININ AVRUPA PATENTİNE ETKİSİ

TürkPatent nezdinde gerçekleştirilen patent müracaatına ve/veya tescil edilmiş patente dair 6769 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde ikame edilecek dava yukarıda izah edilmiş bulunmaktadır. Ancak patent isteme hakkını gasp eden kişi tarafından ilgili patent ile Avrupa Birliği Patent Ofisi ("EPO") nezdinde de patent müracaatının gerçekleştirildiği ihtimalinde EPO nezdindeki patent işlemlerinin bağımsız şekilde ilerlemesi sebebiyle buluş sahibinin hak kaybı yaşaması yine gündeme gelmektedir. Avrupa Patent Sözleşmesi ("EPC") patent hukuku kaynaklarından en önemlilerinden biridir. EPC sayesinde patentler daha geniş kapsamda korunmakta ve patentlerin temel kriterleri açısından daha sağlıklı patentler verilebilmesini sağlamaktadır. EPC, taraf devletler arasında yapılmış özel bir anlaşmadır, bu sözleşme ile üye devletlerde geçerli olacak bir "Avrupa Patenti" verilmektedir¹⁰. EPC kapsamında üye ülkelerin tamamında veya başvuru sahibi tarafından tercih edilen ülkelerde patent başvurusu gerçekleştirilebilir. Çalışmamız kapsamında belirtildiği üzere haksız şekilde TürkPatent nezdinde patent müracaatı gerçekleştirilen kişi/ler tarafından EPO nezdinde de patent müracaatının gerçekleştirilmiş olması ihtimalinde ilgili

"The EPO will halt the patent grant proceedings if a third party shows the EPO that it has initiated proceedings against the applicant in order to get a ruling that it is entitled to a European patent. Unless the third party gives the EPO written notice that it approves of the continuation of the proceedings, the EPO will not proceed".

This issue was also mentioned in a decision by the EPO and it was stated that the EPO proceedings would also be suspended in the event that a lawsuit regarding the right ownership of the patent was filed before the national court. EPO Decision No G 0003/92 of 13.06.1994 reads as follows¹¹;

"The determination of questions relating to the grant of a European patent is governed by the "Protocol on Recognition of Decisions on the Grant of European Patents" ("Recognition Protocol"), which is an integral part of the EPC. This Protocol grants jurisdiction to the courts of Contracting States to adjudicate claims relating to the grant of a European patent, establishes a system for determining which national court will decide such claims in individual cases, and requires mutual recognition of decisions on such claims among the Contracting States to the EPC".

In the said decision, reference was made to Article 61 of the European Patent Convention, emphasizing that, similar to the provisions of Law No. 6769, the actual rights holder is granted optional rights by the national court decision. However, considering the aforementioned decision and the relevant provision of the European Patent Convention, it is observed that when there is a dispute regarding ownership of the patent before a national court for any EPO patent application, the process for the patent application will be suspended upon notification to the EPO. This is because while the EPO conducts a detailed examination regarding the patentability criteria of the invention, it does not examine ownership rights. The patent application is examined based on the assumption that the applicant is the rights holder. Furthermore, concerning the determination of such ownership, the European Patent Convention has delegated authority to the member countries to decide on this matter within their national laws. Within this framework and in order to protect the interests of the actual rights holder, it is stipulated that the patent ap-

patent dosyasının da aynı iddialara muhatap olduğu açıktır. Bu hususa ilişkin olarak EPC madde 14;

"Üçüncü bir taraf EPO'ya, Avrupa patentinin verilmesine hak kazandığına dair bir karar almak amacıyla başvuru sahibine karşı dava açtığını kanıtlarsa, EPO, üçüncü taraf EPO'ya bu tür işlemlerin devam etmesine rıza gösterdiğini yazılı olarak bildirmedikçe, patent verilmesine ilişkin işlemleri durduracaktır."

hükmünü amirdir. Konuya ilişkin olarak EPO tarafından tesis edilen bir kararda da bu hususa değinilmiş ve ulusal mahkeme nezdinde patent hak sahipliğine ilişkin davanın ikame edilmiş olması halinde EPO sürecinin de durdurulacağı ifade edilmiştir. EPO 13.06.1994 tarih, G 0003/92 sayılı kararında¹¹;

"Avrupa patentinin verilmesi hakkına ilişkin soruların belirlenmesi, EPC'nin ayrılmaz bir parçası olan "Avrupa Patentinin Verilmesi Hakkına İlişkin Yargı Yetkisi ve Kararların Tanınması Protokolü" ("Tanıma Protokolü") tarafından yönetilmektedir. Bu Protokol, Sözleşmeciler Devletlerin mahkemelerine, bir Avrupa patentinin verilmesi hakkına ilişkin hak taleplerini karara bağlama yetkisi vermekte, münferit davalarda bu tür taleplere hangi ulusal mahkemenin karar vereceğini belirlemek için bir sistem sağlamakta ve EPC'ye Taraf Devletler arasında bu tür taleplere ilişkin kararların karşılıklı olarak tanınmasını gerektirmektedir."

şeklinde ifade edilmektedir. Anılan karar çerçevesinde Avrupa Patent Sözleşmesi'nin 61. maddesine yer verilerek ulusal mahkeme nezdinde tesis edilen karar çerçevesinde aynı 6769 sayılı Kanun'da olduğu üzere asıl hak sahibine seçimlik haklar tanındığı vurgulanmıştır. Ancak anılan karar ve Avrupa Patent Sözleşmesi'nin ilgili hükmü dikkate alındığında görülmektedir ki herhangi bir EPO patent müracaatı için ulusal mahkeme nezdinde hak sahipliği hususunda uyumsuzluk söz konusu olduğunda bu durumun EPO'ya bildirilmesi halinde patent müracaatına dair süreç durdurulmaktadır. Zira EPO buluşun patentlenebilirlik kriterleri açısından detaylı inceleme yapıyor olmakla birlikte, hak sahipliği hususunda inceleme yapmamaktadır. Başvuruyu gerçekleştiren kişinin hak sahibi olduğu karinesiyle hareket edilerek patent müracaatı incelenmektedir. Anılan hak sahipliğinin belirlenmesi hususunda da Avrupa Patent Sözleşmesi tarafı ülkelere, ulu-

FOOTNOTE

¹⁰ Çolak, p. 60.

¹¹ Avrupa Patent Ofisi 13.06.1994 tarih, G 0003/92 sayılı kararı <https://www.epo.org/en/boards-of-appeal/decisions/g920003ep1> (Erişim Tarihi: 18.01.2023).

DİPNOT

¹⁰ Çolak, s. 60.

¹¹ Avrupa Patent Ofisi 13.06.1994 tarih, G 0003/92 sayılı kararı <https://www.epo.org/en/boards-of-appeal/decisions/g920003ep1> (Erişim Tarihi: 18.01.2023).

PART 12

plication process will be suspended upon notification of the lawsuit filed before the national court.

IV. CONCLUSION

Under Law No. 6769, the foundation of patent rights within the framework of intellectual property rights is based on inventions. For ownership of the invention to be vested in a person, it is sufficient for the invention to be realized. In other words, ownership of the invention arises without the need for any registration. However, for the protection of the relevant right and to assert it against third parties, it must be registered with the TürkPatent. Within this framework, the inventor has the right to apply for a patent. However, in the event that the same invention has been unlawfully realized, invoking the provisions of Article 110 of Law No. 6769 allows for the initiation of a lawsuit seeking actual ownership. In this scenario, the law provides for optional rights if the individual claiming actual ownership can prove their claim. Delivery of the right is made by opting for the most favorable of these optional rights. However, there are risks such as the rejection or invalidation of the application file due to its pending status. In anticipation of this possibility, Law No. 6769, Article 110, stipulates that patent proceedings may be suspended after the initiation of the lawsuit. In order to prevent

sal hukukları çerçevesinde bu hususta karar verme yetkisi vermiştir. Bu yetki çerçevesinde ve gerçek sahibinin menfaati korunmak amacıyla ulusal mahkeme nezdinde ikame edilecek davanın bildirilmesi halinde patent müracaat işlemlerinin durdurulacağı düzenlenmektedir.

IV. SONUÇ

6769 sayılı Kanun çerçevesinde sınai mülkiyet haklarından patent hakkının temelini buluş oluşturmaktadır. Buluş sahipliğinin kişinin uhdesinde doğması için de buluşun gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle herhangi bir kayda ihtiyaç olmaksızın buluş sahipliği hakkı doğmaktadır. Ancak ilgili hakkın koruma altına alınması ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi adına TürkPatent nezdinde tescil edilmiş olması gerekmektedir. Bu çerçevede buluş sahibinin patent isteme hakkı bulunmaktadır. Ancak TürkPatent nezdinde aynı buluşun haksız şekilde gerçekleştirilmiş olduğu ihtimalinde 6769 sayılı Kanun madde 110 düzenlemeleri dikkate alınarak gerçek hak sahipliği talepli dava ikame edilmesi mümkündür. Bu ihtimalde kanun gerçek hak sahipliği iddia eden kişinin iddiasını ispat etmiş olması ihtimalinde seçimlik haklar tanımaktadır. Bu seçimlik haklardan en lehe olanın tercih edilmesi suretiyle hakkın teslimi gerçekleştirilmektedir. Ancak patent müracaat halinde olması sebebiyle dosyanın reddine karar verilmesi ve/veya geçersiz sayılması vb. riskler de bulunmaktadır. Bu ihtimal de dikkat alınarak 6769 sayılı Kanun'un 110. maddesinde davanın ikame edilmesinin akabinde patent iş-



the loss of patent rights, it is important to carefully follow the process of the optional rights and, especially, the suspension of patent proceedings during the course of the lawsuit. Upon the decision regarding the patent application following the initiation of the lawsuit concerning actual ownership, the request for patent application rights turns into a patent infringement lawsuit, and a decision on the transfer of the patent becomes necessary.

While the legal monitoring of the process at the TürkPatent can proceed as explained, if an unjust application has also been made to the EPO, Article 14 of the EPC becomes important. According to this provision, if it is reported that a lawsuit has been filed alleging that the patent application rights have been infringed at the local office, the processing of the file at the EPO will be suspended. In this scenario, the unjust registration of a European patent in the name of a third party and/or the unhealthy conduct of the patent process can be prevented.

lemlerinin durdurulabileceği düzenlenmiştir. Patent hakkının zayı olmaması adına ikame edilecek dava sürecinde seçimlik hakların ve bilhassa patent işlemlerinin durdurulması hususunun incelikli takip edilmesi gerektiğini ifade etmek isteriz. Gerçek hak sahipliği konulu bu davanın ikame edilmesinin akabinde patent müracaatına karar verilmesi halinde patent isteme hakkı talebi, patent gaspı davasına dönüşmekte ve patent devrine karar verilmesi gerekmektedir.

TürkPatent nezdindeki sürecin hukuki olarak takibi izah ettiğimiz şekilde gerçekleştirilebilecek olmakla birlikte haksız şekilde EPO nezdinde de müracaat gerçekleştirilmiş olması halinde EPC madde 14 hükmü önem arz etmektedir. Bu düzenleme çerçevesinde yerel ofis nezdinde patent isteme hakkının gasp edildiği iddiasının mevcut olduğu şekilde davanın ikame edildiğinin bildirilmesi halinde EPO'daki dosya işlemlerinin askıya alınacağı düzenlenmiştir. Bu ihtimalde Avrupa patentinin haksız şekilde üçüncü kişi adına tescili ve/veya patent sürecinin sağlıklı şekilde yürütülmesinin önüne geçilmiş olmaktadır.

BIBLIOGRAPHY

CAHİT SULUK/ RAUF KARASU/ TEMEL NAL, Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, p. 252.

HAKAN KOÇAK, Türk Patent Hukuku Açısından Çalışan Buluşlarında Hak Sahipliği ve Çalışanın Bedel Hakkı, Dergipark, 2019, Cilt 9, Sayı 2.

ÖNDER TOPAL, Patent İsteme Hakkının ve Patentin Hacizde Sırası ve Bunlara Yönelik Gasp İddiasının veya Davasının Hacze Etkisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXVI, Y. 2022, Sayı. 1.

UĞUR ÇOLAK, Türk Patent Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

TAHİR SARAÇ, 551 Sayılı KHK'nin 11. Maddesine Göre Patent İsteme Hakkı ve Hakkın Sahibi, Beta Yayınları, İstanbul, 2001.

KAYNAKÇA

CAHİT SULUK/ RAUF KARASU/ TEMEL NAL, Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 252.

HAKAN KOÇAK, Türk Patent Hukuku Açısından Çalışan Buluşlarında Hak Sahipliği ve Çalışanın Bedel Hakkı, Dergipark, 2019, Cilt 9, Sayı 2.

ÖNDER TOPAL, Patent İsteme Hakkının ve Patentin Hacizde Sırası ve Bunlara Yönelik Gasp İddiasının veya Davasının Hacze Etkisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXVI, Y. 2022, Sayı. 1.

UĞUR ÇOLAK, Türk Patent Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.

TAHİR SARAÇ, 551 Sayılı KHK'nin 11. Maddesine Göre Patent İsteme Hakkı ve Hakkın Sahibi, Beta Yayınları, İstanbul, 2001.



PART 13

ESTABLISHMENT OF COLLECTIVE PLEDGE OVER IMMOVABLE PROPERTIES UNDER TURKISH LAW

TÜRK HUKUKU TAHTINDA
TAŞINMAZLAR ÜZERİNDE
TOPLU REHİN KURULMASI

SALIHA ARSLAN

ALİ CEBECİ

PART 13

ABSTRACT | ÖZET

In this article, the establishment of a collective pledge on immovable properties will be examined in the context of Turkish law, and the conditions for the establishment of a collective pledge under the Turkish Civil Code will be explained: (i) pledging more than one immovable property, (ii) pledging for the same debt, and (iii) the immovable properties belonging to the same owner or to owners jointly and severally liable for the debt.

Bu makalede, taşınmazlar üzerinde toplu rehinin kurulması Türk hukuku bağlamında incelenecek, toplu rehinin kurulması için Türk Medeni Kanunu uyarınca öngörülmiş olan; (i) birden çok taşınmazın rehnedilmesi, (ii) aynı borç için rehnedilme ve (iii) taşınmazların aynı malike veya borçtan müteselsilen sorumlu maliklere ait olması koşulları açıklanacaktır.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELELER

Collective Pledge, Immovable Property, Same Debt, Same Owner, Joint And Several Liability.

Toplu RehİN, Taşınmaz, Aynı Borç, Aynı Malik, Müteselsil Sorumluluk.

I. INTRODUCTION

Under Turkish law, it is not possible to establish a general pledge right over immovable properties. However, especially for debts such as loan debts, there are situations where the value of a single property is insufficient as collateral for the receivable. As a result, Turkish Civil Code No. 4721¹ permits the establishment of collateral on multiple immovable properties for the purpose of constituting collateral for a single receivable, either by distributing the burden of collateral over the immovable properties or without distributing the burden of collateral over all immovable properties for a single receivable. Thus, the creditor has a stronger collateral in their possession and can resort to more than one immovable properties in case they are unable to secure their receivables. The type of pledge where the collateral burden is distributed over more than one immovable properties is called "multiple pledge", and the type of pledge where all immovable properties constitute collateral for the same receivable without distributing the collateral burden is called "collective/joint pledge". The Law prevents the emergence of complex recourse relationships by providing for collective pledge exceptionally and subjecting it to certain conditions².

I. GİRİŞ

Türk hukuku tahtında taşınmazlar üzerinde genel bir rehİN hakkı kurulması mümkün değildir. Ancak, özellikle kredi borçları gibi borçlarda, tek bir taşınmazın değerinin alacağı teminat olmak açısından yetersiz kaldığı durumlar söz konusu olmaktadır. Bu sebeple, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu¹, birden fazla taşınmaz üzerinde tek bir alacak için teminat teşkil etmesi amacıyla teminat yükünün taşınmazlar üzerinden dağıtılması suretiyle veya dağıtılmadan bütün taşınmazların tek bir alacak için teminat yükü dağıtılmaksızın ipotek tesis edilmesine imkân tanımaktadır. Böylelikle, alacaklı elinde daha güçlü bir teminat bulundurmakta, alacağını temin edemediği takdirde birden fazla taşınmaza başvurabilmektedir. Teminat yükünün birden çok taşınmaz üzerine dağıldığı ipotek türüne "çoklu rehİN", teminat yükü dağılımaksızın bütün taşınmazların aynı alacak için teminat teşkil ettiği ipotek türüne ise "toplu/ müşterek rehİN" denilmektedir. Kanun, toplu rehİNİ istisnai şekilde öngörerek ve belli şartlara tabi tutarak karmaşık rücu ilişkilerinin ortaya çıkmasına engel olmaktadır².



II. ESTABLISHMENT OF COLLECTIVE PLEDGE IN GENERAL

The main legal regulation regarding the establishment of a collective pledge on immovable properties is Article 855 titled "If there is more than one immovable properties" in the Turkish Civil Code:

"The pledging of more than one immovable properties for the same debt depends on these immovable properties belonging to the same owner, or owners who are jointly and severally liable for the debt.

In other cases where more than one immovable property is pledged for the same receivable, the amount for which each immovable properties constitutes security for the receivable shall be specified when the pledge is established.

Unless there is an agreement to the contrary, the land registry office shall ex officio distribute the security to each immovable property in proportion to its value".

In the first paragraph of the article, the conditions of collective pledge, where the burden of pledge is not distributed among the im-

II. GENEL OLARAK TOPLU REHİN KURULMASI

Toplu rehİN kurulmasına ilişkin temel kanuni düzenleme, Türk Medeni Kanunu'nun "Taşınmaz birden çok ise" başlıklı 855. maddesidir:

"Birden çok taşınmazın aynı borç için rehnedilmesi, taşınmazların aynı malike veya borçtan müteselsilen sorumlu olan maliklere ait olmalarına bağlıdır.

Aynı alacak için birden çok taşınmazın rehnedildiği diğer hâllerde, her taşınmazın alacağın ne miktarı için güvence oluşturduğu rehİN kurulurken belirtilir.

Aksine bir anlaşma bulunmadıkça, tapu idaresi, re'sen güvenceyi taşınmazların her birine değeri oranında dağıtır".

Maddenin birinci fıkrasında rehİN yükünün taşınmazlar arasında dağılımadığı ve bütün taşınmazların alacak için birlikte teminat teşkil ettiği toplu rehİNİN şartları düzenlenirken, ikinci fıkrada ise birden çok taşınmazın alacak için rehİN yükü dağıtılarak teminat teşkil ettiği durumda ortaya çıkan çoklu rehİN durumu düzenlenmiştir³. Toplu rehİN durumun-

FOOTNOTE

¹ Official Gazette (OG) dated 8/12/2001 and numbered 24607 art. 855.

² Feride Demirbaş, Toplu İpotek, İstanbul 2023, p. 52-54.

DİPNOT

¹ 8/12/2001 tarih ve 24607 sayılı Resmî Gazete (RG) m. 855.

² Feride Demirbaş, Toplu İpotek, İstanbul 2023, s. 52-54.

³ Bilgehan Çetiner, "Reel Teminatlar", in: Teminat Hukuku, Ankara 2023, s. 190-196.

PART 13

movable properties and all immovable properties collectively secure the receivable, are regulated. In the second paragraph, the situation of multiple pledge arising when multiple immovable properties constitute collateral for the receivable by distributing the burden of pledge, is regulated³. In the case of a collective pledge, since all immovable properties provide protection for a single receivable without distributing the pledge burden, when establishing a collective pledge, information regarding the pledge is recorded on the pages of the title deed of each immovable property, while the entire receivable is written in the receivable section⁴.

In exchange for the collective pledge right, which provides the creditor with a broad protection, the creditor's ability to choose which of the immovable properties to liquidate is restricted. Pursuant to paragraph 3 of Article 873 of the Turkish Civil Code, the creditor must request the liquidation of all immovable properties in case of a joint pledge. The decision on which immovable properties will be sold is at the discretion of the director of enforcement. If this issue is not taken into consideration and a sale decision is made in case of initiation of proceedings for certain immovable properties, this situation is accepted as a reason for complaint in the practice of the Court of Cassation.

In the case of multiple pledges as stipulated in the second paragraph, the conditions required for a collective pledge are not required and independent pledge rights are

da, rehin yükü dağıtılmadan taşınmazların hepsi tek bir alacak için koruma sağladığından, toplu rehin kurulurken taşınmazların her birinin tapudaki sayfalarına ipotekle ilgili bilgi işlenirken alacak kısmına alacağın tamamı yazılır⁴.

Alacaklıya geniş bir koruma imkânı veren toplu rehin hakkı karşılığında, alacaklının taşınmazlardan hangisini paraya çevireceğini seçme imkânı kısıtlanmıştır. Alacaklı, Türk Medeni Kanunu'nun 873. maddesinin 3. fıkrası uyarınca müşterek rehin söz konusu olduğunda paraya çevirme istemini tüm taşınmazlar için yapmalıdır. Hangi taşınmazların satılacağı ise icra müdürünün takdirindedir. Bu hususun gözetilmeyip belli taşınmazlar bakımından takip başlatılması durumunda satış kararı verilmesi ise Yargıtay uygulamasında şikâyet sebebi olarak kabul edilmektedir.

İkinci fıkrada öngörülmüş olan çoklu rehin durumunda ise, toplu ipotek için aranan koşullar aranmamakta ve aynı alacak için her bir taşınmaz üzerinde birbirinden bağımsız ipotek hakları kurulmaktadır. Bunun sonucunda, toplu ipotekte öngörülen birlikte satış talep etme zorunluluğu söz konusu olmamakta, ipotek hakkının lehdarı her bir taşınmaz için ayrı ayrı takip edebilmektedir⁵.

Toplu rehin kurulduğunda, niteliği itibarıyla bir aynı hak ve bir rehin hakkı tesisi söz konusu olduğundan, aynı haklara ilişkin genel prensipler ve rehin hukukunun öngördüğü kurallar uygulama alanı bulacaktır. Bu bağ-

established on each immovable property for the same receivable. As a result, there is no obligation to request a joint sale in contrary to the collective pledges, and the beneficiary of the pledge right can start enforcement proceedings regarding each immovable property separately⁵.

In the establishment of a collective pledge, since there is an establishment of a right in rem and a pledge right, in terms of its nature, the general principles regarding rights in rem and the rules stipulated by the pledge law will be applicable. In this context, within the scope of the principle of speciality, the receivable protected by the collateral and the immovable property on which the collateral is established must be specific⁶. As a matter of fact, Article 32 of the Land Registry Regulation⁷, while regulating the manner of registration of the collective pledge, requires the pledge column for each immovable property to indicate the entire amount of the receivable and the immovable properties with which it is jointly pledged. On the other hand, if more than one immovable property is pledged for the same receivable without fulfilling the conditions of collective pledge, it is required to specify the amount for which each immovable property or share is pledged.

When establishing a collective pledge agreement, as in other agreements subject to formal form, the official deed of the collective pledge agreement must contain the objective essential points and subjective essential points of the collective pledge agreement. In other words, the identity of the creditor, the identity of the pledgor, the immovable properties subject to the pledge, the type of pledge chosen, the right of receivable to be secured, the amount of collateral, the degree of establishment should be specified in the agreement.

In cases where collective pledges are established in favour of banks for loan agreements, it is observed that pledges are established in favour of more than one bank by establishing more than one sub-degree within the same degree. This type of pledge is called "pro-rata pledge" in practice. In this type of pledge, the portion of the sale price corresponding to that degree is divided among the creditors of the same degree in proportion to their respective shares⁸.

lamda, belirlilik ilkesi kapsamında, teminat ile koruma altına alınan alacağın ve üzerinde teminat tesis edilen taşınmazların belirli olması gerekmektedir⁶. Nitekim, Tapu Sicili Tüzüğü'nün⁷ 32. maddesi de toplu rehinin tescilinin yapılaş biçimini düzenlerken her bir taşınmaz bakımından rehin sütununa alacak miktarının tamamının ve hangi taşınmazlarla müşterek rehinli olduğunu belirtme gerekliliği getirilmiştir. Bununla birlikte, toplu rehinin şartları sağlanmaksızın birden çok taşınmazın aynı alacak için rehnedilmesi halinde her bir taşınmazın veya payın ne miktar için rehnedildiğinin belirtilmesi gerekliliği getirilmiştir.

Toplu rehin sözleşmesi kurulurken, diğer resmi şekle tabi sözleşmelerde de olduğu gibi, toplu ipotek sözleşmesine ilişkin resmi senedin toplu rehin sözleşmesinin objektif esaslı noktalarını ve sübjektif esaslı noktaları içeriyor olması aranır. Yani, alacaklının kimliği, rehin verenin kimliği, rehin konusu taşınmazların hangileri olduğu, hangi rehin türünün seçilmiş olduğu, temin edilmek istenen alacak hakkı, teminat miktarı, rehin ipotek şeklinde kuruluyorsa kurulduğu derece sözleşmede belirtilmelidir.

Kredi sözleşmeleri için bankalar lehine toplu rehin tesis edildiği durumlarda, aynı derece içerisinde birden fazla yan derece kurularak birden fazla banka lehine ipotek tesis edildiği görülmektedir. Bu ipotek türü, uygulamada "garame ipoteği" olarak adlandırılmaktadır. Bu ipotek türünde, satış bedelinin o dereceye düşen kısmı aynı derecedeki alacaklılar arasında garame payları oranında paylaşılır⁸.

FOOTNOTE

3 Bilgehan Çetiner, "Reel Teminatlar", in: Teminat Hukuku, Ankara 2023, p. 190-196.

4 Faruk Acar, Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, Ankara 2008, p. 250.

5 Çetiner, p. 191.

6 Acar, p. 255; Yağmur Esin Çelik, Türk Hukukunda Üst Sınır İpoteği ve Uygulaması, Ankara 2021, p. 33-35.

7 Official Gazette (OG) dated 17/08/2013 and numbered 28738.

8 Çetiner, p. 190.



DİPNOT

4 Faruk Acar, Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, Ankara 2008, s. 250.

5 Çetiner, s. 191.

6 Acar, s. 255; Yağmur Esin Çelik, Türk Hukukunda Üst Sınır İpoteği ve Uygulaması, Ankara 2021, p. 33-35.

7 17/8/2013 tarih ve 28738 sayılı Resmî Gazete (RG).

8 Çetiner, s. 190.

PART 13

III. CONDITIONS FOR
THE ESTABLISHMENT OF
A COLLECTIVE PLEDGEA. Pledging More Than One
Immovable Property

Article 855 of the Turkish Civil Code, which allows the establishment of a collective pledge, requires that the subject of the pledge be more than one immovable property. In order for a collective pledge to be established, the number of immovable properties on which a pledge is established must be at least two. In this context, to fulfil this condition, each independent section must qualify as an immovable property according to the Turkish Civil Code⁹.

Article 704 of the Turkish Civil Code specifies the things that can be registered in the land registry as immovable property. According to this article, immovable properties consist of lands, independent and permanent rights on immovable properties and independent sections subject to condominium ownership. Within this scope, if two or more immovable properties, which are immovable and registered in the land registry under the Turkish Civil Code, are used as collateral for the same receivable, it will be possible to establish a collective pledge within the scope of Article 855 of the Turkish Civil Code.

All of the goods subject to collective pledge must be immovable property. It is not possible for an individual movable to be subject to collective pledge together with immovable properties. However, the inclusion of movable property as an attachment to immovables is a unique situation depending on its attachment nature, as Article 862 of the Turkish Civil Code includes the integral parts and attachments of immovable properties in the scope of immovable pledge¹⁰.

While it is possible to establish a collective pledge on immovable properties subject to condominium, if independent sections were subject to condominium easement before the establishment of condominium, the right of pledge cannot be established on these independent sections, making the establishment of a collective pledge impossible¹¹.

Shares in joint ownership also qualify as immovable property for the establishment of a

III. TOPLU REHİN KURUL-
MASININ KOŞULLARIA. Birden Çok Taşınmazın
Rehnedilmesi

Toplu rehin kurulması imkanını veren Türk Medeni Kanunu'nun 855. maddesi, rehinin konusunun birden çok taşınmaz olmasını gerekli kılmaktadır. Toplu rehin tesis edilebilmesi için, üzerinde ipotek tesis edilen taşınmaz sayısı en az iki olmalıdır. Bu bağlamda, bu şartın sağlanması için her bağımsız bölümün Türk Medeni Kanunu uyarınca taşınmaz niteliğinde olması gerekmektedir⁹.

Türk Medeni Kanunu'nun 704. maddesi tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilebilir nitelikte olan şeyleri belirtmektedir. Bu maddeye göre taşınmazlar; araziler, taşınmazlar üzerindeki bağımsız ve süreklilik hakları ve kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümlerden ibarettir. Bu kapsama girerek Türk Medeni Kanunu uyarınca taşınmaz niteliğinde olup tapu siciline kaydedilmiş olan iki veya daha fazla taşınmaz üzerinde aynı alacak için teminat tesis edilmesi durumunda Türk Medeni Kanunu'nun 855. maddesi kapsamında toplu ipotek tesis edilmesi mümkün olacaktır.

Toplu rehinin konusu olan eşyanın tümü taşınmaz nitelikte olmalıdır. Münferit bir taşınır eşyanın taşınmazlarla birlikte toplu rehine konu edilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, Türk Medeni Kanunu'nun 862. maddesinin taşınmaz rehininin kapsamına taşınmazın bütünleyici parçalarını ve eklentilerini dahil etmiş olması toplu rehinin kapsamına eklenti niteliğindeki taşınır eşyaların da girmesi sonucunu doğuracaktır. Ancak, bu taşınır eşyanın toplu ipoteğin kapsamında olması, eklenti niteliğini haiz olmasına bağlı olarak ortaya çıkan bir durum olup istisnai niteliktedir¹⁰.

Kat mülkiyetine konu olan taşınmazlar üzerinde toplu rehin tesis edilmesi mümkün olmasına karşın, kat mülkiyeti tesis edilmeden önce bağımsız bölümler kat irtifakına konu iken bu bağımsız bölümler üzerinde rehin hakkı tesis edilemeyeceği için, toplu rehin tesisi de mümkün olmayacaktır¹¹.

Paylı mülkiyet payları da toplu rehin kurulması için gerekli bir taşınmaz olma niteliği-

ni taşımaktadır. Bu durumda, borçlu veya müteselsil borçluların maliki oldukları paylı mülkiyet payları üzerinde aynı borç için ipotek tesis etmeleri mümkündür. Bu paylar, farklı taşınmazlara ilişkin olabileceği gibi aynı taşınmaza ait paylar da olabilirler. Yani, toplu rehinin diğer şartlarını da sağlamak kaydıyla, aynı taşınmazdaki farklı paydaşların aynı borç için hisselerini rehnemeleri veya üzerinde rehin hakkı tesis edilmiş bir taşınmazın sonradan paylı mülkiyete dönüşmesi halinde de toplu rehin söz konusu olabilir¹².

Article 1000 of the Turkish Civil Code enables multiple immovable properties whose owners are the same person to be registered on a common page in the land registry upon the request of the owner, without the condition that their boundaries are adjacent to each other. If more than one immovable property is registered on a common page, it is possible to establish a collective pledge through this page, provided that all of these immovable properties will be pledged and the other conditions of the collective pledge are met¹³. However, the immovable property that is subsequently removed from the common page upon a court decision or the owner's request will continue to be covered by the collective pledge, as article 1000 of the Turkish Civil Code stipulates that the registered rights shall be reserved in case the immovable property is removed from the common page¹⁴.

In case of a collective pledge, it is possible that these immovable properties may be under the jurisdiction of different land registry offices since a single pledge right is established on multiple immovable properties without seeking a physical proximity. In this case, pursuant to the Regulation on the Procedures and Principles Regarding the Execution of Title Deed Transactions Regarding the Immovable Properties Registered Outside the Jurisdiction of the Land Registry Directorates¹⁵, the land registry directorates, which are authorised to carry out the title deed transactions regarding the immovable properties registered outside the jurisdiction of the Land Registry Directorates, upon the request of the right holder, by obtaining authorisation from the land registry directorate where the immovable properties is registered and determining that there is no legal obstacle, will issue the pledge official deed after

ni taşımaktadır. Bu durumda, borçlu veya müteselsil borçluların maliki oldukları paylı mülkiyet payları üzerinde aynı borç için ipotek tesis etmeleri mümkündür. Bu paylar, farklı taşınmazlara ilişkin olabileceği gibi aynı taşınmaza ait paylar da olabilirler. Yani, toplu rehinin diğer şartlarını da sağlamak kaydıyla, aynı taşınmazdaki farklı paydaşların aynı borç için hisselerini rehnemeleri veya üzerinde rehin hakkı tesis edilmiş bir taşınmazın sonradan paylı mülkiyete dönüşmesi halinde de toplu rehin söz konusu olabilir¹².

Türk Medeni Kanunu'nun 1000. maddesi; malikleri aynı kişi olan birden çok taşınmazın, sınırlarının birbirine bitişik olması şartı aranmaksızın, malikin istemi üzerine tapu kütüğünde ortak bir sayfaya kaydedilmesini mümkün kılmaktadır. Birden fazla taşınmazın ortak sayfaya kaydedilmesi halinde, bu taşınmazların hepsinin rehnedileceği durumda ve toplu rehinin diğer şartlarını karşılamak kaydıyla bu sayfa üzerinden toplu rehin tesis edilmesi mümkündür¹³. Bununla birlikte, daha sonra mahkeme kararı veya malikin talebi üzerine ortak sayfadan çıkarılan taşınmaz, toplu rehin kapsamında kalmaya devam edecektir. Zira Türk Medeni Kanunu'nun 1000. maddesi, taşınmazların ortak sayfadan çıkarılması halinde tescil edilmiş bulunan hakların saklı kalacağını öngörmektedir¹⁴.

Toplu rehin kurulması durumunda, birden çok taşınmaz üzerinde fiziksel bir yakınlık aranmaksızın tek bir ipotek hakkı tesis edilmesi söz konusu olduğundan bu taşınmazların farklı tapu müdürlüklerinin yetki alanında olması muhtemeldir. Bu durumda Tapu Müdürlüklerince Yetki Alanı Dışında Kayıtlı Bulunan Taşınmazlarla İlgili Tapu İşlemlerinin Yapılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik¹⁵ uyarınca hak sahibinin talebi üzerine, kendi yetki alanı dışında kayıtlı bulunan taşınmazlarla ilgili tapu işlemlerini, taşınmazın kayıtlı bulunduğu tapu müdürlüğünden yetki almak ve kanunen bir engel olmadığını tespit etmek suretiyle yapmaya yetkili olan tapu müdürlükleri; diğer taşınmazların kayıtlı bulunduğu tapu müdürlüklerinden gerekli yetkilerin alınması akabinde ipotek resmi senedini düzenleyecektir.

DİPNOT

⁹ Azim Öncü, Türk Hukukunda Taşınmazların Toplu Rehni, Ankara 2023, s. 126.

¹⁰ Demirbaş, s. 39.

¹¹ Öncü, s. 112-113.

¹² Öncü, s.127.

¹³ Öncü, s.126.

¹⁴ Demirbaş, s. 51.

¹⁵ Tapu Müdürlüklerince Yetki Alanı Dışında Kayıtlı Bulunan Taşınmazlarla İlgili Tapu İşlemlerinin Yapılmasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik.

FOOTNOTE

⁹ Azim Öncü, Türk Hukukunda Taşınmazların Toplu Rehni, Ankara 2023, p.126.

¹⁰ Demirbaş, p. 39.

¹¹ Öncü, p. 112-113.

¹² Öncü, p. 127.

¹³ Öncü, p. 126.

¹⁴ Demirbaş, p. 51.

¹⁵ The Regulation On The Procedures And Principles Regarding The Execution Of Title Deed Transactions Regarding The Immovables Registered Outside The Jurisdiction Of Land Registry Directorates.

PART 13

obtaining the necessary authorisation from the land registry directorates where other immovable properties are registered.

B. Pledging For The Same Debt

In order to establish a collective pledge, all immovable properties subject to the collective pledge must constitute collateral for the same receivable. The concept of "same receivable" means that the receivable is based on the same legal ground. In this context, it is accepted that if there are multiple contracts within the scope of the same debt relationship, the requirement of the same debt required by Article 855 of the Turkish Civil Code is considered to be met. In this context, in divisible performances, each part of the performance will not be considered as a separate debt, and all performances with a legal cause will be considered as the same debt. For example, in a money debt divided into installments, each instalment will not be considered as a separate debt, but all instalments will be considered as a single debt and can be secured by a collective pledge. However, based on the same example, if certain instalments are subject to collateral and certain instalments are excluded from the collateral, the part subject to collateral will be deemed as "the same debt" and the other part will not be secured¹⁶.

It is possible to have receivables with different qualifications within the scope of the same receivable. In other words, a collective pledge may be used to secure the main receivable as well as the secondary receivables. Principal receivables, interest receivables, litigation and trial expenses and other receivables arising from the same legal cause may be included in the scope of the collective pledge¹⁷.

The customary practice in the banking and credit sector is to conclude a general framework agreement between the credit institution and the borrower and to make many credit facilities to the borrower within the scope of this framework agreement. Since these credit facilities are within the scope of the same framework contractual relationship, they are considered as the same debt and can be secured by collective pledge¹⁸. However, if different guarantors are involved in each of these credit utilizations, the immovable property owned by a guar-

B. Aynı Borç İçin Rehnedilme

Toplu rehin kurulması için, toplu rehine konu edilen tüm taşınmazların aynı alacağın teminatını teşkil etmesi gerekmektedir. "Aynı alacak" kavramı, alacağın aynı hukuki sebebe dayalı olmasını ifade etmektedir. Bu bağlamda, aynı borç ilişkisi kapsamında birden çok sözleşme var olması halinde Türk Medeni Kanunu'nun 855. maddesinde aranan aynı borç şartının sağlanacağı kabul edilmektedir. Bu bağlamda, bölünebilir edimlerde, edimin her bir kısmı ayrı bir borç sayılmayacak olup hukuki sebebi olan tüm edimler aynı borç sayılacaktır. Örneğin, taksitlere bölünmüş bir para borcunda her bir taksit ayrı bir borç olarak değerlendirilmeyecek, bütün taksitler tek bir borç olarak değerlendirilerek toplu rehin ile teminat altına alınabilecektir. Bununla birlikte, yine aynı örnek üzerinden, belli taksitler teminata konu edilip belli taksitler teminat dışı bırakıldığı takdirde, teminata konu olan kısım "aynı borç" sayılacak, diğer bölüm teminat altına alınmış olmayacaktır¹⁶.

Aynı alacağın kapsamında farklı niteliklerde alacaklar olması mümkündür. Yani, toplu rehin ile asıl alacakla birlikte ferî alacakların da teminat altına alınması mümkündür. Toplu rehinin kapsamına anapara alacağı, faiz alacakları, dava ve yargılama giderleri ve diğer aynı hukuki sebepten doğmuş alacak kalemleri girebilir¹⁷.

Bankacılık ve kredi sektöründe mutad uygulama, kredi kuruluşu ve borçlu arasında genel bir çerçeve sözleşme akdedilip bu çerçeve sözleşme kapsamında borçluya birçok kredi kullandırımı yaptırılmasıdır. Bu kredi kullandırmaları, aynı çerçeve sözleşmesel ilişki kapsamında olduğundan aynı borç olarak değerlendirilmekte olup toplu rehin ile teminat altına alınabilmektedir¹⁸. Bununla birlikte, bu kredi kullandırmalarının her birinde farklı kefiller söz konusu olduğunda, bir kefilin maliki olduğu taşınmaz kendi kefil olduğu kullandırım için toplu rehine konu olabilecekken kalan kısımlar için gerekli şartı sağlamayacaktır. Bu durumda, kefilin sahip olduğu taşınmazın tüm kredi kullandırmalarını kapsayacak şekilde toplu rehine konu edilmesi halinde toplu rehin şartları sağlanmamış olacaktır.

antor may be subject to a collective pledge for a utilization for which she/he is the guarantor, but will not meet the necessary condition for the remainder. In this case, if the immovable property owned by the guarantor is subject to collective pledge covering all credit utilisations, the conditions for collective pledge will not be met.

The receivable arising from the current account agreement is also considered a single receivable and may be secured by a collective pledge. However, it is possible for one of the receivable items recorded in the



current account to be subject to a separate collateral. The fact that it is recorded in the current account does not have any consequences for the collateral of that receivable item, and that collateral remains valid as collateral for that part of the receivable when the account is accepted¹⁹.

If there are joint creditors of the same receivable, the pledge does not have to be established in favor of all of these joint creditors. A collective pledge may be established in favor of one or more of the joint creditors. This is because, in the case of joint creditors, the debtor can get rid of his debt by fulfilling his debt to one of the joint creditors, and since the legal source of the debt is the same, the debtor's claim to each joint creditor is the same receivable.

Cari hesap sözleşmesinden doğan alacak da tek bir alacak kabul edilir, toplu rehin ile teminat altına alınabilir. Bununla birlikte, cari hesaba kaydedilen alacak kalemlerinden birinin ayrı bir teminata konu olması mümkündür. Cari hesaba kaydedilmiş olması o alacak kaleminin teminatı bakımından bir sonuç doğurmaz, o teminat hesap kabul edildiğinde de aynı şekilde alacağın o kısmının teminatı olarak geçerliliğini korur¹⁹.

Aynı alacağın müteselsil alacaklıları bulunması durumunda ipoteğin bu müteselsil alacaklıların hepsinin lehine tesis edilmesi

mecburiyeti yoktur. Toplu ipotek, müteselsil alacaklılardan biri veya birkaçı lehine tesis edilebilir. Zira, müteselsil alacaklılık durumunda borçlu, müteselsil alacaklılardan birine borcunu ifa ederek borcundan kurtulabilmekte ve borcun hukuki kaynağı aynı olduğundan borçlunun her bir müteselsil alacaklıya olan alacağı aynı olacaktır.

FOOTNOTE

¹⁶ Demirbaş, p. 54-55.

¹⁷ Demirbaş, p. 56.

¹⁸ Demirbaş, p. 55.

¹⁹ Demirbaş, p. 56.

DİPNOT

¹⁶ Demirbaş, s. 54-55.

¹⁷ Demirbaş, s. 56.

¹⁸ Demirbaş, s. 55.

¹⁹ Demirbaş, s. 56.

PART 13

C. The Immovable Properties Belonging To The Same Owner Or Owners Jointly Responsible For The Debt

Normally, the pledgor is not obliged to be the debtor of the secured debt. The owner of an immovable property may establish a pledge on his immovable property in favor of the creditor of that debt in order to secure a debt for which he is not liable in any respect. However, in order to establish a collective pledge, the immovable properties must be owned by a single owner or, in the case of pledges on immovable properties owned by more than one owner, the owners of these immovable properties must be persons who are jointly and severally liable for the same debt. This limitation for the establishment of a collective pledge prevents the formation of complex recourse relationships and the establishment of very extensive collective pledges.

In cases where the immovables belong to the same owner, this person does not have to be the debtor of the debt subject to the collateral. This is because the condition of joint and several liability for the debt stipulated in the article is valid in cases where the immovable properties belong to different owners. When the immovables belong to the same owner, the condition of "belonging to the same owner" is met, not the condition of "belonging to the owners jointly and severally liable for the debt".

According to one opinion in the doctrine, joint guarantors fulfill the condition of "belonging to the owners who are jointly responsible for the debt" required for a collective pledge, while according to another opinion, they do not. The view that the immovable properties owned by the joint guarantors may be included in the scope of collective pledge together with the immovable properties belonging to the principal debtor is based on the fact that the joint guarantors are jointly liable for the debt with the debtor and that the joint guarantors may be applied to without the obligation to apply to the actual debtor. According to this view, the legal regulation is based on the relationship between the pledgee and the debtors and does not give any effect to the differences in the internal relationship between the debtors²⁰. On the other hand, the view that the immovable properties owned by the joint guarantors cannot be included in the scope of collective pledge together with the immovable properties belonging

C. Taşınmazların Aynı Malike Veya Borçtan Müteselsilen Sorumlu Maliklere Ait Olması

Normal şartlar altında ipotek verenin teminat altına alınan borcun borçlusu olma zorunluluğu yoktur. Bir taşınmazın maliki, herhangi bir biçimde sorumlu olmadığı bir borcu teminat altına almak için taşınmazı üzerinde o borcun alacaklısı lehine ipotek tesis edebilir. Ancak, toplu ipotek tesis edilmesi için taşınmazların tek bir malike ait olması veya birden fazla malike ait taşınmazlar üzerinde ipotek tesis edilmesi durumunda bu taşınmazların maliklerinin aynı borçtan müteselsilen sorumlu olan kişiler olması gerekmektedir. Toplu rehin kurulması için getirilen bu sınırlama, karmaşık rücu ilişkilerinin oluşmasını ve çok geniş kapsamlı toplu rehinlerin kurulmasının önüne geçer niteliktedir.

Taşınmazların aynı malike ait olduğu durumda bu kişinin teminata konu borcun borçlusu olması şart değildir. Zira maddede öngörülen borçtan müteselsil sorumluluk şartı, taşınmazların farklı maliklere ait olması durumunda geçerlidir. Taşınmazlar aynı malike ait olduğu durumda, "borçtan müteselsilen sorumlu maliklere ait olma" şartı değil, "aynı malike ait olma" şartı sağlanmaktadır.

Doktrinde bir görüşe göre, müteselsil kefiller, toplu rehin için aranan "borçtan müteselsilen sorumlu maliklere ait olma" şartını sağlamakta, diğer bir görüşe göre ise sağlamamaktadır. Müteselsil kefillerin maliki olduğu taşınmazların asıl borçluya ait taşınmazlarla birlikte toplu rehin kapsamına alınabileceğini savunan görüş, müteselsil kefillerin borçtan borçlu ile birlikte sorumlu olmasına ve asıl borçluya başvurma zorunluluğu olmaksızın müteselsil kefillere başvurulabilmesine dayanmaktadır. Bu görüşe göre, kanuni düzenleme ipotek hakkı sahibinin borçlular ile arasındaki ilişkiyi esas almakta, borçlular arasındaki iç ilişkinin farklılığına bir etki tanımamaktadır²⁰. Öte yandan, müteselsil kefillerin maliki olduğu taşınmazların asıl borçluya ait taşınmazlarla birlikte toplu rehin kapsamına alınamayacağını savunan görüş ise, müteselsil kefillerin borcunun asıl borçlunun borcu ile aynı borç olmayıp kefalet sözleşmesine dayalı ayrı bir borç olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, birlikte müteselsil kefillerin maliki olduğu taşınmazlar, her müteselsil kefilin kefalet sözleşmesinden doğan borçları için toplu rehine konu edilebilir; fakat asıl borçlu ve

to the actual debtor argues that the debt of the joint guarantors is not the same debt as the debt of the actual debtor, but a separate debt based on the personal guarantee agreement. According to this opinion, immovable properties owned by joint guarantors may be subject to same collective pledge since the debts of each joint guarantor arising from the personal guarantee agreement; however, immovable properties owned by the principal debtor and the guarantors may not be subject to same collective pledge²¹. The practice of the Court of Cassation on this issue, in parallel with the first opinion, is that the immovable properties belonging to the joint guarantors may be subject to collective pledge together with the immovable properties belonging to the debtor²².

If immovable properties belonging to owners who are jointly and severally liable for the debt are subject to collective pledge, the owner of each immovable property subject to collective pledge must be responsible for the entire debt. That is, the fact that the owner of one of the immovable properties is partially liable for the debt affects the validity of the collective pledge. However, if a receivable is secured by a collective pledge, all debtors who are jointly and severally liable for that debt are not required to provide collateral²³.

If this condition regarding the owner of the immovable properties is not met in a collective pledge, the pledge established on more than one immovable properties may not be a collective pledge, but only a shared pledge.

When establishing a collective pledge, it will be necessary to prove to the land registry office that the immovable properties belong to the same owner or that the immovable property owners are jointly and severally liable for the debt.

In a situation where the owners of the immovable properties are not jointly liable for the debt, it is possible that the creation of joint and several liability within the pledge agreement may be considered as an unusual provision within the general terms and conditions. In the preamble of Article 21 of the Turkish Code of Obligations, it is stated that "In a decision of the Swiss Federal Court, a guarantorship implicitly included in the text of the pledge in a credit transaction operating in the form of a current account was found to be unusual", and thus, a situation

kefilin maliki olduğu taşınmazlar toplu rehine konu edilemez²¹. Yargıtay'ın bu konudaki uygulaması da ilk görüş ile paralel biçimde müteselsil kefillere ait taşınmazların borçluya ait taşınmazlarla birlikte toplu rehine konu olabileceği yönündedir²².

Borçtan müteselsilen sorumlu maliklere ait taşınmazlar toplu rehine konu edildiği takdirde, toplu rehine konu edilen her taşınmazın maliki borcun tamamından sorumlu olmalıdır. Yani, taşınmazlardan birinin malikin borçtan kısmi olarak sorumlu olması toplu rehinin geçerliliğini etkiler. Ancak, bir alacak toplu rehin ile teminat altına alındığı takdirde o borçtan müteselsilen sorumlu olan bütün borçluların teminat sağlaması şart değildir²³.

Toplu rehinde taşınmazların malikine ilişkin bu şart sağlanmadığı takdirde, birden fazla taşınmaz üzerinde kurulan ipotek toplu ipotek değil, ancak paylı ipotek olabilir.

Toplu ipotek tesis edilirken tapu müdürüne taşınmazların aynı malike ait olduğu veya taşınmaz maliklerinin borçtan müteselsilen sorumlu olduğunun ispatlanması gerekecektir.

Taşınmazların maliklerinin borçtan müteselsil sorumlu olmadığı durumda; ipotek sözleşmesi içerisinde müteselsil borçluluk yaratılmasının genel işlem şartları içindeki olağandışı bir hüküm olarak değerlendirilmesi ihtimal dahilindedir. Zira Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinin gerekçesinde "İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında da, cari hesap şeklinde işleyen bir kredi işleminde, ipoteğe ilişkin metnin içine örtülü olarak konulmuş olan bir kefalet yüklenimi olağan dışı bulunmuştur" denilmek suretiyle ipotek sözleşmesi içerisinde müteselsil borçluluk yaratmaya benzer bir durum, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları örneği olarak verilmiş ve yazılmamış sayılma yaptırımına bağlanmıştır²⁴. Ancak, bir sözleşme hükmünün genel işlem koşulu sayılması için, onun; (i) ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılma amacıyla hazırlanması, (ii) sözleşmenin taraflarından biri tarafından tek yanlı olarak hazırlanmış olması, (iii) soyut ve genel nitelikte hazırlanması ve (iv) sözleşme kapsamındaki genel hükümler niteliğinde olması gerekir²⁵.

Rehine konu edilen taşınmazların farklı maliklere ait olduğu ve bu maliklerin borçtan

DİPNOT

20 Acar, s. 249.

21 Demirbaş, s. 57-59.

22 Yargıtay 12. H.D., T. 06.03.2017, E. 2016/21696, K. 2017/3243: "Takibe konu taşınmazlara ilişkin düzenlenen ipotek sözleşmelerinin incelenmesinde; farklı iki kişiye ait taşınmazlar üzerine, ...Ltd. Şti.'nin banka ile olan genel kredi sözleşmesi ilişkisine binaen teminat olarak, banka lehine limit ipoteği tesis edildiği, (taşınmazın ipotek verenlerin) tesis edilen ipoteğe ilaveten, ipotek tutarı kadar müteselsil kefil sıfatıyla da sorumlu olduklarının belirtildiği görülmüştür. Bu durumda, somut olayda, toplu ipotek bulunduğu nun kabulü gerekir."

23 Demirbaş, s. 53-54.

24 Türkiye Büyük Millet Meclisi, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499)", <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c050/tbm-m23050003s0321.pdf> (Erişim Tarihi, 15.01.2024).

25 Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2023, s. 230-232.

FOOTNOTE

20 Acar, p. 249.

21 Demirbaş, p. 57-59.

22 Yargıtay 12. H.D., T. 06.03.2017, E. 2016/21696, K. 2017/3243: "In the examination of the pledge agreements regarding the immovables subject to the proceedings; it has been seen that an upper limit pledge has been established in favor of the bank on the immovables belonging to two different persons, as a guarantee based on the general loan agreement relationship of the ...Co. Ltd. with the bank, and it has been stated that (those who pledged their immovables) are also responsible as a joint guarantor up to the amount of the pledge in addition to the pledge established. In this case, it should be accepted that there is a collective pledge in the concrete case".

23 Demirbaş, p. 53-54.

PART 13

similar to the creation of joint and several liability within the pledge agreement is given as an example of general transaction terms that are foreign to the nature of the contract and the nature of the transaction, and is subject to the sanction of being deemed unwritten²⁴. However, in order for a contractual provision to be considered a general transaction condition, it must (i) be drafted with the intention of being used in a large number of similar contracts in the future, (ii) be unilaterally drafted by one of the parties to the contract, (iii) be abstract and general in nature, and (iv) be in the nature of general provisions within the scope of the contract²⁵.

In cases where the immovable properties subject to pledge belong to different owners and these owners are not jointly and severally liable for the debt, it will not be possible to establish a collective pledge. This is because the principle of numerus clausus and principle of adherence to type apply. However, if such a contract is made, the contract will not be considered completely void and will be divided into immovable properties in proportion to the security values provided by the pledge by conversion²⁶.

In cases where a collective pledge is established on the condition that the owners of the immovable properties are the same person, and then one or more of the immovable properties are transferred to a third party who does not have joint liability for the debt, according to a view in the doctrine, the burden of the pledge must be distributed among the immovable properties since the conditions

müteselsil sorumlu kişiler olmadığı durumda, toplu rehin kurulması mümkün olmayacaktır. Çünkü bu konuda sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkeleri geçerlidir. Fakat böyle bir sözleşme yapılması durumunda sözleşme tamamen geçersiz sayılmayacak, tahvil yoluyla ipoteğin sağladığı teminat değerleri oranında taşınmazlara bölünecektir²⁶.

Toplu rehinin, taşınmazların maliki aynı kişi olması şartına bağlı olarak kurulup sonrasında taşınmazlardan birinin veya birkaçının borçtan müteselsil sorumluluğu bulunmayan üçüncü bir kişiye devredildiği durumda, doktrindeki bir görüşe göre, toplu rehinin şartları artık sağlanmadığı için rehin yükünün taşınmazlar arasında dağıtılması gerekir²⁷. Fakat, bu görüşün esas alınarak toplu rehin tescilinin yolsuz hale geldiğini kabul etmek, alacaklı için güçlü bir teminat teşkil eden toplu rehinin borçlu tarafından taşınmazların üçüncü kişilere devri yoluyla etkisiz hale getirmesi sonucunu doğuracaktır.

of the collective pledge are no longer met²⁷. However, accepting that the registration of the collective pledge has become void on the basis of this opinion would result in the ineffectiveness of the collective pledge, which constitutes a strong security for the creditor, by the transfer of the immovables to third parties by the debtor.

IV. CONCLUSION

Within the scope of financing contracts, there is a need to provide a wider range of collateral based on immovable properties. In order to meet this need, multiple immovable properties may be subject to a collective pledge pursuant to Article 855 of the Turkish Civil Code in order to constitute collateral for a single receivable. In these complex structures where there may be many debtors and creditors, in order for a collective pledge to be validly established, it is necessary to ensure that multiple immovable properties are pledged for the same debt, i.e. that the debt arising from the same legal cause is secured by the pledge, and that the immovable properties all belong to the same owner or to owners who are jointly and severally liable for the debt.

IV. SONUÇ

Finansman sözleşmeleri kapsamında, taşınmazlara dayalı olarak daha geniş ölçekli teminat sağlanması ihtiyacı duyulmaktadır. Bu ihtiyacı karşılamak adına, birden fazla taşınmazın tek bir alacağın teminatını teşkil etmesi adına Türk Medeni Kanunu'nun 855. maddesi uyarınca toplu rehine konu edilmesi söz konusu olmaktadır. Çok sayıda borçlu ve alacaklının olabildiği bu karmaşık yapılarda, toplu rehinin geçerli olarak kurulabilmesi için birden çok taşınmazın aynı borç için rehnedildiği, yani aynı hukuki sebepten kaynaklanan borcun ipotek ile güvence altına alındığından ve taşınmazların hepsinin aynı malike ait olduğundan veya borçtan müteselsil sorumlu maliklere ait olduğundan emin olmak gerekmektedir.

FOOTNOTE

²⁴ Grand National Assembly of Turkey, "Draft Turkish Code of Obligations and Justice Commission Report (1/499)", <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c050/tbmm23050003ss0321.pdf> (Date of Access, 01.15.2024).

²⁵ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2023, p. 230-232.

²⁶ Acar, p. 246.

²⁷ Acar, p. 248.



BIBLIOGRAPHY

AZİM ÖNCÜ, Türk Hukukunda Taşınmazların Toplu Rehni, 1st Edition, Ankara 2023.

BİLGEHAN ÇETİNER, "Reel Teminatlar", in: Teminat Hukuku, Ankara 2023.

FARUK ACAR, Rehni Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özelliklerle Belirlilik İlkesi, 1st Edition, Ankara 2008.

FERİDE DEMİRBAŞ, Toplu İpotek, 1st Edition, İstanbul 2023.

FİKRET EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28th Edition, Ankara 2023.

TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), (Erişim: 15.01.2024). <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c050/tbmm23050003ss0321.pdf>.

YAĞMUR ESİN ÇELİK, Türk Hukukunda Üst Sınır İpoteki ve Uygulaması, 1st Edition, Ankara 2021.

KAYNAKÇA

AZİM ÖNCÜ, Türk Hukukunda Taşınmazların Toplu Rehni, 1. Baskı, Ankara 2023.

BİLGEHAN ÇETİNER, "Reel Teminatlar", in: Teminat Hukuku, Ankara 2023.

FARUK ACAR, Rehni Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özelliklerle Belirlilik İlkesi, 1. Baskı, Ankara 2008.

FERİDE DEMİRBAŞ, Toplu İpotek, 1. Baskı, İstanbul 2023.

FİKRET EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28. Baskı, Ankara 2023.

TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), (Erişim: 15.01.2024). <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c050/tbmm23050003ss0321.pdf>.

YAĞMUR ESİN ÇELİK, Türk Hukukunda Üst Sınır İpoteki ve Uygulaması, 1. Baskı, Ankara 2021.

DİPNOT

²⁶ Acar, s. 246.

²⁷ Acar, s. 248.

PART 14

DECREE NO.32 DECISION ON
THE PROTECTION OF THE
VALUE OF TURKISH CURRENCY
AND RECENT JUDICIAL COURT
PRACTICES

32 SAYILI TÜRK PARASI
KIYMETİNİ KORUMA HAKKINDA
KARARA İLİŞKİN SON DÖNEM
YARGITAY UYGULAMALARI

ÜMİT YAĞMUR TOK
AHMET ULU

PART 14

ABSTRACT | ÖZET

On 13.09.2018, Decree No. 32 on the Protection of the Value of Turkish Currency was amended. Subsequently, the communiqués issued based on Decree No. 32 were revised in accordance with the relevant amendment. In this article, how the amendments made in the Decree No. 32 and the communiqués issued based on this Decree have found a place in the practice of the Court of Cassation has been evaluated separately in terms of Civil and Criminal Chambers.

Makalede genel olarak Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Karar ve bu Karar'a dayalı olarak çıkarılan Tebliğler bazında 13.09.2018 tarihinde bu Karar ve Tebliğler'de yapılan değişikliğin yürürlüğe girmesiyle meydana gelen değişikliğin Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Kararlarında nasıl yer bulduğu öncelikle konu hakkında kısa bilgiler verilerek açıklanmaya çalışılmıştır.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELER

Decree No. 32, Foreign Currency, Prohibition To Conclude Contracts.

32 Sayılı Karar, Yabancı Para, Sözleşme Akdetme Yasağı.

I. INTRODUCTION

The regulation dated 13.09.2018 is important for the implementation of the Decree No. 32 on the Protection of the Value of Turkish Currency ("Decree")¹. As a matter of fact, with the introduction of the prohibition of concluding contracts in foreign currency or indexed to foreign currency, significant changes have occurred in terms of contracts that are frequently encountered in daily life. It is obvious that an amendment with such consequences will have an important place in judicial decisions. In general, the implementation of the introduced regulation differs between the Civil and Criminal Chambers of the Court of Cassation. In terms of the Civil Chambers, the prohibition of concluding contracts in foreign currency or indexed to foreign currency is examined in terms of the nature of the provisions, the scope of adaptation and exceptions, and in terms of the Criminal Chambers, the administrative fines imposed for violating the Law on the Protection of the Value of Turkish Currency are examined in terms of whether they are in compliance with the law.

I. GİRİŞ

Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Karar'ın ("Karar")¹ uygulanması bakımından 13.09.2018 tarihli düzenleme önem taşımaktadır. Nitekim dövizle veya dövize endeksli olarak sözleşme kurma yasağının getirilmesiyle beraber günlük hayatta sıkça karşılaşılan sözleşmeler bakımından önemli değişiklikler meydana gelmiştir. Bu tür sonuçları olan bir değişikliğin yargı kararlarında önemli bir yer tutacağı aşikardır. Genel olarak getirilen düzenlemenin uygulanması Yargıtay'ın Hukuk ve Ceza Daireleri açısından farklılık göstermektedir. Hukuk Daireleri bakımından dövizle veya dövize endeksli olarak sözleşme kurma yasağı; hükümlerin niteliği, uyarılmanın kapsamı ve istisnaları açısından incelenmekte, Ceza daireleri açısından ise genel olarak Türk Parası Kıymetini Koruma Kanunu'na muhalefet sebebiyle verilen idari para cezalarının hukuka uygun olup olmadığı bakımından irdeleme yapılmaktadır.



II. APPLICATION OF DECREE NO. 32 FOR THE CIVIL COURTS

First of all, it will be necessary to briefly mention the amendments made. Article 1 of the Decree Amending the Decree No. 32 on the Protection of the Value of Turkish Currency published in the Official Gazette on 13.09.2018 added subparagraph (g) to Article 4 of the Decree No. 32 on the Protection of the Value of Turkish Currency²:

"g) Except for the cases determined by the Ministry, the contract price and other payment obligations arising from these contracts cannot be determined in foreign currency or indexed to foreign currency in all kinds of movable and immovable property and real estate leasing, leasing, including movable and immovable property purchase and sale, vehicle and financial leasing, leasing and employment, service and work contracts between residents in Türkiye."

This regulation (Art. 4/g) is a limitation of the freedom of contract (within the scope of the Turkish Code of Obligations) introduced by "Law". However, the President derives this authorization from the Law on the Protection of the Value of Turkish Currency.

II. HUKUK DAİRELERİ BAKIMINDAN 32 SAYILI KARAR'IN UYGULANMASI

İlk olarak yapılan değişikliklerden kısaca bahsetmek gerekecektir. 13.09.2018 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar'ın 1. maddesi ile Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar'ın 4'üncü maddesine (g) bendi eklenmiştir²:

"g) Türkiye'de yerleşik kişilerin, Bakanlıkça belirlenen haller dışında, kendi aralarındaki menkul ve gayrimenkul alım satım, taşıt ve finansal kiralama dâhil her türlü menkul ve gayrimenkul kiralama, leasing ile iş, hizmet ve eser sözleşmelerinde sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılamaz".

Söz konusu düzenleme (m.4/g), sözleşme özgürlüğünün (Türk Borçlar Kanunu kapsamında) "Kanun" ile getirilmiş bir sınırlamasıdır. Zira Cumhurbaşkanı bu yetkiyi Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'dan almaktadır.

DİPNOT

¹ 11/8/1989 tarih ve 20249 sayılı Resmi Gazete (RG).

² 13 Eylül 2018 Tarihli ve 30534 Sayılı Resmi Gazete (RG).

FOOTNOTE

¹ 11.08.1989 tarih ve 20249 sayılı Resmi Gazete (RG).

² 13 Eylül 2018 Tarihli ve 30534 Sayılı Resmi Gazete (RG).

PART 14

The Regulation firstly prohibits the determination of the contract price in foreign currency and foreign currency indexed for certain contracts and persons. In addition, it is stipulated that the prices of some contracts concluded before the entry into force of the regulation must be re-agreed in Turkish currency.

Provisional Article (8) added to the Decree No. 32 with Article 2 of the Amending Decree reads as follows: "Within thirty days from the date of entry into force of subparagraph (2) of Article 4 of this Decree, the prices specified in the said subparagraph and agreed in foreign currency in the contracts previously concluded in force, except for the cases determined by the Ministry, shall be re-determined by the parties in Turkish Currency." The Communiqué Amending the Communiqué on the Decree No. 32 on the Protection of the Value of Turkish Currency was published in the Official Gazette dated 06. 10.2018 and numbered 30557. The aforementioned amendment specifies which contracts will be subject to this prohibition, as well as its scope and exceptions.

Although the regulation in Article 8 of the Communiqué is open to criticism in terms of systematics, it draws the limits of the prohibition in general. The relevant article governs the "prohibition of determining the contract price and other contractual payment obligations in foreign currency or foreign currency value records" as well as the exceptions to this prohibition for certain types of contracts and contracting parties.

Düzenleme ile ilk olarak bazı sözleşme ve kişiler bakımından döviz ve dövize endeksli olarak sözleşme bedeli kararlaştırılması yasaklanmıştır. Bunun haricinde düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önceki zaman diliminde akdedilen bazı sözleşmelerin bedellerinin Türk parası olarak yeniden kararlaştırılması gerektiği öngörülmüştür.

Değişiklik yapan Karar'ın 2. maddesi ile 32 Sayılı Karar'a eklenen Geçici madde (8) "Bu kararın 4'üncü maddesinin (2) bendinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren otuz gün içinde, söz konusu bentte belirtilen ve daha önce akdedilmiş yürürlükteki sözleşmelerdeki döviz cinsinden kararlaştırılmış bulunan bedeller, Bakanlıkça belirlenen haller dışında, Türk Parası olarak taraflarca yeniden belirlenir" şeklinde olup; söz konusu belirlemeye yönelik Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ, 06.10.2018 tarihli ve 30557 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Anılan değişiklik ile hangi sözleşmeler bakımından bu yasağın uygulanacağı, kapsamı ve istisnaları belirlenmiştir.

Tebliğin 8. maddesinde yapılan düzenleme sistematik açıdan eleştiriye açık olsa da yasağın genel olarak sınırlarını çizmektedir. İlgili maddede belirli sözleşme tipleri ve belirli sözleşme tarafları için "yabancı para veya yabancı para değer kaydı üzerinden sözleşme bedeli ve diğer sözleşmesel ödeme yükümlerini belirleme yasağını" ve bu yasağın istisnalarını düzenler.

Regarding Decree No. 32, the most frequently encountered situation in judicial decisions is about the nature of the provisions. The doctrine criticizes the opinion of the Court of Cassation and states that it is legally inaccurate. Firstly, it will be useful to examine the approach of the Court of Cassation in terms of the nature of the judgment.

A. Decree No. 32 on the Protection of the Value of Turkish Currency and the Nature of the Provisions in the Communiqué on Decree No. 32 on the Protection of the Value of Turkish Currency

In terms of the Decree No. 32 on the Protection of the Value of Turkish Currency and the Communiqué on the Decree No. 32 on the Protection of the Value of Turkish Currency issued by the Ministry of Treasury and Finance pursuant to this Decree ("Notification")³ and the Law No. 1567 on the Protection of the Value of Turkish Currency ("Law")⁴, it is controversial what the sanction will be in case of violation of the prohibition of determining the contract price in foreign currency or indexed to foreign currency. In a decision of the Court of Cassation, it was requested to decide on eviction as a result of an enforcement proceeding filed in foreign currency, and it was observed that the approach of the Court of First Instance, the Regional Court of Justice and the Court of Cassation was in the same direction.

Article 3 of the Law contains a special provision, which stipulates an administrative fine as the sanction for violation of the general and regulatory actions to be taken by the President in accordance with the Law, and does not mention any other sanction. The prevailing view in the doctrine is that the sanction of definitive nullity can be applied in the cases listed in the law and that the provisions regarding this sanction should be interpreted narrowly and its scope should not be increased by broad interpretation⁵. If there is a hesitation to apply the sanction of nullity, it is stated that the interpretation method in the direction of not being deemed null and void should be prioritized in order to keep the transaction alive.

Court of Cassation opinion is not in line with the prevailing view. In its decisions, the Court of Cassation generally imposes the sanc-

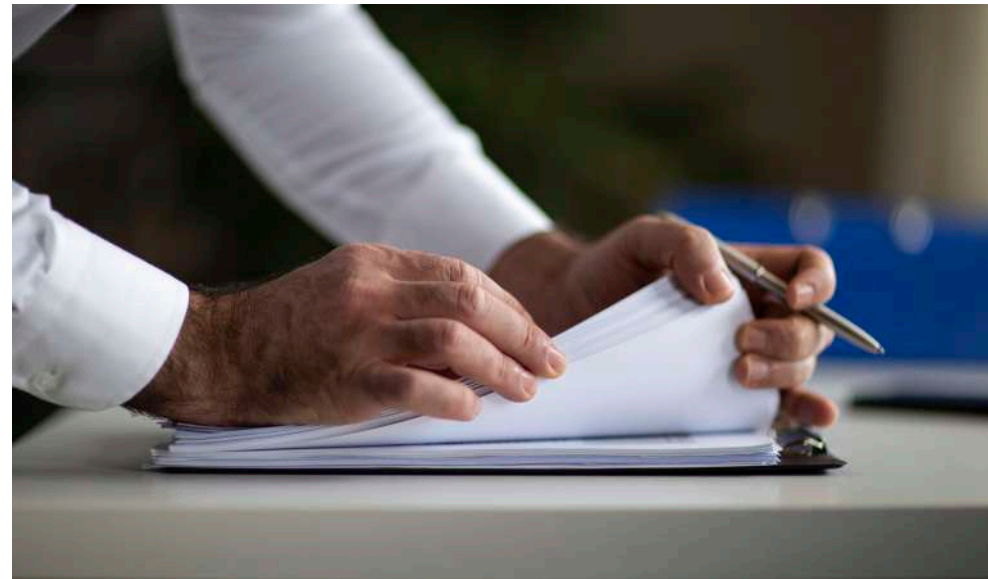
32 sayılı Karar bakımından Yargı kararlarında sıkça karşılaşılan durum hükümlerin niteliği hakkındadır. Zira doktrinde Yargıtay'ın görüşü eleştirilmekte ve hukuki açıdan isabetsiz olduğu ifade edilmektedir. Öncelikle hükümün niteliği bakımından Yargıtay'ın yaklaşımını incelemekte fayda vardır.

A. 32 Sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Karar ve Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğdeki Hükümlerin Niteliği

Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar ve bu karar uyarınca Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ ("Tebliğ")³ ve Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 1567 Sayılı Kanun ("Kanun")⁴ bakımından Dövizle veya Dövizle Endeksli olarak Sözleşme bedeli kararlaştırma yasağının ihlali halinde yaptırımın ne olacağı hususu tartışmalıdır. Yargıtay'ın bir kararında yabancı para üzerinden açılan bir icra takibi neticesinde tahliye karar verilmesi talep edilmiş ve bu hususta İlk Derece Mahkemesi Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay yaklaşımının aynı doğrultuda olduğu görülmüştür.

Kanun'un 3. maddesinde özel bir düzenlemeye yer verilmiş olup Kanun doğrultusunda Cumhurbaşkanı'nca yapılacak genel ve düzenleyici işlemlere aykırılığın yaptırımını idari para cezası olarak belirlenmiş ve bunun haricinde herhangi bir yaptırımdan bahsedilmemiştir. Doktrindeki hakim görüş kesin hükümsüzlük yaptırımının kanunda sayılan hallerde uygulanabileceği ve bu yaptırıma ilişkin hükümlerin dar yorumlanması ve geniş yorum yöntemiyle kapsamının artırılmaması gerektiği yönündedir⁵. Eğer kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulamak konusunda tereddüt olursa bu bakımdan da işlemin ayakta tutulması için kesin hükümsüz sayılmama doğrultusundaki yorum yöntemine öncelik verilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Yargıtay'ın görüşü hakim görüşle aynı doğrultuda değildir. Yargıtay genel olarak kararlarında Karar'a ve Tebliğ'e aykırı olarak sözleşme kurulması durumunda kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulamakta ve sözleşmeye dayanarak bedel dolayısıyla



FOOTNOTE

³ 28.02.2008 ve 26801 sayılı Resmi Gazete (RG).

⁴ 25.02.1930 tarihli ve 1433 sayılı Resmi Gazete (RG).

⁵ Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması, **Murat Topuz**, 01.01.2019, p. 69.

DİPNOT

³ 28.02.2008 ve 26801 sayılı Resmi Gazete (RG).

⁴ 25.02.1930 tarihli ve 1433 sayılı Resmi Gazete (RG).

⁵ Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması, **Murat Topuz**, 01.01.2019, s. 69.

PART 14

tion of nullity in the event that a contract is concluded in violation of the Decree and the Communiqué and does not allow any claim for consideration based on the contract. However, if the debate on the appropriateness of such a sanction is cast aside, the sanction of nullity mentioned herein may only be in question in terms of the agreed consideration. In other words, it cannot be interpreted that all provisions of the contracts concluded in violation of the prohibition of fixing consideration in foreign currency or indexed to foreign currency will be subject to the sanction of nullity⁶.

B. Being Related to Public Order

In terms of the enforcement and duration of the Decree, the adaptation provision is foreseen for the contracts concluded until the entry into force of the Decree, and the Communiqué is also excluded from the scope of the prohibition in terms of overdue receivables, and in the relevant cases, it is stated that the parties may claim these rights before the court, since the determination of the prices in the contract in foreign currency or indexed to foreign currency will not constitute a violation of public order. In this regard, the decision of the Court of Cassation that the objections made in this direction are not deemed to be grounds for reversal is as follows:

"...Although it is stated in the decision that the content of the contract subject to the lawsuit is not among the contracts within the scope of the communiqué on the Decree No. 32 on the protection of the value of Turkish Currency, the said communiqué states that there is a prohibition on transactions in foreign currency in contracts of work..."

...the defendant's objections within the scope of the communiqué regarding the Decree No. 32 on the protection of the value of Turkish currency were not deemed acceptable due to the nature of the contract..." (6. HD., E. 2023/1588 K. 2023/2370 T. 14.6.2023)

The Court of Cassation ruled;

"...12.09.2018 dated Presidential Decree Amending the Decree No. 32 on the Protection of the Value of Turkish Currency published in the Official Gazette dated 12.09.2018, Communiqué Amending the

hak iddia edilmesine müsaade etmemektedir. Ancak böyle bir yaptırımın yerindeliği tartışması bir kenara bırakılacak olursa burada bahsedilen kesin hükümsüzlük yaptırımı sadece kararlaştırılan bedel açısından söz konusu olabilecektir. Eş deyişle dövizle veya dövize endeksli olarak bedel kararlaştırma yasağına aykırı olarak kurulan sözleşmelerin tüm hükümlerinin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı şeklinde yorumlanamaz⁶.

B. Kamu Düzenine İlişkin Olma

Karar'ın yürürlüğü ve süre bakımından Karar'ın yürürlüğe girmesine kadar akdedilen sözleşmeler için uyarılma hükmü öngörülmuş olup bunun haricinde gecikmiş alacaklar açısından da Tebliğ yasak kapsamı dışında tutulmuş, ilgili hallerde sözleşmedeki bedellerin yabancı para veya yabancı paraya endeksli olarak kararlaştırılması kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceği için tarafların mahkeme önünde bu haklarını talep edebilecekleri belirtilmiştir. Buna ilişkin olarak Yargıtay'ın bu doğrultuda yapılan itirazları bozmaya şayan görmediğine dair kararı şu şekildedir:

"...kararda, dava konusu sözleşmenin içeriğinin Türk Parası kıymetini koruma hakkında 32 sayılı karara ilişkin tebliğ kapsamındaki sözleşmelerden olmadığı belirtilmiş ise de, söz konusu tebliğde eser sözleşmelerinde dövizle işlem yapma yasağının bulunduğu nu..."

...davalının Türk parası kıymetini koruma hakkında 32 sayılı karara ilişkin tebliğ kapsamındaki itirazları sözleşmenin niteliği itibarıyla kabule şayan görülmemiştir..." (6. HD., E. 2023/1588 K. 2023/2370 T. 14.6.2023).

Yargıtay ilgili kararında;

"...12.09.2018 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanı Kararı, 06.10.2018 tarihli Resmi Gazete'de Yayınlanan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ, 16.11.2018 tarihli Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin

Communiqué on the Decree No. 32 on the Protection of the Value of Turkish Currency published in the Official Gazette dated 16.11.2018, the Communiqué on the Amendment to the Communiqué on the Decree No. 32 on the Protection of the Value of Turkish Currency, the Announcement of the Ministry of Treasury and Finance dated 13.10.2020 and the current legal legislation, in which it is explained how to determine the contract price in foreign currency, Article 26 of the TCO; "The parties may freely determine the content of a contract within the limits stipulated by law." and in Article 27/1 of the same law; it is regulated that contracts that are contrary to the mandatory provisions of the law, morality, public order, personal rights or whose subject matter is impossible will be null and void, with the amendment made in 2018 in the legislation put into force in order to protect the value of the Turkish currency, it is aimed to protect the economic public order by limiting the freedom to make contracts in foreign currency and indexed to foreign currency, and this situation should be taken into consideration by the courts ex officio, ..." (12. HD., E. 2023/2188 K. 2023/3418 T. 16.5.2023).

The Court of Cassation considered the relevant regulation as a matter of public order and ruled that it should be applied ex officio. As it can be seen, the Court of Cassation considers the amendment to be related to economic public order and subjects it to the sanction of final nullity pursuant to the TCO.

In another decision in the same direction, the Court of Cassation referred to the provisions on how to determine the price in the event that the contracts are within the scope of the prohibition in the context of the Communiqué, and then, by referring to Articles 26 and 27 of the TCO, reversed the decision of the Court of First Instance that the reasons that could not be raised as an objection to the enforcement proceedings would not be taken into consideration in the court, and decided that the regulation should be taken into consideration ex officio by the court since it concerns the economic public order:

"...When the above-mentioned legal regulations are evaluated as a whole, in the concrete case, it is understood that a fixed-term lease agreement was signed between the parties between 30/12/2010-30/12/2020, it was agreed to pay the contract price as 50.000 Euros each year, upon the extension of the con-

Tebliğ'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ, Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın 13.10.2020 tarihli Duyurusu ve meri yasal mevzuat karşısında döviz cinsinden sözleşme bedelinin ne şekilde belirleneceğinin açıklandığı, TBK'nın 26'ncı maddesinde; "Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler." hükmüne yer verilmekle aynı kanunun 27/1. maddesinde ise; kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağına düzenlendiği, Türk parasının kıymetinin korunması amacıyla yürürlüğe konulan mevzuatta 2018 yılında yapılan değişiklik ile döviz cinsinden ve dövize endeksli olarak sözleşme yapma özgürlüğüne sınırlama getirilmekle ekonomik kamu düzeninin korunmasının amaçlandığı, bu durumun mahkemelerce resen dikkate alınması gerektiği,..." (12. HD., E. 2023/2188 K. 2023/3418 T. 16.5.2023) belirterek ilgili düzenlemeyi kamu düzeninden saymış ve re'sen uygulanması gerektiğine hükmetmiştir. Görüldüğü üzere Yargıtay getirilen değişikliği ekonomik kamu düzenine ilişkin görmekte ve TBK uyarınca kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutmaktadır.

Aynı doğrultuda bir başka karar olarak Yargıtay Tebliğ bağlamında sözleşmelerin yasak kapsamında olması durumunda bedelin nasıl belirleneceğine yönelik hükümlere değinmiş ardından TBK m. 26 ve 27'ye atf yaparak icra takibine itiraz olarak ileri sürülemeyen sebeplerin mahkemede dikkate alınmayacağına yönelik verilen İlk Derece Mahkemesi kararını bozmuş ve düzenlemenin ekonomik kamu düzenini ilgilendirdiğinden mahkemece re'sen dikkate alınmasına karar vermiştir:

"...Yukarıda bahsedilen yasal düzenlemeler bütün olarak değerlendirildiğinde somut olayda, taraflar arasında 30/12/2010-30/12/2020 tarihleri arası belirli süreli kira sözleşmesi imzalandığı, sözleşme bedelinin her yıl 50.000 Euro olarak ödenmesi kararlaştırıldığı, sözleşme süresinin taraflarca uzatılması üzerine kiraya veren alacaklının 31/12/2020-30/12/2021 tarihli kira döneminden eksik kalan 15.687,12 Euro kira alacağı'nın ödenmesini talep ettiği taraflar arasında kira bedelinin ödenmesi konusunda mutabakata varılmadığı anlaşılmaktadır.

O halde mahkemece ilk'nun 63. maddesi uyarınca icra dairesinde ileri sürülmeyen sebeplerin yargılamada dinlenemeyeceğinin

DİPNOT

⁶ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin Döviz Cinsinden Sözleşme Düzenleme Kısıtlamasına Dair Kararı, **Erkan Yetkiner/** Tufan Sevim, 08.11.2023.

FOOTNOTE

⁶ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin Döviz Cinsinden Sözleşme Düzenleme Kısıtlamasına Dair Kararı, **Erkan Yetkiner/** Tufan Sevim, 08.11.2023.

PART 14

tract period by the parties, the lessor creditor requested the payment of the rent receivable of 15.687,12 Euros missing from the lease period dated 31/12/2020-30/12/2021, and it is understood that the parties did not reach an agreement on the payment of the rent.

In that case, the reasoning that the court cannot examine the foreign currency indexed rent subject to the proceedings since the reasons that are not put forward in the execution office cannot be heard in the proceedings pursuant to Article 63 of the Enforcement and Bankruptcy Law is erroneous. While this change related to public order should be evaluated and a decision should be made according to the result to be formed...“(12. HD., E. 2022/6469 K. 2022/9954 T. 6.10.2022)

Although the Court of Cassation states that the prohibition introduced by the Decree No. 32 concerns the economic public order and applies the provisions of Article 26 of the TCO on the content of contracts and Article 27 of the TCO on the nullity of provisions contrary to public order, this does not result in the complete annulment of the contract. As a matter of fact, pursuant to Article 27/2 of the TCO, the invalidity of some provisions of the contract shall not affect the validity of the others. In this respect, in the context of the Decree, in cases where the contract price is required to be converted into Turkish Currency, only the provisions of the contract listed in the context of price and other payment obligations shall be attributed invalidity⁷. In the decision of the Court of Cassation upholding a decision of the Court of First Instance in this respect, the Court of First Instance stated as follows:

“...Although the defendant debtor has claimed that the lease agreement has become invalid within the scope of Provisional Article 8 of the Decree No. 32 on the Protection of the Value of Turkish Currency at the stage of the lawsuit, Provisional Article 8 of the aforementioned decision will not give the defendant debtor the right to use the immovable subject to the contract as a tenant without making any rent payment, and if the defendant party claims that the arrangement regarding the rental price is invalid pursuant to the aforementioned decision, he must pay the rental price determined by him based on objective principles to the defendant creditor, However, the defendant only asserts the invalidity of the arrangement regarding

den takibe konu dövize endeksli kira bedeli konusunda inceleme yapılamayacağı gerekçesi hatalıdır. Kamu düzeni ile ilgili bu değişikliğin değerlendirilmesi ile oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekir...” (12. HD., E. 2022/6469 K. 2022/9954 T. 6.10.2022)

Her ne kadar Yargıtay, 32 sayılı karar ile uygulamaya konulan yasağın ekonomik kamu düzenini ilgilendirdiğini söylese ve bu hususta TBK m. 26’daki sözleşmelerin içeriği kısmına ve m. 27’deki kamu düzenine aykırı hükümlerin kesin hükümsüz olduğuna dair hükümleri uygulasa da bu sözleşmenin tamamen ortadan kalkması sonucunu doğurmamaktadır. Nitekim TBK m. 27/2 uyarınca sözleşmenin bir kısım hükümlerinin geçersiz olması diğerlerinin geçerliliğini etkilemeyecektir. Bu açıdan Karar bağlamında sözleşme bedelinin Türk Parasına çevrilmesi gereken hallerde sözleşmenin sadece bedel ve diğer ödeme yükümlülükleri bağlamında sayılan hükümlere geçersizlik atfedilecektir⁷. Yargıtay’ın bu doğrultuda verilmiş bir İlk Derece Mahkemesi kararını onayladığı kararında İlk Derece Mahkemesi’nin ifadesi şu şekildedir:

“...davalı borçlu her ne kadar dava aşamasında Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararın Geçici 8. maddesi kapsamında kira sözleşmesinin geçersiz hale geldiği iddiasında bulunmuş ise de, bahsi edilen kararın geçici 8.maddesinin davalı borçluya herhangi bir kira ödemesi yapmaksızın sözleşmeye konu taşınmazı kiracı olarak kullanma hakkını vermeyeceği, davalı taraf bahsini ettiği karar uyarınca kira bedeline ilişkin düzenlemenin geçersiz olduğu iddiasında ise kendisince objektif esaslara dayalı olarak belirlediği kira bedelini davacı alacaklıya ödemesi gerektiği, ancak davalı tarafın yalnızca kira bedeline dair düzenlemenin geçersizliğini ileri sürüp, ne icra dosyalarına sunduğu itirazlarında ne de mahkemeye sunmuş olduğu cevap dilekçesindeki ve duruşmalarda bulunduğu sözlü beyanlarında takibe konu edilen aylara ilişkin kira ödemelerine yönelik olarak kanunun aradığı şekilde noterlikçe re’sen tanzim veya imzası tasdik edilmiş veya alacaklı tarafından ikrar olunmuş bir belgeyi ortaya koyamadığı...” (12. HD., E. 2023/2761 K. 2023/2950 T. 2.5.2023).

Yargıtay’ın kamu düzeni konusundaki içtihatları istikrar kazanmış olup aynı sebeple oluşan uyuşmazlıklar bakımından kamu düzeninden taviz vermemektedir. Bu hu-

the rental fee, and neither in its objections to the execution files, nor in its reply petition submitted to the court, nor in its oral statements in the hearings, it has not been able to present a document that has been issued ex officio by the notary public or whose signature has been certified or acknowledged by the creditor as required by the law for the rental payments for the months subject to the proceedings...”(12. HD., E. 2023/2761 K. 2023/2950 T. 2.5.2023).

The Court of Cassation jurisprudence on public order has stabilized and does not compromise on public order in disputes arising for the same reason. Another decision in this regard is as follows: (12. HD., E. 2023/3250 K. 2023/3755 T. 29.5.2023).



As another issue, the determination of the scope of the prohibition is also included in the decisions of the Court of Cassation. In a Court of Cassation decision, the price part of the bill of exchange, which was signed and delivered to the creditor in blank, was filled in foreign currency and enforcement proceedings were initiated based on this. The Court of First Instance ruled that there was no legal impediment to the enforcement proceedings based on the bill of exchange whose price was determined in foreign currency. Subsequently, this decision was upheld by the Regional Court of Justice and the Court of Cassation. In general, it should be mentioned that pursuant to subparagraph 21 of Article 8 of the

susta bir diğer karar da şudur: (12. HD., E. 2023/3250 K. 2023/3755 T. 29.5.2023).

Bir diğer husus olarak yasağın kapsamının ne şekilde belirleneceği de Yargıtay kararlarında yer almaktadır. Bir Yargıtay kararında alacaklıya imza atılarak ve boş olarak teslim edilen senedin bedel kısmı yabancı para üzerinden doldurulmuş ve buna dayalı olarak icra takibi başlatılmıştır. Bunun üzerine açılan takibin iptali davasında İlk Derece Mahkemesi bedeli yabancı para olarak belirlenmiş kambiyo senedine dayalı olarak takip yapılmasında yasal olarak herhangi bir engel bulunmadığına hükmetmiştir. Sonrasında bu karar Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay’ca onanmıştır. Genel olarak bahsetmek gerekir ki Tebliğ’in 8. maddesinin

21. bendi uyarınca yabancı para üzerinden veya yabancı paraya endeksli olarak sözleşme bedeli kararlaştırılmayan durumlarda akdedilecek sözleşmeden doğacak borçların ifasına yönelik olarak düzenlenecek kıymetli evrakların bedelleri yasak kapsamına alınmıştır⁸.

“(21) Bu madde uyarınca sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılmayan sözleşmeler kapsamında düzenlenecek kıymetli evraklarda yer alan bedellerin döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak belirlenmesi mümkün değildir. Ancak, 32 sayılı Kararın Geçici 8 inci maddesinin yürürlüğe

DİPNOT

⁷ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin Döviz Cinsinden Sözleşme Düzenleme Kısıtlamasına Dair Kararı, Erkan Yetkiner/Tufan Sevim, 08.11.2023.

⁸ Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ Kapsamında Döviz Cinsinden Ve Döviz Endeksli Sözleşmelerin Hukuki Durumunun Değerlendirilmesi, Berfu Yalçın, Beyza Büyükağaçcı, 07.06.2022.

FOOTNOTE

⁷ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin Döviz Cinsinden Sözleşme Düzenleme Kısıtlamasına Dair Kararı, Erkan Yetkiner/Tufan Sevim, 08.11.2023.

PART 14

Communiqué, the prices of negotiable instruments to be issued for the performance of the obligations arising from the contract to be concluded in cases where the contract price cannot be agreed in foreign currency or indexed to foreign currency are included within the scope of the prohibition⁸.

“(21) Pursuant to this article, it is not possible to determine the prices in foreign currency or indexed to foreign currency in the negotiable instruments to be issued within the scope of contracts where the contract price and other payment obligations arising from these contracts cannot be determined in foreign currency or indexed to foreign currency. However, negotiable instruments within this scope, which were issued and put into circulation before the effective date of Provisional Article 8 of Decree No. 32, are exempt from the provision of the said provisional article”.

Exceptions were listed in the second sentence. However, in the case in the decision of the Court of Cassation, it was not mentioned that there was a contract between the parties in foreign currency or indexed to foreign currency, and the lawsuit was filed based solely on the determination of the bond price in foreign currency and therefore the lawsuit was dismissed. Because there is no provision in the legislation stating that negotiable instruments cannot be issued directly in foreign currency:

“...Within the scope of Article 4/g of the Presidential Decree No. 32 on the Protection of the Value of Turkish Currency and the communiqué issued within the scope of the provisional Article 8 of the same decision and the communiqué on the amendment of this communiqué and within the framework of the above-mentioned articles of law, there is no legislation preventing the parties from issuing a bill of exchange in foreign currency and placing this bill of exchange in the proceeding, the bond on which the proceeding is based has legal elements, and there is no procedural and legal violation in the enforcement proceeding specific to the bills of exchange initiated against the debtor...” (12. HD., E. 2022/7737 K. 2023/179 T. 12.1.2023).

girdiği tarihten önce düzenlenmiş ve dolaşıma girmiş bulunan bu kapsamdaki kıymetli evraklar anılan geçici madde hükmünden istisnadır”.

İkinci cümlede de istisna haller sayılmıştır. Ancak Yargıtay kararındaki durumda taraflar arasında dövizle veya dövize endeksli olarak sözleşme bulunduğu bahsedilmemiş olup salt bono bedelinin yabancı para üzerinden belirlenmesine dayalı olarak dava açılmış ve bu sebeple dava reddedilmiştir. Zira mevzuatta doğrudan yabancı para üzerinden kıymetli evrak düzenlenemeyeceğine dair hüküm bulunmamaktadır:

“...Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararının 4/g maddesi ve aynı kararın geçici 8. maddesi kapsamında çıkartılan tebliğ ve bu tebliğde değişiklik yapılması hakkındaki tebliğ kapsamında ve az yukarıda belirtilen yasa maddeleri çerçevesinde tarafların yabancı para cinsinden kambiyo senedi düzenlemelerini ve bu kambiyo senedini takibe koymalarını engelleyen bir mevzuat bulunmadığı, takip dayanağı bononun yasal unsurları taşıdığı, borçlu hakkında başlatılan kambiyo senetlerine özgü icra takibinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmadığından...” (12. HD., E. 2022/7737 K. 2023/179 T. 12.1.2023).

C. Analysis in terms of Lease Agreements

The prohibition on the conclusion of contracts in foreign currency introduced with the amendment of the Decree regulates many types of contracts. However, some types of contracts are more common in the practice of the Court of Cassation. The application of the Decree in terms of lease agreements constitutes the majority decisions of the Court of Cassation.

In the context of Decree No. 32, lease agreements are classified within themselves and are not included within the scope of the prohibition as a whole. Namely, it is prohibited to determine the price and other obligations of the agreements in foreign currency for immovable leases. However, pursuant to paragraph 10 of Article 8 of the Communiqué, it is possible to determine the contract price and other obligations arising from the contract in foreign currency or indexed to foreign currency for movable leases, except for vehicle leases. In this respect, it should be noted that the lease agreements in the Court of Cassation decisions to be examined below are immovable lease agreements.

Pursuant to the regulation introduced by the second paragraph of Article 8 of the Communiqué, the contract price and other contractual obligations in real estate leasing transactions cannot be determined in foreign currency or indexed to foreign currency. In this respect, the provisional Article 8 of the Decree stipulates that the adaptation shall be made within 30 days from the effective date⁹. How the adjustment will be made is specified in paragraphs 29 and 30 of Article 8 of the Communiqué. This matter is explained within the context of the Communiqué's provisions in a great ruling from the Court of Cassation that demonstrates how the adjustment will be made:

“...In Article 1 of the section titled “Special Conditions” of the lease agreement, which was concluded between the parties on 01/02/2014 and whose performance continues as of the date of the lawsuit; At the end of the first five years, the rental fee will be paid annually in TL equivalent to net \$120,000 per year.”, it is obligatory to re-determine this rental fee, which is determined in foreign currency indexed, according to Turkish Lira, and since the parties to the

C. Kira Sözleşmeleri Bakımından İnceleme

Karar'ın değiştirilmesi ile birlikte getirilen dövizle sözleşme kurma yasağı birçok sözleşme türü bakımından düzenleme getirmektedir. Ancak Yargıtay uygulamasında bazı sözleşme tipleri daha yaygındır. Kira sözleşmeleri bakımından Karar'ın uygulanması Yargıtay kararlarında çoğunluğu oluşturmaktadır.

32 sayılı Karar bağlamında kira sözleşmeleri kendi içinde tasniflenmiştir ve bir bütün olarak yasak kapsamına alınmamıştır. Şöyle ki taşınmaz kiralarda sözleşmelerin bedel ve diğer yükümlülüklerinin yabancı para cinsinden kararlaştırılması yasaklanmıştır. Ancak Tebliğ'in 8. maddesinin 10. fıkrası uyarınca taşıt kiralari haricinde menkul kiralari için sözleşme bedelinin ve sözleşmeden kaynaklanan diğer yükümlülüklerin döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılması mümkündür. Bu bakımdan aşağıda incelenecek Yargıtay kararlarındaki kira sözleşmelerinin taşınmaz kira sözleşmesi olduğu ayrıca belirtilmelidir.

Tebliğ'in 8. maddesinin ikinci fıkrası ile getirilen düzenleme uyarınca gayrimenkul kiralama işlemlerinde sözleşme bedeli ve sözleşmeden kaynaklanan diğer yükümlülükler döviz cinsinden veya dövize endeksli belirlenemez. Bu bakımdan Karar'ın geçici 8. maddesinde yürürlükten itibaren 30 gün içinde uyarılmanın yapılacağı öngörülmüştür. Uyarılmanın nasıl yapılacağı ise Tebliğ'in 8. maddesinin 29 ve 30. fıkralarında belirtilmiştir⁹. Uyarılmanın nasıl yapılacağını gösteren örnek niteliğinde bir Yargıtay kararında da bu husus Tebliğ hükümleri çerçevesinde açıklanmıştır:

“...taraflar arasında 01/02/2014 tarihinde akdedilen, dava tarihi itibarıyla ifası devam etmekte olan kira sözleşmesinin “Özel Şartlar” başlıklı kısmının 1 inci maddesindeki; ilk beş yıl bitiminde kira bedelinin yıllık net 120.000 \$ karşılığı TL yıllık olarak ödenecektir.” şeklinde dövize endeksli olarak belirlenen bu kira bedelinin Türk Lirasına göre yeniden belirlenmesinde zorunluluk olmakla sözleşme taraflarınca bu konuda mutabakata varılarak yeniden belirleme yapılmadığından ilk derece mahkemesince yukarıda belirtilen ilgili mevzuat hükümleri uyarınca değerlendirme yapıp gerekirse alanında uzman bilirkişi raporu alınmak suretiyle sözleşmede dövize endeksli ola-

FOOTNOTE

⁸ Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ Kapsamında Döviz Cinsinden Ve Dövize Endeksli Sözleşmelerin Hukuki Durumunun Değerlendirilmesi, Berfu Yalçın, Beyza Büyükağaçcı, 07.06.2022.

⁹ Dövizle (Kira) Sözleşme Yapma Yasağı, Kulaçoğlu Hukuk Bürosu, 2023.

DİPNOT

⁹ Dövizle (Kira) Sözleşme Yapma Yasağı, Kulaçoğlu Hukuk Bürosu, 2023.

PART 14

contract have not made a redetermination by reaching an agreement on this issue, the court of first instance should make an evaluation in accordance with the provisions of the relevant legislation mentioned above and, if necessary, by obtaining an expert report in the field, a decision should be made by redetermining the rental fee determined in foreign currency indexed in the contract in Turkish currency to be valid as of 01/02/2019, while the court of first instance should make a decision by redetermining the rental fee determined in foreign currency indexed in the contract in Turkish currency to be valid as of 01/02/2019, but ruling to dismiss the case with incomplete examination..."(3. HD., E. 2021/1139 K. 2021/11528 T. 16.11.2021).

As a result, the Court of Cassation reversed the decision of the Court of First Instance as the adaptation, which should have been made within 30 days, was not made in the concrete case and stated that if the adaptation is not made, the adaptation should be made by means of an expert in the lawsuit filed for the determination of the rent.

Apart from the adaptation, it is also necessary to examine the determination of the scope of the prohibition in terms of the person. In another decision, the Court of Cassation upheld the decision of the Regional Court of Justice, which examined the scope of the application of the Decree in terms of person and, as a result of the examination, decided that the parties were within the scope of the exception and were not subject to the prohibition of concluding contracts in foreign currency or indexed to foreign currency¹⁰:

"...the sole shareholder of the defendant tenant company is ...Taşımacılık Hizmetleri Ltd. Şti., ... the record shows that the shareholders of ...Taşımacılık Hizmetleri Ltd. Şti. are ...International Limited and Fratelli ... S.A., that the entire capital of the lessee company in the issue of dated 28.08.2019 and 11.10.2022. International Transportation Ltd. Şti, and the shareholders of this company are ... SPA and Fratelli ... S.A., therefore the lessee company is within the scope of the exemption regulated in paragraphs 3 and 19 of Article 8 of the Communiqué..." (12. HD., E. 2022/13113 K. 2023/1751 T. 16.3.2023).

rak belirlenen kira bedelinin 01/02/2019 tarihinden geçerli olmak üzere Türk parası cinsinden yeniden belirlenmesi suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle davanın reddine hükmedilmesi..."(3. HD., E. 2021/1139 K. 2021/11528 T. 16.11.2021).

Sonuç olarak 30 gün içinde yapılması gereken uyarılmanın somut olay bakımından yapılmamış olması üzerine Yargıtay, İlk Derece Mahkemesi'nin Kararını bozmuş ve uyarılma yapılmaması halinde kiranın tespiti amacıyla açılan davada uyarılmanın bilirkişi vasıtasıyla yapılması gerektiğini söylemiştir.

Uyarılmanın yapılmasından ayrı olarak yasağın kapsamının belirlenmesinin kişi bakımından incelenmesi de gerekmektedir. Bir diğer kararında ise Yargıtay, Karar'ın kişi bakımından uygulanması¹⁰ kapsamında inceleme yapan ve inceleme sonucunda tarafların istisna kapsamında olduklarına ve dövizle veya dövize endeksli olarak yabancı para üzerinden sözleşme akdetme yasağına tabi olunmadığına dair verilen Bölge Adliye Mahkemesi kararını onamıştır:

"...davalı kiracı şirketin tek pay sahibinin ...Taşımacılık Hizmetleri Ltd. Şti. olduğu, ... alınan kayıta ...Taşımacılık Hizmetleri Ltd. Şti.'nin ortaklarının ...International Limited ve Fratelli ... S.A. olduğu, kiracı şirketin'nin 28.08.2019 ve 11.10.2022 tarihli sayısında sermayesinin tamamının... Uluslararası Taşımacılık Ltd. Şti'ne ait olduğu, bu şirketin ortaklarının da ... SPA ve Fratelli ... S.A. olduğu, dolayısıyla kiracı şirketin Tebliğin 8. maddesinin 3. ve 19. fıkralarında düzenlenen istisna kapsamında bulunduğu..." (12. HD., E. 2022/13113 K. 2023/1751 T. 16.3.2023).

D. Exemptions

Although the Decree and the Communiqué issued by the Ministry prohibit the conclusion of contracts in foreign currency in some cases, receivables arising from previously concluded contracts are not included in the scope of the prohibition. Paragraph 31 provides exceptions for circulation of negotiable instruments, overdue receivables and deposits. Considering the strict stance of the Court of Cassation on this issue, it may be interpreted that even the good faith transferee of negotiable instruments issued in violation of the prohibition will not be protected¹¹.

Pursuant to the last paragraph of Article 8 of the Communiqué, "collected or overdue receivables, deposits given within the scope of real estate lease agreements and negotiable instruments put into circulation within the scope of the performance of the agreements" are excluded from the scope of the prohibition. However, the adaptation obligation still continues in terms of the contracts concluded. In a decision of the Court of Cassation, which was reversed by the Court of Cassation by stating that enforcement proceedings can be initiated based on overdue receivables arising from the contract price agreed in foreign currency or indexed to foreign currency, because overdue receivables are not included in the scope of the prohibition and therefore, it is not necessary to consider a situation that protects public order, the following statements are stated:

"...In the concrete case, it is understood that the rent amounts for the period dated

D. İstisnalar

Karar ve Bakanlıkça düzenlenen Tebliğ kapsamında bazı durumlarda yabancı para cinsinden sözleşme kurulması yasaklanmış olsa da önceden akdedilen sözleşmelerden kaynaklı doğan alacaklar yasak kapsamına dahil edilmemiştir. 31. fıkrada yer alan kıymetli evrakın dolaşıma girmesi, gecikmiş alacak ve depozito istisnaları belirtilmiştir. Bu hususta Yargıtay'ın katı tutumu değerlendirildiğinde yasağa aykırı olarak düzenlenmiş kıymetli evrakı iyi niyetle devralanın dahi korunmayacağı şeklinde bir yorum yapılabilecektir¹¹.

Tebliğ'in 8. maddesinin son fıkrası uyarınca "tahsili yapılmış veya gecikmiş alacaklar ile gayrimenkul kira sözleşmeleri kapsamında verilen depozitolar ve sözleşmelerin ifası kapsamında dolaşıma girmiş kıymetli evraklar" yasak kapsamından çıkarılmıştır. Ancak yapılan sözleşmeler bakımından uyarılma yükümlülüğü hala devam etmektedir. Yargıtay'ın, yabancı para üzerinden veya yabancı paraya endeksli olarak kararlaştırılmış sözleşme bedelinden doğmuş gecikmiş alacağa dayalı olarak icra takibi yapılabileceğini zira gecikmiş alacakların yasak kapsamına alınmadığını ve bu sebeple kamu düzenini koruyucu bir durumun gözetilmesi gerekmediğini ifade ederek bozduğu bir kararında şu ifadeler geçmektedir:

"...Somut olayda; alacaklı tarafından 01.01.2017 ve 01.01.2018 faiz başlangıç tarihli yıllık peşin ödenmesi gereken kira bedellerinin talep edildiği, davalı tarafından takibe dayanak kira sözleşmesindeki imzaya ayrıca ve açıkça itiraz edilmediği için taraflar arasın-

FOOTNOTE

¹⁰ Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması, **Murat Topuz**, 01.01.2019, p. 94.

¹¹ Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması, **Murat Topuz**, 01.01.2019, p. 42.

DİPNOT

¹⁰ Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması, **Murat Topuz**, 01.01.2019, s. 94.

¹¹ Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması, **Murat Topuz**, 01.01.2019, s. 42.

PART 14

01.01.2017 and 01.01.2018 are in the nature of overdue receivables, considering the fact that the rent amounts to be paid in advance on 01.01.2017 and 01.01.2018 are demanded by the creditor, the underlying lease agreement between the parties has become final in terms of the said follow-up since the defendant has not objected to the signature in the lease agreement based on the follow-up separately and explicitly, and the arrangement that the rent amount will be paid on January 1 of each year and in advance according to this agreement, it is understood that the rent amounts for the period dated 01/01/2017 and 01/01/2018 subject to follow-up are in the nature of overdue receivables....” (12. HD., E. 2021/9299 K. 2021/9545 T. 2.11.2021).

III. DECISIONS OF THE CRIMINAL COURTS IN TERMS OF THE IMPLEMENTATION OF DECREE NO. 32

The application of the Decision by the Criminal Chambers generally raises the issue of opposition to the Law on the Protection of the Value of Turkish Currency, and appeals against administrative fines imposed for this reason are decided. However, the fines arising from this opposition arise from different provisions and are not centred on a single issue similar to the Civil Chambers. In this respect, for each decision, an explanation on the subject will be given, provided that it is not duplicated, and then the parts to be considered in the decisions will be shown.

In general, the focus of the decisions is on the repatriation of export proceeds and the transportation of Turkish Lira abroad. Notification obligations and other obligations are generally mentioned in the relevant decisions.

A. Exportation of Foreign Currency and Turkish Lira and Notification

Pursuant to the Communiqué issued in the context of Decree No. 32, Article 4 stipulates the obligation of notification for the exportation of foreign currency in excess of a certain amount, and further stipulates that making false and misleading statements will be reported to the Public Prosecutor’s Office as a violation of the Law and action will be taken accordingly. In terms of the fines to

daki dayanak kira sözleşmesinin söz konusu takip bakımından kesinleştiği ve bu sözleşmeye göre kira bedelinin her yıl 1 Ocak günü ve peşin olarak ödeneceğine dair düzenleme dikkate alındığında, takip konusu 01/01/2017 ve 01/01/2018 tarihli döneme ait kira bedellerinin gecikmiş alacak niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır...” (12. HD., E. 2021/9299 K. 2021/9545 T. 2.11.2021).

III. 32 SAYILI KARARIN UYGULAMASI BAKIMINDAN CEZA DAİRELERİNİN KARARLARI

Karar’ın Ceza Daireleri tarafından uygulanması kısmında genel olarak Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Kanun’a muhalefet gündeme gelmekte olup, bu sebeple kesilen idari para cezalarına yönelik itirazlar karara bağlanmaktadır. Ancak bu muhalefetten kaynaklı cezalar farklı hükümlerden kaynaklanmakta olup Hukuk Dairelerine benzer şekilde tek bir konu üzerinde toplanmamaktadır. Bu bakımdan her bir karar için mükerrer olmamak kaydıyla konuya ilişkin açıklama verilecek ardından kararlarda dikkat edilmesi gereken kısımlar gösterilecektir.

Genel olarak kararların odağı yurda ihracat bedellerinin getirilmesi ve yurt dışına Türk Lirasının taşınması hususundadır. İlgili kararlarda bildirim yükümlülükleri ve diğer yükümlülüklerden genel olarak bahsedilmiştir.

A. Dövizin ve Türk Lirasının Yurt Dışına Çıkarılması ve Bildirim

32 sayılı Karar bağlamında çıkarılan Tebliğ uyarınca 4. maddede belirli miktarı aşan dövizlerin yurtdışına çıkarılmasında bildirim zorunluluğu öngörülmüştür ve ayrıca yalan ve yanıltıcı beyanda bulunmanın Kanuna muhalefet olarak Cumhuriyet savcılıklarına bildirileceği ve bu doğrultuda işlem yapılacağı düzenlenmiştir. Anılan düzenleme uyarınca kesilecek cezalar bakımından idari

be imposed under the aforementioned regulation, it should be noted that while calculating the amount of the administrative fine, action should be done for any percentage that exceeds the restriction. The relevant Court of Cassation decision in this regard is as follows:

“..The misdemeanor resulted in the seizure of 10.000 Euros and 20.000 US dollars. According to the aforementioned regulation, an administrative fine should be imposed on the Turkish lira equivalent of 20.000 US dollars exceeding the amount not subject to declaration, without considering that the decision to reject the objection to the administrative sanction decision imposed on the total amount of foreign currency seized in writing instead of accepting it in the aforementioned aspect should also reflect this fact...” (7. CD., E. 2021/20751 K. 2021/16387 T. 22.11.2021).

Pursuant to Article 3/5 of the communiqué on the decree numbered 32, the obligation to notify the Customs Authorities in terms of taking Turkish Lira out of the country has been mentioned, and in addition to this, if this transaction is carried out for the benefit of a legal entity, it is envisaged that the legal entity will also be fined. In this regard, it is also stated in Article 15/2 of the Law on Misdemeanours that if the misdemeanor is committed repeatedly, a fine will be imposed again for the same act¹². However, the Court of Cassation stated that if it cannot be determined that the fact of being taken out of the border is done separately,

para cezası tutarı belirlenirken yasağın üzerinde kalan kısmı için işlem yapılması gerektiği unutulmamalıdır. Bu yönde ilgili Yargıtay kararı şu şekildedir:

“...10.000 Avro ve eşitini aşan döviz çıkışlarında beyan zorunluluğu bulunduğu, kabahatlinin üzerinde 10.000 Avro ve 20.000 Amerikan doları ele geçirilmiş olduğu anılan düzenleme uyarınca beyana tabi olmayan miktarı aşan 20.000 Amerikan dolarının kabahat tarihi itibarıyla Türk lirası karşılığı üzerinden idari para cezası uygulanması gerektiği gözetilmeden ele geçen toplam döviz miktarı üzerinden uygulanan idari yaptırım kararına yönelik itirazın anılan yönüyle kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde...” (7. CD., E. 2021/20751 K. 2021/16387 T. 22.11.2021).

32 sayılı karara ilişkin tebliğin 3/5 maddesi uyarınca Türk Lirasını yurt dışına çıkarma bakımından Gümrük İdarelerine bildirim yükümlülüğünden bahsedilmiş olup, buna ek olarak bu işlemin tüzel kişi yararına gerçekleştirilmesi halinde¹² tüzel kişiye de ceza verilmesi öngörülmüştür. Bu hususta mükerrer olarak kabahatin işlenmesi halinde aynı file ilişkin tekrar ceza kesileceği de Kabahatler Kanunu’nun 15/2. maddesinde de belirtilmiştir. Ancak Yargıtay kararında sınır dışına çıkarılma olgusunun ayrı ayrı yapıldığının tespit edilememesi durumunda kabahatli lehine yorum yapılması gerektiğinden bahsedilmiştir¹³:

“...Kabahatli hakkında Gaziantep Cumhuriyet Başsavcılığınca, her bir işlem için



DİPNOT

¹² Döviz ile İşlem Yasağına Aykırılığın Sonuçları, Bağtur Law Firm, 22.03.2023.

¹³ Aynı doğrultuda diğer Yargıtay Kararları (19. CD., E. 2019/29893 K. 2021/1889 T. 22.2.2021), (19. CD., E. 2019/29104 K. 2019/15726 T. 17.12.2019).

FOOTNOTE

¹² Döviz ile İşlem Yasağına Aykırılığın Sonuçları, Bağtur Law Firm, 22.03.2023.

PART 14

it should be interpreted in favour of the misdemeanour¹³:

"...The Gaziantep Chief Public Prosecutor's Office has imposed an administrative sanction of 2.336.000,000,00 Turkish liras on the misdemeanour; this sanction includes an administrative fine of 3.000,00 Turkish liras for each transaction and a notification fee of 14,00 Turkish liras each. However, if it cannot be demonstrated that all of the funds subject to multiple receipts issued on the same date, Esas No 2021/15823, were taken out of the border with each passenger individually, then the misdemeanour should be interpreted favorably and a sanction should be imposed once on the same dated receipts, while sanctions should be imposed separately on each of them..." (7. CD., E. 2021/15823 K. 2021/15374 T. 23.11.2021).

In another decision of the Court of Cassation in the same direction, it was stated that the administrative fine should be imposed only for the part that is not brought into the country and that the imposition of an administrative fine over the entire export value would be contrary to the Law: (7. CD., E. 2021/31922 K. 2022/1814 T. 27.1.2022) In addition, the Court of Cassation emphasized that the bank should be specifically asked for confirmation regarding the repatriation of the amounts:

"Since it is understood with the export price acceptance document dated 20/09/2021 and serial number 0000400629 belonging to QNB Finansbank A.Ş. Mersin Branch, which is presented in the annexes of the objection petition of the misdemeanour attorney dated 21/09/2021 and the petition for reversal in favor of the law dated 19/10/2021, it is necessary to make a decision according to the result by asking the relevant bank branch to confirm the authenticity and content of the export price acceptance document in question." (7. CD., E. 2022/4154 K. 2022/11932 T. 12.9.2022).

As another issue, the principles of the foreign trade regime of precious metals, stones and goods are regulated in the context of Decree No. 32, and in accordance with the principles specified in Article 7, notification to the Customs Authorities is mandatory for standard unprocessed and non-standard unprocessed gold. In this case, it is emphasized that it is clear that gold cannot be imported without declaration to the Customs Author-

3.000,00'er Türk lirası idari para cezası ve 14,00'er Türk lirası tebligat ücreti olmak üzere 2.336.000,00 Türk lirası idari yaptırım uygulanmış ise de; aynı tarihte düzenlenmiş birden çok makbuza konu Esas No: 2021/15823 paraların her birinin münferit olarak yolcu beraberinde sınır dışına çıkarıldığı hususunun ispatının yapılamaması durumunda, kabahatli lehine yorum yapılarak aynı tarihli makbuzlara bir kez yaptırım uygulanması gerekirken, her birine ayrı ayrı yaptırım uygulanmasında..." (7. CD., E. 2021/15823 K. 2021/15374 T. 23.11.2021).

Aynı doğrultuda bir diğer Yargıtay Kararında da idari para cezasının sadece yurda getirilmeyen kısım için kesilmesi gerektiği ihracat bedelinin tamamı üzerinden idari para cezası uygulanmasının Kanun'a aykırı olduğu belirtilmiştir: (7. CD., E. 2021/31922 K. 2022/1814 T. 27.1.2022) Ayrıca Yargıtay bu konuda bedellerin yurda getirilmesine ilişkin teyit için bankaya özel olarak sorulması gerektiğini vurgulamıştır:

"kabahatli vekilinin 21/09/2021 tarihli itiraz dilekçesi ve 19/10/2021 tarihli Kanun yararına bozma dilekçesi eklerinde sunulan QNB Finansbank A.Ş. Mersin Şubesine ait 20/09/2021 tarihli ve 0000400629 seri numaralı ihracat bedeli kabul belgesi ile anlaşıldığından, bahse konu ihracat bedeli kabul belgesinin sıhhat ve içeriğinin teyidi amaçlı ilgili banka şubesinden sorularak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken" (7. CD., E. 2022/4154 K. 2022/11932 T. 12.9.2022).

Bir diğer konu olarak kıymetli madenler, taşlar ve eşyanın dış ticaret rejimi esasları 32 sayılı Karar bağlamında düzenlenmiş olup, 7. maddede belirtilen esaslar uyarınca standart işlenmemiş ve standart dışı işlenmemiş altınlar bakımından Gümrük İdarelerine bildirim zorunlu kılınmıştır. Bu halde Gümrük İdarelerine beyan edilmeden altın ithal edilemeyeceğinin açık olduğu vurgulanmıştır. İlgili hususa yönelik Yargıtay kararında¹⁴:

"... x-ray taraması sonucunda şüpheli yoğunluğa rastlanması üzerine araçta yapılan aramada hurda altınların ele geçtiği anlaşılan olayda; suça konu hurda altınların, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Karar uyarınca gümrük idaresine beyan edilmeden ülkeye ithal edilmesinin yasak olması..." (CGK., E. 2017/1035 K. 2018/659 T. 18.12.2018).

ities¹⁴. In the decision of the Court of Cassation regarding the relevant issue:

"...In the incident in which scrap gold was seized in the search made in the vehicle upon finding suspicious density as a result of x-ray scanning; the fact that the scrap gold subject to the crime is prohibited to be imported into the country without being declared to the customs administration in accordance with the Decree No. 32 on the Protection of the Value of Turkish Currency..." (CGK., E. 2017/1035 K. 2018/659 T. 18.12.2018).

B. Bringing Export Fees to the Country

Article 3/1 in accordance with the communiqué issued on export proceeds in the context of Decree No. 32:

"(1) The amounts related to export transactions realized by Turkish residents shall be transferred or brought directly and without delay to the bank that intermediates the export following the payment of the importer. The period for bringing the proceeds into the country cannot exceed 180 days from the date of actual export"

In terms of the implementation of the Decree, it is important to determine the fact of being brought into the country. The case law of the Court of Cassation regarding what needs to be done in terms of determining the fact of bringing into the country is as follows:

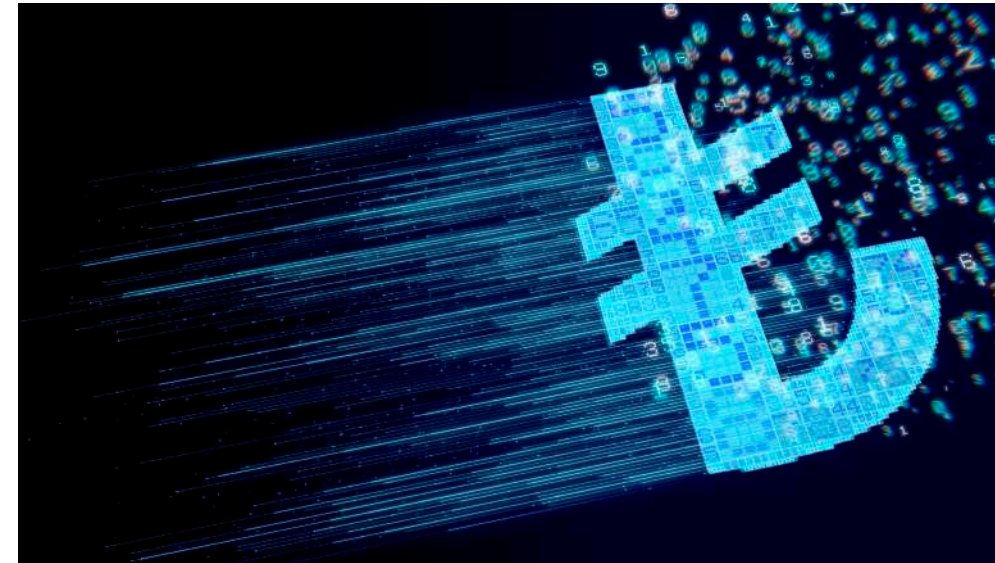
B. İhracat Bedellerinin Yurda Getirilmesi

32 sayılı Karar bağlamında ihracat bedellerine dair çıkarılan tebliğ uyarınca 3/1. maddede:

"(1) Türkiye'de yerleşik kişiler tarafından gerçekleştirilen ihracat işlemlerine ilişkin bedeller, ithalatçının ödemesini müteakip doğrudan ve gecikmeksizin ihracata aracılık eden bankaya transfer edilir veya getirilir. Bedellerin yurda getirilme süresi fiili ihracat tarihinden itibaren 180 günü geçemez." denilmektedir.

Karar'ın uygulanması bakımından yurda getirilme olgusunun saptanması önemlidir. Yurda getirilme olgusunun tespit edilmesi bakımından yapılması gerekenlere dair Yargıtay içtihadı şu yöndedir:

"...idari yaptırıma konu edilen 09/11/2018 tarihli ve 18070100EX019691 sayılı güm-



FOOTNOTE

¹³ Aynı doğrultuda diğer Yargıtay Kararları (19. CD., E. 2019/29893 K. 2021/1889 T. 22.2.2021), (19. CD., E. 2019/29104 K. 2019/15726 T. 17.12.2019).

¹⁴ Aynı doğrultuda bir diğer Yargıtay Kararı (7. CD., E. 2021/29233 K. 2022/5818 T. 21.3.2022).

DİPNOT

¹⁴ Aynı doğrultuda bir diğer Yargıtay Kararı (7. CD., E. 2021/29233 K. 2022/5818 T. 21.3.2022).

PART 14

"...Regarding the customs declaration dated 09/11/2018 and numbered 18070100EX019691, which was subject to administrative sanction, it is understood that the entire amount of 76958,25 USD exports was transferred to the account of the misdemeanor company's account at the Vakıflar Bank Döşemealtı branch on 19/02/2019, and that the document numbered 170376 receipt, which is stated to belong to the said bank branch, was submitted, accounting records, bank records, etc., and the file together with the relevant documents should be submitted to an expert in the field, and a detailed and auditable expert report should be obtained regarding whether the export costs have been brought into the country in accordance with the aforementioned regulations, taking into account the contents of the declaration of the misdemeanor attorney, and a decision should be made as a result of the examination to be made by obtaining an expert report..." (7. CD., E. 2022/3545 K. 2022/12412 T. 22.9.2022).

IV. CONCLUSION

The amendments to Decree No. 32 introduced by the regulation dated 13.09.2018 are important. This is because the relevant regulation has introduced important regulations in terms of contract types that are frequently encountered in daily life. It is obvious that a change that affects daily life so much has a prominent place in judicial decisions. In general, the practice of the Court of Cassation has become established, and uniformity has been achieved.

rük beyannamesine ilişkin 76.958,25 USD tutarlı ihracata ilişkin bedelin tamamının kabahatli şirkete ait Vakıflar Bankası Döşemealtı şubesindeki hesabına 19/02/2019 tarihinde transfer edildiğine ilişkin söz konusu banka şubesine ait olduğu belirtilen 170376 fiş sayılı belgenin ibraz edildiğinin anlaşılması karşısında, kabahatliye ait ticari defter, fatura, muhasebe kayıtları, banka kayıtları vs. belgelerin temin edilerek, ilgili belgelerle birlikte dosyanın alanında uzman bilirkişiye tevdi sağlanıp, kabahatli vekilinin beyan içerikleri de dikkate alınarak anılan düzenlemeler uyarınca ihracata ait bedellerin yurt içine getirilip getirilmediğine ilişkin ayrıntılı ve denetime elverişli bilirkişi raporu alınması suretiyle yapılacak inceleme sonucuna karar verilmesi gerektiği gözetilmeden..." (7. CD., E. 2022/3545 K. 2022/12412 T. 22.9.2022).

IV. SONUÇ

32 sayılı Karar'a 13.09.2018 tarihli düzenlemeyle getirilen değişiklikler önem taşımaktadır. Zira ilgili düzenleme günlük hayatta sıkça karşılaşılan sözleşme tipleri bakımından önemli düzenlemeler getirmiştir. Günlük hayatı bu kadar etkileyen bir değişikliğin yargı kararlarında önemli bir yer tuttuğu aşikardır. Genel olarak getirilen düzenleme ile ilgili Yargıtay uygulaması yerleşik nitelik kazanmış olup yeknesaklık sağlanmıştır. Bu açıdan örnek vermek gerekirse 32 sayılı Karar'a iliş-



In this regard, for example, it is no longer discussed in judicial practice that the provisions regulating contract prices in violation of the Decision and Communiqué are subject to the sanction of final nullity regulated in Article 27 of the TCO, as the regulation introduced regarding Decree No. 32 is related to economic public order and should be taken into consideration by the courts ex officio. In addition to this, there are no case law differences regarding how the adaptation of contract prices previously agreed in foreign currency or indexed to foreign currency will be made and which types of contract prices are not included in the scope of the prohibition.

Similarly, in terms of the decisions of the Criminal Chambers, the decisions of the Court of Cassation on issues such as the imposition of an administrative fine due to violation of the Law on the Protection of the Value of Turkish Currency, the imposition of a fine only for the part that is above the prohibition, the fact of exportation must be proven beyond doubt in case of repeated misdemeanor, and how to determine the repatriation of export proceeds have become established. As a result, Decree No. 32's execution has ensured legal predictability.

kin getirilen düzenlemenin ekonomik kamu düzenine ilişkin olduğu ve mahkemelerde re'sen dikkate alınması gerektiği Karar'a ve Tebliğ'e aykırı olarak düzenlenen sözleşme bedelleri ile ilgili hükümlerin TBK m. 27'de düzenlenen kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağı artık yargı uygulamasında tartışılmamaktadır. Bunun yanı sıra daha öncesinde yabancı para üzerinden veya yabancı paraya endeksli olarak kararlaştırılmış sözleşme bedellerinin uyarlamasının nasıl yapılacağı ve hangi tür sözleşme bedellerinin yasak kapsamına alınmadığına ilişkin içtihat farklılıklarına da rastlanmamaktadır.

Aynı şekilde Ceza Daireleri Kararları bakımından da Türk Parası Kıymetini Koruma Kanunu'na muhalefet sebebiyle idari para cezası uygulanırken yalnızca yasağın üzerinde kalan kısım için cezanın tesis edileceği, mükerrer olarak kabahatin işlenmesi halinde yurtdışına çıkarma olgusunun şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispat edilmesi gerektiği, ihracat bedellerinin yurda getirilmesinin nasıl tespit edileceği gibi hususlarda Yargıtay'ın kararları yerleşik nitelik kazanmıştır. Dolayısıyla 32 sayılı Karar'ın uygulanması bağlamında hukuki öngörülebilirlik sağlanmıştır.

BIBLIOGRAPHY

MURAT TOPUZ, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması, 01.01.2019.

BAĞTUR LAW FIRM, Döviz ile İşlem Yasağına Aykırılığın Sonuçları, 22.03.2023.

ERKAN YETKİNER/ TUFAN SEVİM, Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin Döviz Cinsinden Sözleşme Düzenleme Kısıtlamasına Dair Kararı, 08.11.2023.

KULAÇOĞLU HUKUK BÜROSU, Dövizle (Kira) Sözleşme Yapma Yasağı, 2023.

BERFU YALÇIN/ BEYZA BÜYÜKAĞAÇCI, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ Kapsamında Döviz Cinsinden Ve Dövizle Endeksli Sözleşmelerin Hukuki Durumunun Değerlendirilmesi, 07.06.2022.

KAYNAKÇA

MURAT TOPUZ, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması, 01.01.2019.

BAĞTUR LAW FIRM, Döviz ile İşlem Yasağına Aykırılığın Sonuçları, 22.03.2023.

ERKAN YETKİNER/ TUFAN SEVİM, Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin Döviz Cinsinden Sözleşme Düzenleme Kısıtlamasına Dair Kararı, 08.11.2023.

KULAÇOĞLU HUKUK BÜROSU, Dövizle (Kira) Sözleşme Yapma Yasağı, 2023.

BERFU YALÇIN/ BEYZA BÜYÜKAĞAÇCI, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ Kapsamında Döviz Cinsinden Ve Dövizle Endeksli Sözleşmelerin Hukuki Durumunun Değerlendirilmesi, 07.06.2022.

PART 15

**THE DISTINCTION BETWEEN
COMMERCIAL ARBITRATION AND
INVESTMENT ARBITRATION IN
THE CONTEXT OF INVESTMENT
ARBITRATION AND THE ISSUE OF
COMPETING JURISDICTIONS**

YATIRIM TAHKİMİ BAĞLAMINDA
TİCARİ TAHKİM VE YATIRIM
TAHKİMİ AYRIMI VE YARIŞAN
YARGILAMA YERLERİ SORUNU

ALEYNA VERDA ŞEREMENT
EKMEL EKREM DEMİRCİ

PART 15

ABSTRACT | ÖZET

In our study, the main differences between international investment arbitration and international commercial arbitration, and the ways to resolve the issue of competing jurisdictions arising when there are multiple competent judicial authorities in investment arbitration, have been evaluated in light of opinions in doctrine and decisions of the Court of Cassation.

Çalışmamızda, milletlerarası yatırım tahkimi ile milletlerarası ticari tahkim arasındaki başlıca farklar ve yatırım tahkimi kapsamında birden fazla yetkili yargı merciinin bulunması halinde doğan yarışan yargılama yerleri sorununun çözümüne ilişkin izlenebilecek yollar, doktrinde ve Yargıtay kararlarında konuya dair görüşler ışığında değerlendirilmiştir.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELELER

Foreign Investor, Host State, Exclusive Jurisdiction, Sovereign Authority, Judicial Immunity, Depolitization, Competent Judicial Authority, Icsid, Icc.

Yabancı Yatırımcı, Ev Sahibi Devlet, Münhasır Yetki, Egemenlik Yetkisi, Yargı Bağımsızlığı, Depolitizasyon, Yetkili Yargı Mercii, Icsid, Icc.

I. INTRODUCTION

Although international investment arbitration and commercial arbitration emerge as methods for resolving disputes arising from commercial activities, they contain significant differences in terms of their characteristic features. In this regard, the main differences in terms of the relevant arbitration methods arise in terms of the parties to the dispute, the applicable law to the essence of the dispute, and the dispute resolution authorities.

Accordingly, our article will look at the opinions regarding the most suitable method to resolve the authority conflict between the dispute resolution authorities that have been specifically designated by the parties to the dispute and the jurisdictional bodies that have been determined in bilateral agreements concluded between states within the scope of investment arbitration.

II. DIFFERENCES BETWEEN INVESTMENT ARBITRATION AND COMMERCIAL ARBITRATION

The use of arbitration mechanisms in the resolution of disputes arising from international economic relations has developed in parallel

I. GİRİŞ

Milletlerarası yatırım tahkimi ve ticari tahkim, her ne kadar konu olarak ticari faaliyetlerden doğan uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak karşımıza çıksa da karakteristik özellikleri bakımından ciddi farklılıklar içermektedir. Bu doğrultuda ilgili tahkim yolları bakımından ana farklılıklar; uyuşmazlığın tarafları, uyuşmazlığın özüne uygulanacak hukuk ve uyuşmazlıkların çözüm mercileri olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu doğrultuda makalemizde, yatırım tahkimi kapsamında devletler arasında akdedilen ikili anlaşmalarda belirlenen yetki mercileri ile uyuşmazlığın taraflarınca münhasır yetkili kılınan çözüm mercileri arasındaki yetki ihtilafının nasıl giderilmesi gerektiği yönündeki görüşler irdelenecektir.

II. YATIRIM TAHKİMİ VE TİCARİ TAHKİM ARASINDAKİ FARKLAR

Milletlerarası iktisadi ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde tahkim mekanizmasının kullanılması, özellikle İkinci Dünya



with the needs of the globalized world, especially in the aftermath of the Second World War. In line with the activities of international cooperation organizations, states and traders establish complex economic relationships with each other and take steps in line with liberal economics. Indeed, as of today, the concepts of "foreign investor" and "foreign investment" are of critical importance for every national economy.

To protect investments made on foreign soil, both international investors and the jurisdictions where they operate have had to build international investment arbitration processes over time. Indeed, as a state holds the supreme power within its sovereign territory¹, it may take actions that may compromise the assets of investors unjustly, and due to the principle of sovereign immunity, as a manifestation of the immunity of states, it may not face any sanctions from the jurisdiction of foreign states.

In light of this information, one of the mechanisms employed to protect foreign investors against states is international investment arbitration. International investment arbitration refers to the method used to resolve disputes between a foreign investor and the host state where the investment is made. The primary objective of international investment

Savaşı'nın akabinde globalleşen dünyanın ihtiyaçlarına paralel olarak gelişim göstermektedir. Uluslararası iş birliği örgütlerinin faaliyetleri doğrultusunda devletler ve tacirler, ekonomik anlamda birbirleriyle girift ilişkiler kurmakta ve liberal ekonomiye uygun adımlar atmaktadır. Nitekim bugün itibarıyla "yabancı yatırımcı" ve "yabancı yatırım" kavramları, her devlet ekonomisi için kritik önem ihtiva etmektedir.

Bu doğrultuda milletlerarası düzeyde faaliyet gösteren yatırımcılar ve yatırımcıların egemenlik yetkisi altında bulunduğu devletler; dış devlet topraklarında yapılan yatırımların korunumu amacıyla zaman içerisinde milletlerarası yatırım tahkimi mekanizmalarını geliştirmek zorunda kalmıştır. Zira bir devlet, egemenlik alanı içerisindeki en üstün iktidar olması sebebiyle¹ yatırımcıların malvarlığına halel getirecek şekilde hakkaniyete sığmayacak adımlar atabilir ve devletlerin bağımsızlığı ilkesinin bir tezahürü olarak yabancı devletlerin yargılamaından muaf olması hasebiyle herhangi bir yaptırımla karşılaşmayabilir.

Bu bilgiler ışığında yabancı yatırımcıların devletler karşısında korunması amacıyla başvurulan mekanizmalardan biri milletlerarası yatırım tahkimidir. Milletlerarası yatırım tahkimi, yabancı bir yatırımcı ile yatırımın yapıldığı ev sahibi devlet arasındaki ihtilafın çözülme-

FOOTNOTE

¹ Abdurrahman Eren, Anayasa Hukuku Dersleri, 5. baskı, Ankara 2023, s. 292.

DİPNOT

¹ Abdurrahman Eren, Anayasa Hukuku Dersleri, 5. baskı, Ankara 2023, s. 292.

PART 15

arbitration is to resolve the dispute between the foreign investor and the host state in a depoliticized manner, thereby eliminating the possibility of biased resolution under the law of the host state, while also respecting the sovereignty rights of states and ensuring the protection of individuals against states². To achieve this goal, states mutually recognize various commitments through bilateral agreements concerning the protection of foreign investments, such as mutual transfer of capital, refraining from expropriation without fair and effective compensation, and ensuring equal treatment³. Additionally, although international investment arbitration may primarily concern commercial relationships and could be argued to have a private law connection, it can be said to have a mixed nature due to its inherent inclusion of characteristic forms of public law in the adjudicatory process⁴.

On the other hand, in international commercial arbitration, the parties involved in the commercial relationship are private legal entities, traders, or public legal entities acting as traders. This arbitration mechanism focuses on resolving disputes arising from commercial relationships established between the parties, within the limits that the parties can freely dispose of, in accordance with their will⁵. Indeed, international commercial arbitration emphasizes the primacy of party autonomy, unlike the limited scope of state law, allowing parties to determine many aspects of the arbitration process, including substance and content, through their free will.

si için başvuru yolu anlamına gelmektedir. Milletlerarası yatırım tahkiminde asıl amaç, yabancı sermayeli yatırımcı ve ev sahibi devlet arasındaki ihtilafın ev sahibi devletin hukuku nezdinde taraflı bir şekilde çözülme ihtimalini bertaraf etmek suretiyle uyuşmazlık sürecini depolitize edilmiş bir yöntem izleyerek giderirken aynı zamanda devletlerin egemenlik haklarına saygı duyar şekilde bireyin devlet karşısında korunumunun sağlanmasıdır². Bu amaca binaen devletler, yabancı yatırımların korunmasına ilişkin akdetmiş oldukları ikili anlaşmalar aracılığıyla sermayenin karşılıklı transferi, adil ve etkin bir tazminat ödenmeksizin kamulaştırma yoluna başvurmama ve eşit davranma gibi birçok taahhüdü karşılıklı olarak birbirlerine tanımaktadır³. Bunun yanında milletlerarası yatırım tahkiminin her ne kadar ticari ilişkileri konu alması itibarıyla özel hukuk bağlantısı olduğu ileri sürülebilir olsa da yargılamaya ilişkin kamu hukukunun karakteristik biçimlerini de özünde taşıması sebebiyle karma bir niteliği haiz olduğu söylenebilecektir⁴.

Buna karşın milletlerarası ticari tahkimde ise ticari ilişkiye giren taraflar, özel hukuk kişisi tacirler yahut tacir gibi hareket eden kamu tüzel kişileridir. Bahsi geçen tahkim mekanizması, taraflar arasında kurulan ticari ilişkilerden kaynaklanan ihtilafların, yine tarafların serbestçe tasarrufta bulunabileceği sınırlar içinde kalmak kaydıyla, iradeleri doğrultusunda çözüme kavuşturulmasını konu almaktadır. Gerçekten de milletlerarası ticari tahkim kapsamında ön planda tutulan, devletler hukukunun dar çerçeveli hareket

In this context, the characteristic differences between international investment arbitration and international commercial arbitration will be examined in our study.

A. Differences Arising From The Applicable Law

One of the most significant differences between international commercial arbitration and investment arbitration is the determination of the applicable law during the resolution of disputes. In disputes arising under international commercial arbitration, the applicable law is generally determined based on the agreement freely entered into by the parties. However, due to the inherent nature of investment arbitration's close relationship with state law, the applicable law in disputes falling within the scope of international investment arbitration is generally determined based on international agreements related to the encouragement and protection of investments between states. Therefore, it cannot be denied that, by its very nature, investment arbitration is closely linked to international public law and state law⁶.

Furthermore, another reason why the application of state law is essential in investment arbitration is the necessity to prevent states from unlawfully using their sovereign rights within their territory against investors engaging in economic activities. At this point, if states claim to be the supreme authority within the investment area and have immunity in the face of adjudication, the application of the internal law of the state in the resolution of disputes would preclude any result. Hence, the application of state law in investment arbitration goes beyond mere procedural requirements as it involves a legal dimension that surpasses the sovereignty powers of states⁷.

In the context of international commercial arbitration proceedings, the aforementioned issues will not arise. This is because disputes arising from commercial relationships stem not from the abuse of sovereign authority by contracting states but from commercial reasons. Additionally, concerning disputes in international commercial arbitration cases, the law applicable to the

alanının aksine taraf iradelerinin ön planda tutulduğu, tarafların tahkim sürecine ilişkin esasa ve içeriğe dair birçok hususu serbest iradeleriyle belirleyebildikleri bir uyuşmazlık çözüm yoludur⁵. Bu meyanda, çalışmamız kapsamında milletlerarası yatırım tahkimi ve milletlerarası ticari tahkim alanları arasındaki karakteristik farklar irdelenecektir.

A. Uygulanacak Hukuk Bakımından Meydana Gelen Farklılıklar

Milletlerarası ticari tahkim ve yatırım tahkimi arasındaki en önemli farklardan biri mezkur uyuşmazlık çözüm yolları bakımından ihtilafın giderilmesi sırasında hangi hukukun uygulanacağıdır. Milletlerarası ticari tahkim kapsamında meydana gelen uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk ekseriyetle tarafların serbest iradeleriyle kurmuş oldukları mutabakat uyarınca belirlenirken; yatırım tahkiminin doğası gereği devletler hukuku ile sıkı bir ilişki içerisinde olması hasebiyle milletlerarası yatırım tahkimi kapsamında meydana gelen uyuşmazlıklar tahtında uygulanacak hukuk genel olarak, devletler arasında yatırımların teşviki ve korunumuna ilişkin taraf olunan uluslararası anlaşmalara bağlı olarak belirlenir. Bu sebeple yatırım tahkiminin başlangıç noktası gereği milletlerarası kamu hukukuna ve devletler hukukuna sıkı sıkıya bağlı olması yadsınamayacaktır⁶.

Bunun yanında yatırım tahkiminde devletler hukukunun uygulanmasının elzem olmasının bir diğer nedeni, yatırımcıları koruma mekanizması olarak ortaya çıkan yatırımların teşviki ve korunumuna ilişkin akdedilen devletlerarası anlaşmaların esasen devletlerin egemenlik haklarını ülkesi içerisinde ekonomik faaliyetlerde bulunan yatırımcılara karşı hukuka aykırı şekilde kullanmasının önlenmesinin gerekliliğidir. Bu noktada devletlerin, yatırım alanı içerisindeki en üstün iktidar olduklarını ve yargılama karşısında bağımsızlığa sahip olduklarını ileri sürmeleri halinde, uyuşmazlığın çözümüne mezkur devletin kendi iç hukukunun uygulanması herhangi bir sonuç elde edilmesinin önünü kapatacaktır. Bu sebeple yatırım tahkimi bakımından devletler hukukunun uygulanması, devletlerin egemenlik yetkilerinin de üstünde yer alan bir hukuki boyut olduğundan usulün ötesinde gereklilik ihtiva etmektedir⁷.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamaları bakımından ise yukarıda bahsi geçen sorunlar meydana gelmeyecektir. Zira ticari iliş-

FOOTNOTE

² Ali Osman Karaoğlu, "Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü", 1. Bası, İstanbul 2019, p. 59.

³ Cemal Şanlı/ Emre Esen/ İnci Ataman Fıganmeşe, "Milletlerarası Özel Hukuk", 10. bası, İstanbul 2023, p. 872.

⁴ Sedat Çal, "Uluslararası Yatırım Tahkimine İlişkin Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 57. Cilt, 4. Sayı, 2008, p. 167.

⁵ Sinan Can Konyalı, "Milletlerarası Ticari Tahkim Kamu Düzeni", Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Milletlerarası Özel Hukuk Bilim Dalı, Bursa 2017, p. VI.

⁶ Çal, "Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi", 1. Bası, Ankara 2009, p. 254.

⁷ Ataman Fıganmeşe, "Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 31, Sayı: 1, 2012, p. 103.



DİPNOT

² Ali Osman Karaoğlu, "Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü", 1. Bası, İstanbul 2019, s. 59.

³ Cemal Şanlı/ Emre Esen/ İnci Ataman Fıganmeşe, "Milletlerarası Özel Hukuk", 10. bası, İstanbul 2023, s. 872.

⁴ Sedat Çal, "Uluslararası Yatırım Tahkimine İlişkin Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 57. Cilt, 4. Sayı, 2008, s. 167.

⁵ Sinan Can Konyalı, "Milletlerarası Ticari Tahkim Kamu Düzeni", Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Milletlerarası Özel Hukuk Bilim Dalı, Bursa 2017, s. VI.

⁶ Çal, "Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi", 1. Bası, Ankara 2009, s. 254.

⁷ Ataman Fıganmeşe, "Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 31, Sayı: 1, 2012, s. 103.

PART 15

essence of the dispute will already be determined based on the parties' freedom of will. If the applicable law has not been determined, the law to be applied in resolving the dispute can be determined based on the essence of the commercial relationship and/or contract, taking into account the international private law regulations in the parties' national laws.

B. Differences In Terms Of Dispute Resolution Authorities

One of the differences that arise in the resolution of disputes under international commercial arbitration and investment arbitration is the authorities responsible for resolving the relevant disputes. Since disputes arising from both commercial arbitration and investment arbitration involve international characteristics, the existence of multiple competent dispute resolution authorities may arise.

In the case of disputes arising from international commercial arbitration, the competent dispute resolution authority is generally determined freely by the parties, hence it can vary. Sometimes, these may be local arbitration centers located within the boundaries of the country where the commercial relationships are conducted, and sometimes they may be international dispute resolution bodies such as the ICC. Additionally, authorities designated under the laws of the states related to the dispute, as authorized under international procedural law regulations, may also be competent to resolve the dispute. For example, under Article 47 of the Turkish Private International Law and International Civil Procedure Code no. 5718 ("PIL CODE"), if the jurisdiction agreement agreed upon by the parties is not concluded in writing, the jurisdiction agreement will be invalid, and the dispute resolution authority designated by the parties may become incompetent. Therefore, any gaps that arise can be addressed within the framework of the provisions of international procedural law under the PIL CODE.

International investment arbitration, by its structure, progresses primarily within the

kiler kapsamında meydana gelen ihtilaflar akit devletlerin egemenlik yetkisini kötüye kullanmasından değil; ticari sebeplerden kaynaklanmaktadır. Bunun yanında milletlerarası ticari tahkim davaları bağlamında uyuşmazlığın özüne uygulanacak olan hukuk, tarafların irade serbestisi doğrultusunda halihazırda belirlenmiş olacak; uygulanacak hukukun belirlenmemiş olması halinde ise ticari ilişkinin ve/veya sözleşmenin özü dikate alınarak tarafların milli hukuklarında yer alan milletlerarası özel hukuk düzenlemeleri neticesinde uyuşmazlığın giderilmesi bakımından uygulanacak olan hukuk belirlenebilecektir.

B. Uyuşmazlık Çözüm Mercii Bakımından Farklılıklar

Milletlerarası ticari tahkim ve yatırım tahkimi uhdesinde meydana gelen uyuşmazlıkların çözümü bakımından ortaya çıkan farklardan bir diğeri, ilgili uyuşmazlıkları çözmekle yetkili olan makam ve mercilerdir. Zira gerek ticari tahkim gerekse yatırım tahkimi kapsamında doğan uyuşmazlıkların milletlerarası özellik ihtiva etmesi nedeniyle birden fazla yetkili çözüm mercii varlığı gündeme gelebilecektir.

Milletlerarası ticari tahkim kapsamında doğan uyuşmazlıklar bakımından yetkili olan çözüm mercii, genel olarak taraflarca serbestçe belirlendiğinden çeşitlilik gösterebilecektir. Bunlar kimi zaman ticari ilişkilerin yürütüldüğü ülke sınırları içerisinde yer alan lokal tahkim merkezleri olarak; kimi zaman ise ICC gibi uluslararası uyuşmazlık çözüm mercileri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanında uyuşmazlık ile ilişkili devletlerin hukuklarının milletlerarası usul hukuku düzenlenmeleri tahtında yetkili olarak gösterilen merciler de uyuşmazlığı çözmekle yetkili olabilecektir. Örneğin 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ("MÖHUK") m. 47 uyarınca taraflar arasında mutabık kalınan yetki sözleşmesinin yazılı şekilde akdedilmemiş olması halinde yetki sözleşmesi geçersiz olacak ve taraflarca yetkili olarak belirlenen çözüm mercii de yetkisiz hale gelebilecektir. Dolayısıyla meydana gelen boşluk, MÖHUK uhdesinde yer alan milletlerarası usul hukuku hükümleri çerçevesinde belirlenebilecektir.

Milletlerarası yatırım tahkimi, yapısı itibarıyla devletler hukuku eksensiz ilerlemektedir, zira uyuşmazlığın taraflarından biri daima devlet

framework of state law, as one of the parties to the dispute will always be a state. In this context, the International Centre for Settlement of Investment Disputes ("ICSID") often serves as the dispute resolution authority for the majority of international investment arbitration cases. Although disputes related to investment arbitration under the UNCITRAL rules or administered by the Stockholm Chamber of Commerce or ICC exist, there is a dominance of ICSID in the field of investment arbitration. Indeed, as of 2023, 329 investment arbitration cases have been heard at ICSID, with 68 of them concluded. Additionally, 45 new cases were filed at ICSID within the same year⁸. Under the ICSID Convention, decisions rendered by ICSID are subject to annulment only under the limited circumstances specified in Article 52 of the Convention, and there is no need for recognition and enforcement of decisions rendered by ICSID. This is because the contracting states have consented to these matters by becoming parties to the ICSID Convention.

In contrast, decisions rendered by dispute resolution bodies in the context of international commercial arbitration disputes become enforceable only after recognition and enforcement procedures are completed in the country where the decision will be applied. Otherwise, decisions rendered by arbitration centers may remain ineffective.

III. THE ISSUE OF COMPETING JURISDICTIONS IN INTERNATIONAL ARBITRATION

In legal terms, jurisdiction refers to the determination of the court that is competent to hear a case. One of the issues that may arise during the execution of international arbitration proceedings is the presence of multiple competent judicial authorities over the same dispute. Indeed, *some bilateral investment treaties may have a broad dispute resolution mechanism, and if investment contracts also contain a provision regarding exclusive jurisdiction, the conflict between the dispute resolution place in the investment agreement and the jurisdiction place in the investment contract needs to be resolved*⁹. Often, in investment agreements, jurisdiction-related provisions are drafted broadly, using phrases like "any", creating a broad consent without limiting the jurisdiction aspect. When breaches of contracts and agreements arise,

olacaktır. Bu bağlamda Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi ("ICSID"), milletlerarası yatırım tahkimi davalarının büyük bölümü bakımından çözüm mercii olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar UNCITRAL kuralları çerçevesinde açılan, Stockholm Ticaret Odası veya ICC nezdinde görülen yatırım tahkimine ilişkin uyuşmazlıklar mevcut olsa da yatırım tahkimi kapsamında ICSID tarafında bir baskınlığın mevcut olduğu söylenebilecektir. Nitekim 2023 yılı itibarıyla ICSID nezdinde yatırım tahkimine ilişkin 329 dava görülmüş ve bunlardan 68'i karara bağlanmıştır. Bunun yanında aynı yıl içerisinde ICSID nezdinde 45 yeni dava açılmıştır⁸. Zira ICSID Konvansiyonu gereği ICSID tarafından alınan kararların iptali yalnızca ICSID Konvansiyonu m. 52'de sayılan sınırlı haller kapsamında gündeme gelmekte, bunun yanında ICSID tarafından alınan kararların tanıma ve tenfizi gerekmemektedir.

Zira akit devletler bu hususlara ilişkin rızalarını ICSID Konvansiyonu'na taraf olarak ortaya koymuştur. Buna karşın milletlerarası ticari tahkim uyuşmazlıkları kapsamında çözüm organlarının alacağı kararlar, kararın uygulanacağı ülke tarafından tanıma ve tenfiz süreçlerinin akabinde uygulama alanı bulmaktadır. Aksi takdirde tahkim merkezleri tarafından verilen kararlar etkisiz kalabilmektedir.

III. MİLLETLERARASI TAHKİM KAPSAMINDA YARIŞAN YARGI YERLERİ SORUNU

Hukuki anlamda yetki, bir davaya bakmaya yer bakımından yetkili olan mahkemenin tespit edilmesi anlamına gelmektedir. Milletlerarası tahkim süreçlerinin icrası sırasında ortaya çıkabilecek sorunlardan bir tanesi, aynı uyuşmazlık kapsamında birden fazla yetkili yargı mercii mevcut olmasıdır. Gerçekten de bazı ikili yatırım anlaşmaları geniş bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasına sahip olması ve yatırım sözleşmelerinin de münhasır yetkiye ilişkin bir kayıt içermesi halinde, yatırım anlaşmasında yer alan uyuşmazlık çözüm yeri ile yatırım sözleşmesinde yer alan yargı yeri arasındaki ihtilafın çözülmesi gerekmektedir⁹. Çoğunlukla yatırım anlaşmalarında uyuşmazlık çözümü kapsamında yetki ile ilgili "herhangi bir" ve benzeri ibarelere yer verilmek suretiyle, yetkiye konu bakımından sınır getirilmeyerek geniş bir rıza hali ortaya

FOOTNOTE

⁸ <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/icsid-publishes-2023-annual-report#:~:text=Highlights%20include%3A,under%20the%20amended%20ICSID%20rules> (Erişim Tarihi: 12.01.2024).

⁹ Sema Taşveren, "Uluslararası Doğal Gaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Çözümünde Esasa Uygulanacak Hukuk", Doktora Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2020, p. 145.

DİPNOT

⁸ <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/icsid-publishes-2023-annual-report#:~:text=Highlights%20include%3A,under%20the%20amended%20ICSID%20rules> (Erişim Tarihi: 12.01.2024).

⁹ Sema Taşveren, "Uluslararası Doğal Gaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Çözümünde Esasa Uygulanacak Hukuk", Doktora Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2020, s. 145.

PART 15

if these breaches overlap, the decision of the arbitral tribunal under the investment agreement can be considered as a resolution for disputes arising from the contract¹⁰. However, this situation can sometimes create problems in terms of the sovereign authority of states. For example, in the context of international investment arbitration, if a competent authority for dispute resolution is already determined under bilateral agreements signed at the interstate level for the protection of investments, but multiple competent authorities arise due to the conclusion of a separate jurisdiction agreement among the parties to the contract, the issue of competing jurisdictions may arise. Additionally, it is possible to

çıkılmaktadır. Sözleşme ve anlaşma ihlalleri gündeme geldiğinde söz konusu ihlallerin örtüşmesi durumunda hakem heyetinin yatırım anlaşması kapsamında vereceği karar sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara ilişkin çözüm sayılabilir¹⁰. Ancak bu durum kimi zaman devletlerin egemenlik yetkisi bakımından sorunlar yaratabilmektedir. Örneğin, milletlerarası yatırım tahkimi bakımından yatırımların korunması amacıyla devletlerarası düzeyde imzalanmış olan ikili anlaşmalar uhdesinde uyuşmazlık çözümü bakımından yetkili bir merci hali hazırda belirlenmişken sözleşme tarafları arasında ayrıca bir yetki sözleşmesi akdedilmesi halinde birden fazla yetkili merciinin doğması neticesinde



resort to local courts under state jurisdiction before resorting to arbitration proceedings, activating the dispute resolution mechanism. In this context, the jurisdiction of local courts becomes a problem.

In terms of Turkish law, the competent court is regulated within the framework of the provisions set forth in the Turkish Code of Civil Procedure No. 6100¹¹ ("CCP"), except for exceptional provisions regarding jurisdiction in other laws. In this regard, a jurisdiction agreement refers to the written determination by traders or legal entities who are parties to a contract, regarding the resolution of disputes that may arise within the scope of their relationship concerning a subject over which they can freely dispose of, in accordance with Article 17 of the CCP. Unless otherwise agreed by the parties, the lawsuit

yarışan yargı yerlerinden bahsetmek mümkündür. Ayrıca taraflarca tahkim yargılama-sına başvuru yoluna gitmeden devlet yargısı kapsamında yerel mahkemelere başvuru yapılarak uyuşmazlık çözümü mekanizması da işletilebilmektedir. Bu çerçevede yerel yargı yerlerinin yetkisi sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Türk hukuku bakımından yetkili mahkeme, diğer kanunlarda yetkiye ilişkin yer alan istisnai hükümler haricinde, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda¹¹ ("HMK") yer alan hükümler çerçevesinde düzenlenmiştir. Bu meyanda, HMK m. 17 uyarınca sözleşme tarafı olan tacir veya tüzel kişilerin üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konuya ilişkin, aralarındaki ilişki kapsamında meydana gelebilecek olan uyuşmazlıkların çözümü bakımından yetkili mahkemeyi yazılı

can only be filed in the court recognized as competent under the relevant jurisdiction agreement. In this respect, in terms of procedural law, the jurisdiction agreement will establish an exclusive jurisdiction regime¹². The validity of such jurisdiction agreements and the jurisdiction regarding applications to Turkish courts will be evaluated from the perspective of Turkish law, which is the law of the judge.

In this context, the Turkish Private International Law and International Civil Procedure Code no. 5718¹³ will also be applicable if the dispute involves a foreign element. Article 47, titled "Agreement on Jurisdiction and its Limits" of the PIL CODE states in its first paragraph: "In cases where the jurisdiction is not determined based on the exclusive jurisdiction principle, the parties may agree that a dispute arising from a debt relationship with a foreign element will be heard by a court of a foreign state." Additionally, Article 18/2 of the CCP stipulates: "For the jurisdiction agreement to be valid, it must be made in writing, the legal relationship giving rise to the dispute must be specific or determinable, and the court or courts designated as competent must be indicated." Therefore, with regard to Article 47 of the PIL CODE and Article 18/2 of the CCP, the determination of the competent court is crucial for disputes involving foreign elements.

Whether a jurisdiction agreement that generally designates the courts of a foreign state as competent without specifying a specific jurisdiction area (such as Iranian courts) fulfills the requirement of being "specific" within the framework of the CCP is subject to doctrinal debate. Furthermore, there are contradictory decisions of the Court of Cassation on this matter:

The prevailing view in doctrine tends to consider jurisdiction agreements that generally designate the courts of a foreign state as competent to be valid. In this regard, Prof. Dr. Ziya Akıncı, in his book "International Construction Contracts" on page 372, addressed this issue by stating: "In international practice, the main focus of the parties is to reach an agreement on which state's courts will hear the dispute. Therefore, considering agreements of the parties stating that the dispute will be resolved in a specific state court as completely invalid just because they do not specify the name of the city would not be in line with the expectations of the practice"¹⁴. Indeed, in

olarak belirlenmesine yetki sözleşmesi denir. Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe dava yalnızca ilgili yetki sözleşmesi bakımından yetkili olarak kabul edilen mahkemede açılacaktır. Bu doğrultuda usul hukuku bakımından yetki sözleşmesi, münhasır yetki hali meydana getirecektir¹². Söz konusu yetki anlaşmalarının geçerliliği ve Türk mahkemelerine yapılacak başvuru kapsamında yetki, hâkimin hukuku olan Türk hukuku açısından değerlendirilecektir.

Bu kapsamda uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması durumunda, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu¹³ da uygulama alanı bulacaktır. MÖHUK'un "Yetki Anlaşması ve Sınırları" başlıklı 47. maddesinin 1. fıkrası "Yer itibarıyla yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hâllerde, taraflar, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler." hükmünü haizdir. İlaveten, HMK m. 18/2: "Yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması ve yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesi şarttır." şeklinde hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda MÖHUK m. 47 ve HMK m. 18/2 bakımından, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar açısından yetkili mahkeme tayini önem arz etmektedir.

Taraflar arasında yabancı bir devletin spesifik olarak bir yetki çevresi göstermeksizin ilgili devletin mahkemelerini genel olarak yetkili kılan bir yetki anlaşmasının (İran mahkemeleri gibi) HMK bağlamında "belirli olma" şartını gerçekleştirip gerçekleştirmediği doktrinde tartışmalıdır. Aynı zamanda bu hususta Yargıtay'ın birbirinin aksi yönünde kararları bulunmaktadır:

Doktrindeki ağırlıklı görüş, yabancı bir devletin mahkemelerini genel olarak yetkili kılan yetki anlaşmalarını geçerli sayma eğilimindedir. Bu minvalde, Prof. Dr. Ziya Akıncı, "Milletlerarası İnşaat Sözleşmeleri" kitabının 372. sayfasında bu hususu "milletlerarası uygulamada tarafların asıl odaklandığı husus, uyuşmazlığın hangi devlet mahkemelerinde görüleceğine ilişkin mutabakat sağlamaktır. Bu sebeple, tarafların uyuşmazlığın belirli bir devlet mahkemesinde çözüleceğine ilişkin anlaşmalarını, sadece şehir ismi yazmadığı için tamamen geçersiz saymak, uygulamanın beklentilerine uygun olmayacaktır." şeklinde ele almıştır¹⁴. Nitekim Yargıtay 11. HD

FOOTNOTE

¹⁰ Taşveren, p. 145.

¹¹ 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu.

¹² Murat Atalı/ İbrahim Ermenek, Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara, p. 432.

¹³ 12.12.2007 tarihli ve 26728 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun.

¹⁴ Ziya Akıncı, Milletlerarası İnşaat Sözleşmeleri, 1. Baskı, İstanbul, p. 372.

DİPNOT

¹⁰ Taşveren, s. 145.

¹¹ 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu.

¹² Murat Atalı/ İbrahim Ermenek, Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara, s. 432.

¹³ 12.12.2007 tarihli ve 26728 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun.

¹⁴ Ziya Akıncı, Milletlerarası İnşaat Sözleşmeleri, 1. Baskı, İstanbul, s. 372.

PART 15

its decision numbered 2014/16212 E. and 2015/1885 K., the 11th Civil Chamber of the Court of Cassation accepted the validity of the jurisdiction clause generally designating the English courts as competent, based on the allegation made by the plaintiff that "... the back of the bill of lading stipulates the jurisdiction clause regarding the resolution of disputes arising from transportation, and accordingly, it is determined that the English courts are competent for any dispute and English law will be applied."

On the other hand, the doctrinal side that does not agree with the above view argues that a jurisdiction agreement generally designating the courts of a country as competent will not have practical consequences and will not be valid unless a specific court within that country is designated as competent¹⁵. Indeed, in its decision numbered 2015/7244 E. and 2016/1657 K., the 11th Civil Chamber of the Court of Cassation ruled that in the context of the absence of a specifically designated competent court, "For the selected court to be considered specific, the designated court must be expressly named. Therefore, without considering the matters announced by the court, determining a jurisdiction clause that does not meet the criterion of "specificity" by stating "the court to which the case is referred... Courts are competent" and establishing a written judgment accordingly was not correct and required reversal." Additionally, in a dispute where Iranian courts were generally designated as competent, the 19th Civil Chamber of the Court of Cassation ruled in its decision numbered 1995/1770 E. and 1995/9992 K. that "...due to the lack of explicit designation of the competent Iranian Court in the jurisdiction agreement, and according to Article 31 of the Turkish Private International Law and International Civil Procedure Code numbered 2675, the existence of a valid jurisdiction agreement cannot be claimed. Therefore, the competent court should be determined according to the jurisdiction rules in the Law of Civil Procedure."

On the other hand, although the parties may authorize foreign courts under Article 47 of the PIL CODE in disputes not falling within the exclusive jurisdiction of Turkish courts and arising from contractual relationships, there are different views in the doctrine and judicial decisions regarding whether the relevant jurisdiction clauses nullify the jurisdiction of Turkish courts.

E. 2014/16212 K. 2015/1885 sayılı kararında, Davacı tarafından ileri sürülen "...tanzim edilen konişmentonun arka yüzünde taşıma sebebiyle ortaya çıkacak ihtilafların çözümüne dair olarak yetki şartının mevcut olduğunu, buna göre her türlü uyuşmazlık bakımından yetkili mahkemenin İngiliz mahkemeleri olduğunun ve ihtilafa İngiliz hukukunun uygulanacağını belirlediğini..." iddiası kapsamında İngiliz mahkemelerini genel olarak yetkili kılan yetki şartını geçerli kabul etmiştir.

Diğer bir yandan yukarıdaki görüşe katılmayan doktrin kanadı, ülkenin içindeki belirli bir mahkeme yetkili kılınmadıkça, genel olarak o ülke mahkemelerini yetkili kılan bir yetki anlaşmasının pratik bir sonuç vermeyeceğini ve geçerli olmayacağını savunmaktadır¹⁵. Nitekim, Yargıtay 11. HD E. 2015/7244 K. 2016/1657 numaralı kararında, yetkili yer mahkemesinin spesifik olarak belirlenmemiş olması bağlamında "Seçilen mahkemenin belirli olduğunun kabulü için yetkili kılınan mahkeme ismen zikredilmiş olmalıdır. Bu itibarla mahkemece açıklanan hususlar nazara alınmadan, "davaya bakmaya...Mahkemelerinin yetkili olduğu" şeklindeki "belirli olma" kriterini taşımayan yetki şartının geçerli olduğu kabul edilerek yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir." şeklinde hüküm kurmuştur. Bunun yanında İran mahkemelerinin genel yetkili olarak belirlendiği bir uyuşmazlık kapsamında Yargıtay 19. HD E. 1995/1770 K. 1995/9992 sayılı kararında "...yetkili kılınan İran Mahkemesi'nin yetki anlaşmasında açıkça belirlenmemiş olması nedeniyle ve 2675 sayılı M.Ö.H.U.K'nun 31.maddesi hükmüne göre, geçerli bir yetki anlaşmasının varlığından bahsedilemez. Bu nedenle yetkili mahkemenin H.U.M.K.'ndaki yetki kaidelerine göre belirlenmesi gerekir." şeklinde hüküm kurmuştur.

Diğer bir yandan, her ne kadar taraflar Türk mahkemelerinin münhasır yetki alanına girmeyen ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda MÖHUK m. 47 uyarınca yabancı ülke mahkemelerini yetkili kılabilirler olsa da ilgili yetki sözleşmelerinin Türk mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırıp kaldırmadığına yönelik doktrinde ve yargı kararları kapsamında farklı görüşler bulunmaktadır.

Bu bağlamda azınlık görüş, tarafların geçerli bir yetki sözleşmesi kurulmuş olmasına rağmen Türk mahkemelerinde dava açabileceği, zira tarafların ilgili yetki kayıtlarıyla yalnızca Türk mahkemelerine ilaveten bir

In this context, the minority view is that even if the parties have established a valid jurisdiction agreement, they can still file a lawsuit in Turkish courts because the parties, with the relevant jurisdiction clauses, have only established a competent court in addition to Turkish courts. Indeed, in the decision of the Court of Cassation General Assembly of Civil Chambers, numbered E. 1988/11-246 K. 1988/476, it was stated that "... a jurisdiction agreement made as envisaged by the law does not eliminate the jurisdiction of Turkish Courts. In other words, a jurisdiction agreement made under Article 31 cannot be considered as an exclusive jurisdiction agreement within the system introduced by the law. Accepting that the jurisdiction of the competent Turkish Court can be eliminated with a



jurisdiction agreement made under Article 31 of Law No. 2675, as stated in the explanations regarding Article 22 of the Code of Civil Procedure, would lead to distrust of Turkish Courts, which would directly contradict public order."

However, the prevailing view argues that under the jurisdiction agreement, the courts empowered by the parties, in accordance with Article 47 of the PIL CODE, can only hear the relevant cases if the respective courts themselves declare themselves incompetent, in which case Turkish courts may hear the cases. Therefore, the predominant position contends that with the establishment of a valid

yetkili mahkeme tesis etmiş olduğu kanısındadır. Nitekim Yargıtay HGK E. 1988/11-246 K. 1988/476 sayılı kararında; "...öngördüğü biçimde yapılmış bir yetki sözleşmesi Türk Mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırmaz. Başka bir anlatımla 31 inci madde uyarınca yapılan bir yetki sözleşmesi maddenin getirdiği sistem içerisinde münhasır bir yetki sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Usulün 22 nci maddesine ilişkin olarak yapılan açıklamalarda olduğu gibi, 2675 sayılı Yasanın 31 inci maddesi uyarınca yapılan yetki sözleşmesi ile, esasen yetkili bulunan Türk Mahkemesinin yetkisinin kaldırılabilmesi kabulü Türk Mahkemelerine güvensizlik beslenmesi sonucunu doğurur ki bu da doğrudan doğruya kamu düzenine ters düşer." şeklinde karar vermiştir.

Buna karşın ağırlıklı görüş, tarafların yetki sözleşmesi kapsamında yetkili kıldığı mahkemelerin MÖHUK m. 47 uyarınca yalnızca ilgili mahkemelerin kendilerini yetkisiz sayması halinde Türk mahkemelerinin ilgili davaları görebileceğini ileri sürmektedir. Dolayısıyla baskın olan kanat, taraflar arasında geçerli bir yetki anlaşması kurulması neticesinde Türk mahkemelerinin yetkisinin askıya alındığını savunmaktadır. Nitekim Yargıtay da son zamanlarda bu görüşe uygun olarak karar almaktadır. Örneğin, Yargıtay HGK E. 1998/12-287 K. 1998/325 sayılı kararında; "...geçerli bir yetki sözleşmesinin varlığı halinde, yetkisi kararlaştırılan Yabancı Devlet Mahkemesi "Münhasır" yetkili bir mahkeme kimliğine

FOOTNOTE

¹⁵ Nuray Ekşi, "Uluslararası Ticarete İlişkin İki Güncel Sorun: Sözleşme Bedelinin Yabancı Para Olarak Ödenmesi ve Yabancı Mahkemenin Yetkisinin Tesisi", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 72, Sayı: 10-12, 1998, p. 873.

DİPNOT

¹⁵ Nuray Ekşi, "Uluslararası Ticarete İlişkin İki Güncel Sorun: Sözleşme Bedelinin Yabancı Para Olarak Ödenmesi ve Yabancı Mahkemenin Yetkisinin Tesisi", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 72, Sayı: 10-12, 1998, s. 873.

PART 15

jurisdiction agreement between the parties, the jurisdiction of Turkish courts is suspended. Indeed, the Court of Cassation has also been issuing decisions in line with this view in recent times. For example, in the decision numbered E. 1998/12-287 K. 1998/325, the Court stated, "...if a valid jurisdiction agreement exists, the Foreign State Court whose jurisdiction is agreed upon gains the exclusive authority... Therefore, if one of the parties fails to comply with the jurisdiction clause in the contract and files a lawsuit in a court in Turkey where jurisdiction is mandatory by law, the other party has the right to object to the lack of jurisdiction; and when the conditions are met, to raise objections of "pendency"."



In this regard, if the jurisdiction agreements concluded between the parties specifically regulate which local courts will be competent, then the contract that empowers foreign courts under the said agreements will also be valid under Turkish law. However, during the resolution of the relevant disputes, if the minority opinion formed in doctrine and Court of Cassation decisions is accepted as the basis, then it is argued that the relevant jurisdiction agreements cannot override the jurisdiction of Turkish courts. Therefore, it is asserted that the cases covered by the aforementioned agreements between the parties can also be filed before Turkish courts.

On the other hand, if the contract between the parties does not specifically stipulate which local courts will resolve the dispute, there

kazanmış olur... O nedenle, taraflardan biri sözleşmedeki yetki şartına uymayarak Türkiye'de kanun gereği yetkili olan bir mahkemede dava açtığına diğer tarafın yetkisizlik; ve koşulları oluştuğunda "derdestlik" itirazlarında bulunmak hakkı doğar" şeklinde hüküm kurmuştur.

Bu minvalde, taraflar arasında akdedilen yetki sözleşmeleri kapsamında spesifik olarak hangi yer mahkemelerinin yetkili olacağı düzenlenmiş olması halinde ilgili sözleşmeler bakımından yabancı mahkemeleri yetkili kılan sözleşme, Türk hukuku bakımından da geçerli olacaktır. Ancak ilgili uyumsuzlukların çözümü sırasında, doktrin ve Yargıtay kararları kapsamında oluşan azınlık görüşün

dayanak kabul edilmesi halinde ilgili yetki sözleşmelerinin Türk mahkemelerinin yetkisini kaldıramayacağı, dolayısıyla taraflar arasındaki sözleşme kapsamında mezkûr davaların Türk mahkemeleri nezdinde de açılabilirliği savunulmaktadır.

Diğer yandan akit taraflar arasındaki sözleşme tahtında spesifik olarak hangi yer mahkemelerinin uyumsuzluğu çözeceği hüküm altına alınmadığı takdirde, yetkiye dair ilgili kayıtların Türk hukuku bakımından geçersiz hale gelebilme ihtimali doğmaktadır. Bu durumda MÖHUK m. 40 kapsamında "Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları tayin eder." hükmü bağlamında, özel hukuk kökenli bir olay veya ilişkiden doğan uyumsuzluk hakkında iç hukukun yer itibarıyla yetkiyi

is a possibility that the relevant jurisdiction clauses may become invalid under Turkish law. In this case, according to Article 40 of the PIL CODE, which states that "Turkish courts' international jurisdiction is determined by the domestic rules of jurisdiction," the existence of a competent court in Turkey according to the domestic rules of jurisdiction governing private law-based disputes or relationships would also indicate the existence of jurisdiction for Turkish courts in international matters. Indeed, if there is no competent court in Turkey, Turkish courts cannot claim jurisdiction over the case. Therefore, the competent court for the resolution of the dispute will be determined according to the general provisions of Turkish law.

In light of all this information, it can be said that the issue of whether the jurisdiction clause between the parties is valid and whether Turkish courts' jurisdiction is suspended in the event of the validity of the relevant jurisdiction clause is subject to debate in doctrine and case law. Additionally, in cases where a contracting state designated as the dispute resolution forum under international agreements for the protection of investments is replaced by a different country, difficulties may arise in the recognition and enforcement process of the decision taken or to be taken in the relevant case. On the other hand, it should be noted that in cases where the invalidity of the jurisdiction clauses or records between the contracting parties is acknowledged, if the jurisdiction objection is not raised by the opposing party as the first means of objection, the jurisdiction of Turkish courts will become definitive, and this situation will be considered as a new jurisdiction agreement between the parties before the court.

IV. CONCLUSION

The fundamental difference between international investment arbitration and commercial arbitration lies in the fact that in investment arbitration, one of the parties involved in the dispute is always a state. In this context, the state party to the dispute does not act as a legal entity like a private law person, but rather as the supreme authority over the territory where the investment is made. Therefore, in investment arbitrations, the realm of public law predominates, allowing for sanctions against the unlawful actions of states without infringing on their sovereignty.

düzenleyen kurallarına göre Türkiye'de yetkili bir mahkemenin varlığı, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin varlığına da delalet edecektir. Gerçekten de Türkiye'de yetkili bir mahkemenin mevcut olmaması halinde Türk mahkemelerinin davayı görme yetkisinden de söz edilemeyecektir. Bu durumda uyumsuzluğun çözümü bakımından yetkili yer mahkemesi, Türk hukukunda yer alan genel hükümlere göre belirlenecektir.

Tüm bu bilgiler ışığında, gerek taraflar arasındaki yetki sözleşmesinin geçerli olup olmadığı gerekse ilgili yetki sözleşmesinin geçerli olması halinde Türk mahkemelerinin yetkisinin askıya alınıp alınmadığı hususunun, doktrin ve yargı kararları kapsamında tartışılmalı olduğu söylenebilecektir. İlave-ten, yatırımların korunmasına yönelik akdedilen devletlerarası anlaşmalar tahtında uyumsuzluğun çözüm mercii olarak yetkili kılınan akit devlet, farklı bir ülkenin yetkili kılınması halinde ilgili dava kapsamında alınan/ alınacak olan kararın tanıma ve tenfiz süreçlerinde zorluk çıkartabilecektir. Diğer yandan, akit taraflar arasındaki yetki sözleşmelerinin veya kayıtlarının geçersiz olduğunun kabul edildiği davalarda yetki itirazının karşı tarafça ilk itiraz yolu ile ileri sürülmediği hallerde Türk mahkemelerinin yetkisinin kesinlik kazanacağı ve bu durumun mahkeme nezdinde taraflar arasında yeni bir yetki anlaşması olarak nitelendirileceğini de belirtmek isteriz.

IV. SONUÇ

Milletlerarası yatırım tahkimi ile ticari tahkim arasında var olan temel fark, yatırım tahkiminde uyumsuzluğun taraflarından birinin mutlaka devlet olmasıdır. Bu minvalde, uyumsuzluk tarafı olan devlet özel hukuk kişisi gibi hareket eden kamu tüzel kişisi olarak değil; yatırımın yapıldığı toprak parçası üzerindeki en üstün iktidar olarak yer almaktadır. Bu sebeple devletlerin egemenlik yetkisine hâle gelmeksizin devletlerin hukuka aykırı eylemlerinin yaptırım bulabilmesi adına yatırım tahkimlerinde ağırlıklı olarak kamu hukuku varlık sahası kazanacaktır. Oysa milletlerarası ticari tahkim-

PART 15

On the other hand, in international commercial arbitration, the majority of parties are usually private law entities, and even if a public legal entity is involved, they act as a private law person. As a result, the law applicable to the substance of the dispute can be determined by the parties' free will. In this regard, even in the absence of any agreement between the parties, the most relevant law governing the dispute can be determined based on the international procedural law provisions in the parties' national laws.

Another significant difference between investment arbitration and commercial arbitration is the choice of dispute resolution fo-

de tarafların ekseriyetle özel hukuk kişisi olması; istisnai olarak kamu tüzel kişisi olsa dahi bunların özel hukuk kişisi gibi hareket etmesi sebepleriyle uyuşmazlığın özüne uygulanacak hukuk, tarafların serbest iradesi kapsamında belirlenebilecektir. Bu bağlamda taraflar arasında herhangi bir mutabakat olmasa dahi uyuşmazlığın sebebi ile en ilgili olan hukuk, uyuşmazlık taraflarının milli hukuklarında yer alan milletlerarası usul hukuku düzenlemeleri neticesinde belirlenebilecektir.

Bunun yanında yatırım tahkimi ve ticari tahkim arasındaki en belirgin farklardan bir diğeri, uyuşmazlıkların çözüm merci olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de yatırım



rum. Indeed, disputes related to investment arbitration are generally resolved through the ICSID, whereas disputes concerning commercial arbitration are resolved either through arbitration centers agreed upon by the parties or through ad hoc arbitration according to the parties' free will.

Finally, regarding the resolution of disputes arising from conflicts between the competent authorities designated under investment incentive and protection agreements, and those designated under the jurisdiction clauses concluded between the parties, the prevailing view in doctrine and judicial decisions asserts that in the presence of a valid jurisdiction clause, disputes should

tahkimine ilişkin uyuşmazlıklar genel olarak ICSID nezdinde çözümlenirken ticari tahkime ilişkin uyuşmazlıklar tarafların serbest iradesi tahtında mutabık kaldıkları tahkim merkezleri veya ad hoc tahkim yolu usulünce çözümlenmektedir.

Son olarak yatırım tahkimlerinin kaynağı olan yatırım teşvik ve koruma sözleşmeleri uyuşmazlıkların çözüm mercini belirlemişken taraflar arasında akdedilen yetki sözleşmeleri tahtında yetkili hale gelen çözüm mercileri arasındaki ihtilafın çözümü bakımından doktrin ve Yargı kararları kapsamındaki ağırlıklı görüş, geçerli bir yetki sözleşmesinin varlığı halinde davaların münhasır yetkili olan merciler nezdinde

be brought exclusively before the designated competent authorities. The minority view, however, contends that jurisdictional agreements signed between parties do not waive the jurisdiction of states under their sovereign authority. Therefore, it suggests that cases can be brought before both local courts and the agreed-upon courts of the parties.

açılması gerektiğini savunmaktadır. Azınlık görüş ise devletlerin egemenlik yetkisi uyarınca taraflar arasında imzalanan bir yetki sözleşmesinin devletlerin yargılama yetkisini kaldırmayacağını, bu sebeple davaların hem yerel mahkemeler hem de taraflar arasında mutabık kalınan yer mahkemelerinde açılabilceğini ileri sürmektedir.

BIBLIOGRAPHY

ABDURRAHMAN EREN, Anayasa Hukuku Dersleri, 5. baskı, Ankara 2023.

ALİ OSMAN KARAOĞLU, Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, 1. Baskı, İstanbul 2019.

CEMAL ŞANLI/ EMRE ESEN/ İNCİ ATAMAN FİĞANMEŞE, Milletlerarası Özel Hukuk, 10. baskı, İstanbul 2023.

İNCİ ATAMAN FİĞANMEŞE, "Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 31, S. 1, 2012.

MURAT ATALI/ İBRAHİM ERMENEK, Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara.

NURAY EKŞİ, "Uluslararası Ticarete İlişkin İki Güncel Sorun: Sözleşme Bedelinin Yabancı Para Olarak Ödenmesi ve Yabancı Mahkemenin Yetkisinin Tesisi", İstanbul Barosu Dergisi, C. 72, S. 10-12, 1998.

SEDAT ÇAL, "Uluslararası Yatırım Tahkimine İlişkin Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 57. Cilt, 4. Sayı, 2008.

SİNAN CAN KONYALI, "Milletlerarası Ticari Tahkim Kamu Düzeni", Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Milletlerarası Özel Hukuk Bilim Dalı, Bursa 2017.

SEDAT ÇAL, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi, 1. Baskı, Ankara 2009.

SEMA TAŞVEREN, "Uluslararası Doğal Gaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Çözümünde Esasa Uygulanacak Hukuk", Doktora Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2020.

ZİYA AKINCI, Milletlerarası İnşaat Sözleşmeleri, 1. Baskı, İstanbul.

<https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/icsid-publishes-2023-annual-report#:~:text=Highlights%20include%3A,under%20the%20amended%20ICSID%20rules> (Erişim Tarihi: 12.01.2024).

KAYNAKÇA

ABDURRAHMAN EREN, Anayasa Hukuku Dersleri, 5. baskı, Ankara 2023.

ALİ OSMAN KARAOĞLU, Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, 1. Baskı, İstanbul 2019.

CEMAL ŞANLI/ EMRE ESEN/ İNCİ ATAMAN FİĞANMEŞE, Milletlerarası Özel Hukuk, 10. baskı, İstanbul 2023.

İNCİ ATAMAN FİĞANMEŞE, "Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 31, S. 1, 2012.

MURAT ATALI/ İBRAHİM ERMENEK, Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara.

NURAY EKŞİ, "Uluslararası Ticarete İlişkin İki Güncel Sorun: Sözleşme Bedelinin Yabancı Para Olarak Ödenmesi ve Yabancı Mahkemenin Yetkisinin Tesisi", İstanbul Barosu Dergisi, C. 72, S. 10-12, 1998.

SEDAT ÇAL, "Uluslararası Yatırım Tahkimine İlişkin Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 57. Cilt, 4. Sayı, 2008.

SİNAN CAN KONYALI, "Milletlerarası Ticari Tahkim Kamu Düzeni", Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Milletlerarası Özel Hukuk Bilim Dalı, Bursa 2017.

SEDAT ÇAL, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi, 1. Baskı, Ankara 2009.

SEMA TAŞVEREN, "Uluslararası Doğal Gaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Çözümünde Esasa Uygulanacak Hukuk", Doktora Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2020.

ZİYA AKINCI, Milletlerarası İnşaat Sözleşmeleri, 1. Baskı, İstanbul.

<https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/icsid-publishes-2023-annual-report#:~:text=Highlights%20include%3A,under%20the%20amended%20ICSID%20rules> (Erişim Tarihi: 12.01.2024).



PART 16

PRODUCT SHARING AGREEMENTS

ÜRETİM PAYLAŞIM SÖZLEŞMELERİ

CEREN NAZ ÜNSAL
MELİH KARAMAN

PART 16

ABSTRACT | ÖZET

This article explains the purposes and specifications of Product Sharing Agreements and ultimately explains that the objective of Product Sharing Agreement is to create a consensus for the benefit of all stakeholders.

Bu çalışma ile birlikte Üretim Paylaşım Sözleşmelerinin amaçları ve özellikleri açıklanarak nihayetinde Üretim Paylaşım Sözleşmeleri ile hedeflenenin tüm paydaşların yararına olmak üzere bir konsensüs oluşturduğu açıklanmıştır.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELER

Product Sharing Agreement, Production Sharing Agreement, Production Sharing Agreements, Psa, Psc.

Product Sharing Agreement, Production Sharing Agreement, Production Sharing Contracts, Üretim Paylaşım Sözleşmeleri, Psa, Psc, Üps.

I. INTRODUCTION

Product Sharing Agreements provide unity of interest between the parties by eliminating the opposition of interests between the host state and the company that will perform the activities in the production and development of natural resources.

Product Sharing Agreements are one of the three main types of agreements for the exploration and production of oil and gas resources under foreign investment agreements. Foreign investment agreements consist of consensus and license agreements, Product Sharing Agreements and risk-service agreements. All of the three types of agreements may be related to partnership or joint-venture agreements¹. In another categorization, Product Sharing Agreements are a sub-type of upstream agreements which deal with the extraction of natural resources such as oil and natural gas from underground. "Upstream agreements are commonly referred to as petroleum exploration and production agreements (e.g., petroleum exploration and production agreements, E&P Agreements)"².

In developing countries, the desire to convert natural resources into income leads to a desire to see the oil industry succeed. The success of the oil industry requires co-

I. GİRİŞ

Product Sharing Agreement ("Üretim Paylaşım Sözleşmeleri"), doğal kaynakların üretimi ve gelişiminde ev sahibi devlet ve faaliyetleri gerçekleştirecek olan şirket bakımından çıkar karışıklığını ortadan kaldırarak taraflar arasında çıkar birliği sağlamaktadır.

Üretim Paylaşım Sözleşmeleri, yabancı yatırım sözleşmeleri kapsamında petrol ve doğal gaz kaynaklarının araştırılması ve üretilmesi sektörüne ait olan üç ana sözleşme tipinden biridir. Yabancı yatırım sözleşmeleri; konsensüs ve lisans sözleşmeleri, Üretim Paylaşım Sözleşmeleri ve risk-hizmet sözleşmelerinden (risk-service contracts) oluşmaktadır. Tüm bu üç sözleşme tipi de ortaklık ya da ortak girişim (joint-venture) sözleşmeleriyle ilişkili olabilir¹. Üretim Paylaşım Sözleşmeleri bir başka sınıflandırmada ise petrol, doğal gaz gibi doğal kaynakların yer altından çıkarılması faaliyetlerini konu edinen upstream sözleşmelerinin alt türü niteliğindedir. "Upstream sözleşmeleri genelde petrol arama ve üretim sözleşmeleri (örneğin petroleum exploration and production contracts, E&P Contracts) olarak adlandırılmaktadır"².

Gelişmekte olan ülkelerde doğal kaynakları gelire dönüştürme arzusu özellikle petrol endüstrisini başarıya ulaştırma isteği ile sonuç-



operation with international oil companies in terms of both capital and technical expertise. In accordance with this purpose, an agreement should be reached in a way that benefits all counterparties. This agreement can be formed through different forms of agreements in compliance with the expectations and interests of the parties. Herein Product Sharing Agreements comes into prominence³.

There are generally three models which are available to the host state for the exploration and development of the oil industry. The first of them is the model of nationalization of industry, which has largely been in effect since 1970 in Iraq. In this model, the state assumes all responsibilities and takes all profits. Under this model, international oil companies work under a technical service agreement for a fixed fee for a limited period of time, and this model is used in the majority of the Gulf countries. In the second model, the concession model, the host state licenses a foreign company or a consortium of foreign companies to extract oil. After the oil is extracted, it becomes the property of the foreign company and the foreign oil company pays taxes and royalties to the host state as a result of its activities. The third and final model is the Product Sharing Agreements, which is the preferred model of our article. Product

lanmaktadır. Petrol endüstrisinin başarısı için uluslararası petrol şirketleri ile hem sermaye hem de teknik uzmanlık bakımından iş birliği yapmak gerekmektedir. Bu amaç ile birlikte tüm aktörlerin yararına olacak bir şekilde anlaşmaya varılmalıdır. Bu anlaşma, tarafların beklentileri ve çıkarları doğrultusunda farklı sözleşme biçimleri ile oluşturulabilmektedir. Bu noktada Üretim Paylaşım Sözleşmeleri ön plana çıkmaktadır³.

Petrol endüstrisinin araştırılması ve geliştirilmesi amacı ile ev sahibi devletin genel olarak izleyebileceği üç model söz konusudur. Bunlardan ilki Irak'ta 1970 yılından itibaren büyük ölçüde geçerli olan endüstrinin kamulaştırılması modelidir. Bu modelde devlet tüm sorumlulukları üstlenir ve tüm kârı alır. Uluslararası petrol şirketleri bu model kapsamında sınırlı bir süre için sabit bir ücret karşılığında teknik servis hizmet sözleşmesi kapsamında çalışmakta olup bahse konu bu model körfez ülkelerinin çoğunluğunda kullanılmaktadır. İkinci model olan imtiyaz modelinde ise ev sahibi devlet yabancı bir şirkete veya yabancı şirketlerden oluşan bir konsorsiyuma petrol çıkarma lisansı vermektedir. Petrol, çıkarıldıktan sonra yabancı şirketin malı haline gelir ve neticede yabancı petrol şirketi ev sahibi devlete faaliyetleri sonucunda vergi ve telif ücreti öder. Üçüncü ve nihai model ise çalışmamızı oluşturan ve sıklıkla tercih edilen model olan

DİPNOT

¹ Kyla Tienhaara, "Foreign Investment Agreements in the Oil & Gas Sector: A Survey of Environmentally Relevant Clauses", Sustainable Development Law & Policy, Vol.11, No. 3, 2011, p. 16.

² Sema Taşveren, Uluslararası Doğal Gaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Çözümünde Esasa Uygulanacak Hukuk, Oniki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2022, s. 9.

³ Hassan Shafiqul/ Amuda Yusuff Jelili, "Contract structure of production sharing agreement by international oil company in exploration of petroleum resources in developing countries", International Journal of Energy Economics and Policy, Vol. 13 No 3, 2023, s. 3.

FOOTNOTE

¹ Kyla Tienhaara, "Foreign Investment Agreements in the Oil & Gas Sector: A Survey of Environmentally Relevant Clauses", Sustainable Development Law & Policy, Vol.11, No. 3, 2011, p. 16.

² Sema Taşveren, Uluslararası Doğal Gaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Çözümünde Esasa Uygulanacak Hukuk, Oniki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2022, p. 9.

³ Hassan Shafiqul/ Amuda Yusuff Jelili, "Agreement structure of production sharing agreement by international oil company in exploration of petroleum resources in developing countries", International Journal of Energy Economics and Policy, Vol. 13 No 3, 2023, p. 3.

PART 16

Sharing Agreements are more complex than the other models, which will be explained in detail below⁴.

Production Sharing Contracts are a type of private law agreement that are frequently signed by the governments of nations that possess oil and businesses that possess the necessary capital and technical resources to extract the oil. Under these agreements, one party makes a commitment and pays the other's costs in the event that any revenue is made from the transaction. The remaining funds are then divided between the parties. One party to Product Sharing Agreements is the national oil companies, sometimes the government itself and sometimes an extension of the government, and the other party is the companies that will provide the technical equipment and facilities required for the extraction of the oil and have the capital required to do likewise. Through Product Sharing Agreements, governments have the option to occupy different positions in oil production and development⁵.

Product Sharing Agreements remain the dominant form of agreement for the exploration and development of petroleum resources in developing countries. In this form of agreement, the state remains the primary owner of the oil resources, but interacts with the international oil company, which provides both financial and technical expertise in the development and exploration process⁶.

FOOTNOTE

⁴ Greg Muttitt, "Production sharing agreements: oil privatization by another name?", General Union of Oil Employees' conference on privatization Basrah Iraq, PLATFORM www.carbonweb.org, 2005, p. 5.

⁵ Kirsten Bindemann, "Production-Sharing Agreements: An Economic Analysis", Oxford Institute for Energy Studies, Series WPM 25, 1999, p. 1.

⁶ Shafiqul / Jelili, p. 4.

⁷ Wigwe Chizindu, "Joint Venture and Production Sharing Agreements in Less Developed Countries - A Critical Analysis", University of Wolverhampton PhD Thesis, 2019, p. 171.

⁸ "All-natural wealth on the land and in water is under the jurisdiction of the state and should be used for the benefit and the welfare of the people."

⁹ Wigwe Chizindu, p. 173.

¹⁰ Bindemann, Production-Sharing Agreements: An Economic Analysis, Oxford Institute for Energy Studies, Series WPM 25, 1999, p. 1.

Üretim Paylaşım Sözleşmeleridir. Üretim Paylaşım Sözleşmeleri diğer modellere nazaran aşağıda detaylıca anlatılacağı üzere daha kompleks bir içeriğe sahiptir⁴.

Üretim Paylaşım Sözleşmeleri, yaygın olarak petrol sahibi ülkelerin hükümetleri ile petrolü çıkaracak teknik donanım ve sermaye yeterliliğine sahip şirketler arasında imzalanan ve taraflardan birinin belirli bir taahhüt üstlenerek bu işlem neticesinde herhangi bir gelir elde edilmesi halinde yapmış olduğu masraflı elde edilmiş olan gelirin belirli bir oranda geri alınması yolu ile tahsil eden ve bakiyenin taraflar arasında paylaşılması esasına dayanan bir özel hukuk sözleşmesidir. Üretim Paylaşım Sözleşmelerinin bir tarafını bazen hükümetin kendisi kimi zaman da hükümetin bir uzantısı olan milli petrol şirketleri oluştururken karşı tarafını ise petrolün çıkarılması için gereken teknik donanım ve ekipmanı sağlayacak olan ve bunun için sermaye yeterliliği bulunan şirketler oluşturur. Üretim Paylaşım Sözleşmeleri sayesinde hükümetler petrol üretiminin ve gelişiminin farklı pozisyonlarında yer edinebilme opsiyonuna sahip olmaktadır⁵.

Üretim Paylaşım Sözleşmeleri gelişmekte olan ülkelerde petrol kaynaklarının araştırılması ve geliştirilmesi için en baskın sözleşme şekli olmaya devam etmektedir. Bu sözleşme şeklinde devlet petrol kaynaklarının halen asıl sahibi olmaya devam etmekteyken, geliştirme ve araştırma sürecinde kendisine hem finansal hem de teknik uzmanlık sağlayan uluslararası petrol şirketi ile etkileşim halindedir⁶.



II. THE HISTORICAL BACKGROUND OF PRODUCT SHARING AGREEMENTS

Product Sharing Agreements have their origins in the Napoleonic Era and the French legal philosophy that the ownership of minerals should belong to the state and not to individuals for the benefit of all citizens. This philosophy is stated in Article 33 of the Indonesian Constitution of 1945 as follows⁷:

*"All-natural wealth on the land and in water is under the jurisdiction of the state and should be used for the benefit and the welfare of the people"*⁸.

Historically, Product Sharing Agreements were first used in Indonesia in 1966. Independent Indonesia American Petroleum Company (IAPC) signed an agreement with Indonesia in 1966. It is possible to suggest that this agreement was the first production sharing agreement in the oil industry in real terms. This agreement is very important as it is considered as a turning point in the development of Indonesia's and the world's oil agreements⁹. Considering the political conjuncture of Indonesia at the time, foreign-owned companies were the target of criticism due to rising nationalism, while Product Sharing Agreements were considered as a solution to the disadvantageous situation of not extracting the resources for both the state and international companies, as they enabled the state to retain ownership of the resources. Following Indonesia, Product Sharing Agreements have become globally widespread in all oil producing regions except Western Europe¹⁰.

III. THE RELEVANCE OF PRODUCT SHARING AGREEMENTS

A. The Development of Natural Resources

The most specific characteristic of the natural minerals sector is the location of the mines where the activities such as exploration, development and production subject to the agreement will be performed. Nonetheless, initiatives in this sector are inher-

II. ÜRETİM PAYLAŞIM SÖZLEŞMELERİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Üretim Paylaşım Sözleşmelerinin kökleri Napolyon Dönemi'ne ve madenlerin mülkiyetinin tüm vatandaşların yararına bireyler tarafından değil devlete ait olmasını esas alan Fransız hukuk anlayışına dayanmaktadır. Bu felsefe 1945 tarihli Endonezya Anayasası'nın 33. maddesinde şu şekilde yer almaktadır⁷:

*"Karadaki ve sudaki tüm doğal zenginlikler devletin yetkisi altındadır ve halkın yararı ve refahı için kullanılmalıdır"*⁸.

Üretim Paylaşım Sözleşmeleri tarihsel olarak incelendiğinde ilk olarak 1966 yılında Endonezya'da kullanılmaya başlanmıştır. Independent Indonesia American Petroleum Company (IAPC), Endonezya ile 1966 yılında bir anlaşma imzalamıştır. Bu anlaşmanın gerçek anlamda petrol endüstrisindeki ilk üretim paylaşım sözleşmesi olduğunu ileri sürmek mümkündür. Bu sözleşme Endonezya'nın ve dünya petrol anlaşmalarının gelişiminde bir dönüm noktası olarak kabul edildiği için oldukça önemlidir⁹. Endonezya'nın o dönemdeki politik konjonktürü dikkate alındığında yükselen milliyetçilik ile birlikte yabancı sermayeli şirketler eleştirilerin hedefi olurken Üretim Paylaşım Sözleşmeleri hem devlet hem de uluslararası şirketler için dezavantajlı olan kaynakların çıkarılmaması durumuna karşın, devletlerin kaynakların mülkiyetini halen elinde tutmasını sağlayabilmesi sayesinde bir çözüm olarak değerlendirilmiştir. Endonezya'nın ardından Batı Avrupa hariç olmak üzere tüm petrol üretim bölgelerinde Üretim Paylaşım Sözleşmeleri küresel olarak yaygınlaşmaya başlamıştır¹⁰.

III. ÜRETİM PAYLAŞIM SÖZLEŞMELERİNİN ÖNEMİ

A. Doğal Madenlerin Gelişimi

Doğal madenler sektörünün en spesifik özelliği sözleşmeye konu arama, geliştirme ve üretim gibi faaliyetlerin gerçekleştirileceği yerin madenlerin konumlandığı yer olmasıdır. Bununla beraber bu sektördeki girişimler kendi içinde, dünya piyasasında-

DİPNOT

⁴ Greg Muttitt, "Production sharing agreements: oil privatization by another name?", General Union of Oil Employees' conference on privatization Basrah Iraq, PLATFORM www.carbonweb.org, 2005, s. 5.

⁵ Kirsten Bindemann, "Production-Sharing Agreements: An Economic Analysis", Oxford Institute for Energy Studies, Series WPM 25, 1999, s. 1.

⁶ Shafiqul / Jelili, s. 4.

⁷ Veronica Wigwe Chizindu, "Joint Venture And Production Sharing Contracts In Less Developed Countries - A Critical Analysis", University of Wolverhampton PhD Thesis, 2019, s. 171.

⁸ "All-natural wealth on the land and in water is under the jurisdiction of the state and should be used for the benefit and the welfare of the people".

⁹ Wigwe Chizindu, s. 173.

¹⁰ Bindemann, Production-Sharing Agreements: An Economic Analysis, Oxford Institute for Energy Studies, Series WPM 25, 1999, s. 1.

PART 16

ently high risk due to the unpredictability of mineral prices in the world market, the unpredictability of costs and the variability of the political conjuncture affecting related activities. Due to these risks, it is usually not possible for local companies to make these investments, especially in developing countries. The development of natural minerals is usually subject to a long-term program and often forms part of the overall economic program for the host state¹¹. In order to serve this purpose, the host state benefits from the technical and capital competence of foreign oil companies under Product Sharing Agreements.

B. The Development Rights of Natural Resources and Ownership

There are two methods for negotiating Product Sharing Agreements: bilateral negotiations and competitive bidding. When an agreement is negotiated bilaterally, usually a multinational company applies to the government of the host state for a royalty for the development, exploration and export of a mineral deposit. Conventionally, the agreement is established by the company paying a royalty to the government¹².

Frequently, agreement negotiations take place between a national company and an international company rather than between the international company and the government. The national company usually has negotiating power either because of legislation and regulations or because it controls natural resource reserves. Three reasons can be given as to why a national company replaces the government in agreement negotiations with a foreign contractor. The first reason is that the national company has more and better information about natural resources, which is one of the reasons why the national company is involved in agreement negotiations. The second is that a national company is less politically motivated than the government. Finally, the involvement of the national company in cooperation with the foreign company in controlling the process of exploration and development of natural resources will contribute to the development of national expertise¹³.

ki maden fiyatlarının bilinmezliği, maliyetlerin öngörülemezliği ve siyasi konjonktürün değişkenliğinin ilgili faaliyetleri etkilemesi gibi sebeplerle yüksek riskleri barındırır. Bu riskleri barındırması sebebiyle özellikle gelişmekte olan ülkelerde bahsi geçen yatırımların yerel şirketler tarafından yapılması çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Doğal madenlerin gelişimi genellikle uzun vadeli bir programa bağlıdır ve çoğu zaman ev sahibi devlet bakımından genel ekonomik programın bir parçasını oluşturur¹¹. Ev sahibi devlet bu amacına hizmet edecek şekilde yabancı petrol şirketlerinin teknik uzmanlık ve sermaye yeterliliğinden Üretim Paylaşım Sözleşmeleri çerçevesinde fayda sağlamaktadır.

B. Doğal Madenleri Geliştirme Hakları ve Mülkiyet

Üretim Paylaşım Sözleşmeleri görüşmeleri için ikili görüşmeler ve açık artırma yoluyla ihale olmak üzere iki yöntem mevcuttur. Sözleşme ikili görüşmeler yolu ile müzakere edildiğinde genellikle çok uluslu bir şirket, bir maden yatağının geliştirilmesi, araştırılması ve ihracatı için imtiyaz elde etmek amacıyla ev sahibi ülkenin hükümetine başvurmaktadır. Geleneksel olarak sözleşme, şirketin hükümete bir telif hakkı ödemesi ile kurulmuş olmaktadır¹².

Sıklıkla sözleşme görüşmeleri uluslararası şirket ile hükümet arasında gerçekleşmek yerine ulusal bir şirket ile uluslararası şirket arasında gerçekleşmektedir. Ulusal şirket genellikle ya mevzuat ve yasal düzenlemeler gereği ya da doğal kaynak rezervlerini kontrol ettiği için müzakere etme gücüne sahip olmaktadır. Yabancı yüklenici ile sözleşme müzakerelerinde hükümetin yerini neden bir ulusal şirketin aldığı hususunda üç sebep değerlendirilebilecektir. Ulusal şirketin doğal kaynaklar hakkında daha fazla ve daha iyi bilgiye sahip olması ulusal şirketin sözleşme müzakeresinde yer almasının nedenlerinden ilkidir. İkincisi ise ulusal bir şirketin hükümete nazaran daha az politik motivasyonla hareket edeceği hususudur. Son olarak ulusal şirketin doğal kaynakların keşfi ve geliştirilmesi süreci kontrolünde yabancı şirket ile iş birliği içerisinde yer alması, ulusal olarak uzmanlığın geliştirilmesine katkı sağlayacaktır¹³.

IV. THE CHARACTERISTICS OF PRODUCT SHARING AGREEMENTS

Product Sharing Agreements, which replace concession agreements, a type of administrative agreement generally concluded by the administration with a private person, are a type of agreement in which the power over natural resources has been transferred from oil-producing international companies to states. While the state retains the property rights over natural resources, Product Sharing Agreements authorize international oil companies to carry out exploration and production activities on natural resources. Hence, the host state or national oil company has the authority to exercise administrative control over the international oil company. In contrast to other risk agreements, it gives the host state the opportunity to enforce its policy on natural resources while at the same time creating the potential for the international oil exploration company to profit. For all stakeholders of Product Sharing Agreements, it can be said that a win-win relationship is created between them.

Product Sharing Agreements, which are a type of upstream agreements mentioned in the introduction of this article, are investment agreements due to their characteristics such as being long-term and allowing profit-income sharing in different ways, rather than being commercial agreements.

Frequently, contract negotiations take place between a national company and an international company, rather than between the international company and the government. The national company usually has negotiating power either because of legislation and regulations or because it controls natural resource reserves. There are three reasons why a national company might replace the government in agreement negotiations with a foreign contractor. The first is that the national company has more and better information about natural resources. Second, a national company is less politically motivated than the government. Finally, the national company's cooperation with the foreign company in controlling the process of exploration and development of natural resources will contribute to the development of national expertise¹⁴.

IV. ÜRETİM PAYLAŞIM SÖZLEŞMELERİNİN ÖZELLİKLERİ

İdarenin genel olarak özel bir kişi ile akdettiği idari sözleşme türü olan imtiyaz sözleşmelerinin yerini alan Üretim Paylaşım Sözleşmeleri, doğal kaynaklar üzerindeki gücün petrol üreten uluslararası şirketlerden devletlere doğru kaydığı bir sözleşme türüdür. Bu sözleşme ile doğal kaynaklar üzerindeki mülkiyet hakkı devlette kalırken Üretim Paylaşım Sözleşmeleri ile doğal kaynaklar üzerindeki arama ve üretim faaliyetlerini uluslararası petrol şirketlerine yapma iznini vermektedir. Bu sayede ev sahibi devletin veya milli petrol şirketinin uluslararası petrol şirketi üzerinde idari denetim yapma yetkisi bulunmaktadır. Diğer risk sözleşmelerinin aksine ev sahibi devlete doğal kaynaklar üzerindeki politikasını uygulama fırsatı verirken aynı zamanda uluslararası petrol arama şirketine de kâr etme potansiyeli yaratmaktadır. Üretim Paylaşım Sözleşmelerinin tüm paydaşları için aralarında bir kazan-kazan (*win-win*) ilişkisinin oluştuğundan bahsedilebilecektir.

Çalışmamızın giriş kısmında bahsedilen *upstream* sözleşmelerinin bir türü niteliğinde olan Üretim Paylaşım Sözleşmeleri, ticari sözleşme olma niteliğinden daha çok uzun vadeli olması, kâr-gelir paylaşımına farklı şekillerde olanak vermesi gibi özellikleri sebebiyle yatırım sözleşmesi niteliğini taşımaktadır.

Sıklıkla sözleşme görüşmeleri uluslararası şirket ile hükümet arasında gerçekleşmek yerine ulusal bir şirket ile uluslararası şirket arasında gerçekleşmektedir. Ulusal şirket genellikle ya mevzuat ve yasal düzenlemeler gereği ya da doğal kaynak rezervlerini kontrol ettiği için müzakere etme gücüne sahip olmaktadır. Yabancı yüklenici ile sözleşme müzakerelerinde hükümetin yerini neden bir ulusal şirketin aldığı hususunda üç sebepten bahsedilebilecektir. Bunlardan ilki ulusal şirketin doğal kaynaklar hakkında daha fazla ve daha iyi bilgiye sahip olmasıdır. İkincisi ise ulusal bir şirketin hükümete nazaran daha az politik motivasyonla hareket edecek olmasıdır. Son olarak ulusal şirketin doğal kaynakların keşfi ve geliştirilmesi süreci kontrolünde yabancı şirket ile iş birliği içerisinde yer alması, ulusal olarak uzmanlığın geliştirilmesine katkı sağlayacaktır¹⁴.

FOOTNOTE

¹¹ Bindemann, p. 5.

¹² Bindemann, p. 7.

¹³ Bindemann, p. 5-6.

¹⁴ Bindemann, p. 5-6.

DİPNOT

¹¹ Bindemann, s. 5.

¹² Bindemann, s. 7.

¹³ Bindemann, s. 5-6.

¹⁴ Bindemann, s. 5-6.

PART 16

Product Sharing Agreements differ from other types of agreements by their nature. The first aspect that distinguishes Product Sharing Agreements from other types of agreements is that the host state owns all the equipment and hardware, and the second aspect is that the international oil company assumes all the risk. However, this basic structure varies according to the configuration of the contracting parties. For instance, under the Indonesian Product Sharing Agreement, the host state is responsible for all exploration and production costs once the oil and gas field are discovered to be sufficient for commercial purposes. In the case of Peru, the risk burden in the exploration and production process was assumed by the international oil company in exchange for a significant amount of oil revenue compared to the terms of the agreement in Indonesia. These companies included Chevron Pacific Indonesia, Pertamina EP, CNOOC, ExxonMobil Cepu Limited and Pertamina Hulu Mahakam¹⁵.

In addition to these features, the financial features of Product Sharing Agreements require international oil companies to pay royalties to host states on total production. Following the payment of royalties, the international oil company is entitled to receive a predetermined amount of profit oil to cover its expenses. The remaining production is shared between the host state and the international oil company on a certain ratio. At the end of the process, the international oil company may be obliged to pay royalties on the oil profits¹⁶.

Product Sharing Agreements are prepared and used as model agreements in developing countries that do not have the necessary capital adequacy and technical equipment to produce natural resources, or in countries trying to rise to this category. Examples include oil producing host countries such as Qatar, Azerbaijan and Nigeria¹⁷.

A. Negotiations of Product Sharing Agreements

When drafting Product Sharing Agreements, the host state must first decide which parameters should be included in the agreement. It then needs to decide which of these parameters will remain fixed and which will be open to tender or negotiation. These decisions are often made at a time when the host state has

Niteliği gereği Üretim Paylaşım Sözleşmeleri diğer sözleşme türlerinden ayrılmaktadır. Üretim Paylaşım Sözleşmelerini diğer sözleşme türlerinden ayıran ilk unsur ev sahibi devletin tüm ekipman ve donanımın sahibi olması olup ikinci unsur ise uluslararası petrol şirketinin tüm riski üstlenmesidir. Ancak bu temel yapı sözleşme taraflarının yapılandırmasına göre değişiklik göstermektedir. Örnek olarak Endonezya’da akdedilen Üretim Paylaşım Sözleşmesi kapsamında, petrol ve gaz sahasının ticari amaçlar için yeterli olduğu keşfedildiğinde ev sahibi devlet tüm arama ve üretim masraflarından sorumlu tutulmuştur. Peru örneğinde ise arama ve üretim sürecindeki risk yükü, Endonezya’daki sözleşme şartları ile karşılaştırıldığında önemli bir miktar petrol geliri karşılığında uluslararası petrol şirketi tarafından üstlenilmiştir. Bu şirketlerden bazıları Chevron Pacific Indonesia, Pertamina EP, CNOOC, ExxonMobil Cepu Limited ve Pertamina Hulu Mahakam’dır¹⁵.

Bu özelliklerin yanı sıra Üretim Paylaşım Sözleşmelerinin finansal özellikleri gereği uluslararası petrol şirketleri ev sahibi devletlere toplam üretim üzerinden telif ücreti ödemekle yükümlüdür. Telif ücretinin ödenmesinin akabinde uluslararası petrol şirketi maliyetini geri kazanabilmek adına önceden belirlenmiş bir miktar kâr petrolü (*profit oil*) almaya hak kazanmaktadır. Geriye kalan üretim miktarı ise ev sahibi devlet ve uluslararası petrol şirketi arasında belli bir oran üzerinde paylaşılmaktadır. Sürecin sonunda ise uluslararası petrol şirketi petrol kârından elde ettiği gelir üzerinden kâr ödemekle yükümlü olabilmektedir¹⁶.

Üretim Paylaşım Sözleşmeleri doğal kaynakları üretebilmek adına gerekli sermaye yeterliliği ve teknik donanıma sahip olmayan gelişmekte olan veya bu kategoriye yükselmeye çalışan ülkelerde model sözleşmeler olarak hazırlanıp kullanılmaktadır. Bu ülkelere Katar, Azerbaycan, Nijerya gibi petrol üretiminin yapıldığı ev sahibi ülkeler örnek olarak verilebilecektir¹⁷.

A. Üretim Paylaşım Sözleşmelerinin Müzakere Süreci

Üretim Paylaşım Sözleşmeleri tasarlanırken ev sahibi devletin öncelikle hangi parametrelerin sözleşmeye dahil edilmesi gerektiğine karar vermesi gerekmektedir. Daha sonra bu parametrelerden hangisinin sabit kalacağına ve hangilerinin ihaleye veya müzakereye açılacağına karar verilmesi gerekmektedir. Bu

limited information about the potential size of oil deposits, extraction costs and oil or gas prices at the time of extraction. In addition, in seeking to maximize its share of production, the state must make offers to foreign oil companies that are attractive enough for them to bear the risks of production¹⁸.

B. Key Articles of Product Sharing Agreements

Product Sharing Agreements are separated from other types of agreements due to the nature of the agreement, and due to this feature, it is important to include the provisions required by the nature of the agreement in the agreement. Due to the opposing interests between the parties, it is necessary to include provisions aimed at balancing the opposing interests in its content, and these features should be taken into consideration when drafting Product Sharing Agreements.

1. Counterparties of Product Sharing Agreements

As mentioned in the introduction of this study, the parties to the Product Sharing Agreements are, on one hand, the government or a national company that is an extension of the government and has obtained a license from the state through legislation and legal provisions, and on the other hand, an international company.

2. State Warranty

Through Product Sharing Agreements, states guarantee that foreign companies investing and taking on significant risks will not face legal obstacles to their authorized exploration, development, and production activities. This gives the companies a “monopoly” right over other companies and prevents them from suing to stop the activities from happening.

3. The Rights of State

Host states receive a share of profits from the production, as one of the purposes for entering into Product Sharing Agreements. “The state may also request additional services from the oil company, such as the marketing of the product, the cost of which must be agreed in the agreement”¹⁹.

kararlar genellikle ev sahibi devletin petrol yataklarının potansiyel büyüklüğü, çıkarma maliyetleri ve çıkarma sırasındaki petrol veya gaz fiyatları hakkında sınırlı bilgiye sahip olduğu bir dönemde alınmaktadır. Bunlara ek olarak devlet, üretimdeki payını en üst düzeye çıkarmaya çalışırken yabancı petrol şirketlerine üretim risklerini üstlenebilecekleri kadar cazip teklifler sunmalıdır¹⁸.

B. Üretim Paylaşım Sözleşmelerinin Temel Hükümleri

Üretim Paylaşım Sözleşmeleri, sözleşmenin doğası gereği diğer sözleşme türlerinden ayrılmakta olup bu özelliği nedeni ile hazırlanırken sözleşmenin niteliğinin gerektirdiği hükümlerin sözleşmede bulundurulması önem arz etmektedir. Taraflar arasında bulunan çıkar karşılığı sebebiyle içeriğinde çıkar karşılığını dengelemeye yönelik hükümler barındırması gerekli Üretim Paylaşım Sözleşmeleri hazırlanırken bu özellikler göz önünde bulundurulmalıdır.

1. Üretim Paylaşım Sözleşmelerinin Tarafları

Üretim Paylaşım Sözleşmelerinin tarafları çalışmamızın giriş bölümünde de bahsedildiği üzere bir tarafta hükümet veya hükümetin bir uzantısı niteliğinde olup devletten bu konuda mevzuat ve yasal hükümler ile lisans almış olan milli bir şirket diğer tarafta ise uluslararası bir şirket bulunmaktadır.

2. Devlet Garantisi

Devletler Üretim Paylaşım Sözleşmeleri ile yatırım yapan ve yüksek riskleri üstlenen uluslararası şirketlere kendilerine yetki tanıyan arama, geliştirme, üretme faaliyetleri için bir “tekel” hakkı tanıyıp faaliyetlerin gerçekleşmesini önleyecek bir dava ile karşılaşmamacaklarına dair teminat vermektedir.

3. Devletin Hakları

Ev sahibi devletler Üretim Paylaşım Sözleşmelerini akdetme amaçlarından biri olarak üretimden kâr payı almaktadırlar. “Devlet, ayrıca petrol şirketinden ürünün pazarlanması gibi ilave bazı hizmetler de talep edebilir ki bunun bedelinin de sözleşmede kararlaştırılması gerekmektedir”¹⁹.

FOOTNOTE

¹⁵ Shafiqul/ Jelili, p. 9.

¹⁶ Shafiqul/ Jelili, p. 4.

¹⁷ Taşveren, p. 27.

¹⁸ Majd Olleik/ Hans Auer/ Rawad Nasr, “A petroleum upstream production sharing agreement with investments in renewable energy: The case of Lebanon, Energy Policy”, Volume 154, 112325, 2021.

¹⁹ Taşveren, p. 29.

DİPNOT

¹⁵ Shafiqul/ Jelili, s. 9.

¹⁶ Shafiqul/ Jelili, s. 4.

¹⁷ Taşveren, s. 27.

¹⁸ Majd Olleik/ Hans Auer/ Rawad Nasr, “A petroleum upstream production sharing contract with investments in renewable energy: The case of Lebanon, Energy Policy”, Volume 154, 112325, 2021.

¹⁹ Taşveren, s. 29.

PART 16

4. Duration of Agreement

Product Sharing Agreements, which are often concluded as a long-term investment agreement due to the nature of the business, might sometimes carry a short-term renewal clause that comes into effect after a successful discovery of the mine. If the reserves are commercially profitable and successful, the agreements can be extended²⁰.

5. Cost Recovery and Profitability

The main provisions at the essence of Product Sharing Agreements are cost recovery and profitability. It is important for both parties that the cost items are written in a comprehensive manner. After the output of the cost items, the remaining part determines the profitability of the oil. With this provision, the parties define production, profit and revenue shares. The determination of production shares can be direct or indirect in favor of the state, or it can be in a way to increase the share of the host state through the tax rates that the state will regulate depending on the level of production²¹.

6. Royalty

In Product Sharing Agreements, a *royalty* is paid by the investment company to the host state. This fee is charged over gross revenue in certain periods. The investor production company pays this fee to the host state at varying rates depending on the project and production volume²².

4. Sözleşmenin Süresi

Çoğunlukla işin niteliğinden kaynaklanan sebeplerle uzun süreli bir yatırım sözleşmesi olarak akdedilen Üretim Paylaşım Sözleşmeleri kimi zaman ise kısa süreli madenin başarılı bir keşfinden sonra yürürlüğe girecek yenileme hükmünü taşıyabilmektedir. Rezervlerin ticari olarak kârlı ve başarılı olması halinde sözleşmelerin süresinin uzatılması söz konusu olmaktadır²⁰.

5. Maliyetin Karşılanması ve Kârlılık

Üretim Paylaşım Sözleşmelerinin özünü oluşturan esas hüküm maliyetlerin karşılanması ve kârlılıktır. Maliyete ilişkin kalemlerin oldukça kapsamlı yazılması her iki taraf için de önem arz etmektedir. Maliyet kalemlerinin çıktısından sonra kalan kısım ise petrolün kârlılığını belirlemektedir. Taraflar bu hüküm ile üretim, kâr ve gelir paylarını tanımlamaktadır. Üretim paylarının belirlenmesi doğrudan olabileceği gibi devlet lehine olacak şekilde dolaylı olarak da devletin üretim seviyesine bağlı olarak düzenleyeceği vergi oranları ile de ev sahibi devletin payının artmasını sağlayacak şekilde olabilmektedir²¹.

6. İmtiyaz Bedeli (Royalty)

Üretim Paylaşım Sözleşmelerinde imtiyaz bedeli (*royalty*) olarak isimlendirilen yatırım şirketinin ev sahibi devlete ödediği bir bedel söz konusudur. Bu bedel belli periyotlarla brüt gelir üzerinden alınmaktadır. Yatırımcı üretim şirketi, bu bedeli projeye ve üretim hacmine bağlı olarak değişen oranlar ile ev sahibi devlete ödemektedir²².

Although the royalty can be determined in oil or cash, it can also be adjusted according to the average daily production. This rate varies between 6% and 15%. Prior to the commencement of production sharing, the contracting parties are allowed to cover the costs of exploration, development and operation of the oil field through a predetermined proportion of production called cost oil. Most Product Sharing Agreements have a cost oil cap of 60% and allow costs not covered in a given period to be carried forward and covered in the following period²³.

7. Profit Oil

Profit oil is the allocation of the remaining production between the foreign investors and the host after subtracting the concession fee and the investor company's cost oil²⁴. The foreign oil company's share of the profit oil is usually taxable. Researchers focus on how to balance geopotential with the cost of doing business and fiscal conditions. In assessing fiscal conditions, the focus is on the sharing of profits between the host state and the foreign oil company. Geopotential, costs, infrastructure and other key factors are factored into the foreign oil company's earnings. In most countries, the distribution of profit oil ranges from 15% to 55% for the foreign oil company²⁵.

8. Ownership

Product Sharing Agreements' implications for natural resources make them acceptable for developing countries. Under Product Sharing Agreements, the state may retain ownership of reserves and the facilities and factories built by foreign companies. The agreement stipulates that ownership of the agreed production share passes to the oil company at a certain point. The state, on the other hand, has the option to retain ownership of certain assets and equipment²⁶.

9. Tax Exemptions

In the taxation clause to be included in the Product Sharing Agreements, exemptions or exceptions from certain taxes are provided to the foreign investor through regulations made by the state in favor of the foreign oil

İmtiyaz bedeli (*royalty*) petrol ya da nakit olarak belirlenebilmekte ise de ortalama günlük üretime göre de ayarlanabilmektedir. Bu oranın %6 ile %15 arasında değiştiği görülmektedir. Üretim paylaşımının başlamasından önce sözleşme taraflarının maliyet petrolü (*cost oil*) olarak isimlendirilen üretimin önceden belirlenmiş bir oranı üzerinden arama, petrol sahasını geliştirme ve işletme masraflarını karşılmasına izin verilmektedir. Üretim Paylaşım Sözleşmelerinin birçoğunda %60 gibi bir maliyet petrolü üst sınırı vardır ve belirli bir dönemde karşılanamayan maliyetlerin taşınıp bir sonraki dönemde karşılanmasına izin verilmektedir²³.

7. Kâr Petrolü (Profit Oil)

Kâr petrolü (*profit oil*) ise imtiyaz bedeli ve yatırımcı şirketin maliyet petrolü çıktıktan sonra kalan üretimin yabancı yatırımcılar ve ev sahibi arasında paylaşılmasıdır²⁴. Yabancı petrol şirketinin kâr petrolünden aldığı oran genellikle vergiye tabi olmaktadır. Araştırmacılar jeopotansiyelin, iş yapma maliyeti ve mali koşullar ile nasıl dengeleneceğine odaklanmaktadır. Mali koşulların değerlendirilmesinde odak noktası ev sahibi devlet ile yabancı petrol şirketi arasında karın paylaşımıdır. Jeopotansiyel, maliyetler, altyapı ve diğer kilit faktörler yabancı petrol şirketinin yabancı petrol şirketinin kazancında hesap edilmektedir. Çoğu ülkede kâr petrolünün dağılımı yabancı petrol şirketi için %15'ten %55'e kadar değişmektedir²⁵.

8. Mülkiyet

Üretim Paylaşım Sözleşmelerinin doğal kaynaklar üzerindeki göndermeleri bu sözleşmeyi geliştirmekte olan ülkeler bakımından kabul edilebilir kılmaktadır. Üretim Paylaşım Sözleşmeleri kapsamında rezervler ve yabancı şirketler tarafından inşa edilen tesisler ve fabrikaların mülkiyeti devlette kalabilmektedir. Sözleşmede kararlaştırılan üretim payına ilişkin mülkiyetin belli bir noktada petrol şirketine geçmesi düzenlenmektedir. Devlet ise bazı varlık ve ekipmanların mülkiyetinin kendisinde kalmasını isteyebilme imkanına sahip kılınmaktadır²⁶.

9. Vergi Muafiyetleri

Üretim Paylaşım Sözleşmelerinde yer verilecek olan vergilendirme maddesinde devlet tarafından yabancı petrol şirketi lehine vergi yasalarıyla ilgili olarak yapılan düzenlemeler ile yabancı yatırımcıya belirli vergilerden mu-

DİPNOT

20 Taşveren, s. 29.

21 Taşveren, s. 30.

22 Central Bank of Russia, "Production Sharing Agreements", Twenty-Fourth Meeting of the IMF Committee on Balance of Payments Statistics, 2011, s. 3-4.

23 Taşveren, s. 31.

24 Shamaran Petroleum, "How Oil Production Sharing Contracts Work", <https://shamaranpetroleum.com/operations/how-oil-production-sharing-contracts-work/> (Erişim tarihi, 09.01.2024).

25 Daniel Johnston, International Petroleum Fiscal Systems And Production Sharing Contracts, PennWell Publishing Company, First Edition, 1994, s. 63.

26 Bindemann, s. 85.

FOOTNOTE

20 Taşveren, p. 29.

21 Taşveren, p. 30.

22 Central Bank of Russia, "Production Sharing Agreements", Twenty-Fourth Meeting of the IMF Committee on Balance of Payments Statistics, 2011, p. 3-4.

23 Taşveren, p. 31.

24 Shamaran Petroleum, "How Oil Production Sharing Agreements Work", <https://shamaranpetroleum.com/operations/how-oil-production-sharing-agreements-work/> (09.01.2024).

25 Daniel Johnston, International Petroleum Fiscal Systems and Production Sharing Agreements, PennWell Publishing Company, First Edition, 1994, p. 63.

26 Bindemann, p. 85.



PART 16

company in relation to tax laws. The host state - assuming that these states are developing countries - provides tax exemptions to foreign investors for many years in order to encourage investment. It is sometimes possible to see that a contractual provision allows the foreign investor company to be exempt for the first five years. Nevertheless, if this exemption period includes the period of extraction and processing of the oil, for example, if we assume that this period lasts for three years, it can be said that there will be an exemption for only two years. For this reason, it is important that the exemption is granted after the commencement of production²⁷.

10. The Domestic Market Regulations

The host state may sometimes make demands on foreign companies in order to meet the demands of the domestic market and impose this demand through regulations on the domestic market. As with other contractual provisions, there are variables in this provision. It is possible to encounter different forms for the amount demanded and the fee to be paid²⁸. These arrangements usually include the condition that a certain percentage of the foreign oil company's oil profits will be sold to the host state. Usually, the host state can pay in local currency at a predetermined exchange rate for domestic crude oil²⁹.

11. Bonuses

The bonuses are for the host state. The premiums to be paid by the international oil company usually consist of signature and production bonuses, but sometimes also include exploration bonuses. Signature bonuses are one-off payments that are independent of economic success. These payments reduce the economic value of the project. On the other hand, production bonuses are recurring as production reaches certain levels, as agreed in the relevant clause of the agreement. The majority of Product Sharing Agreements recognize that the bonuses are tax deductible³⁰.

12. Stability Clause

Stabilization clauses in Product Sharing Agreements are a way for the parties to allocate the risks of a long-term investment. With a stabilization clause, the host state agrees

afiyet veya istisnalar sağlanmaktadır. Ev sahibi devlet -ki bu devletlerin gelişmekte olan ülkeler olduğunu varsayılırsa- yatırımı teşvik amacıyla yabancı yatırımcılara birçok yıl vergi muafiyeti sağlamaktadır. Kimi zaman bir sözleşme hükmü ile yabancı yatırımcı şirkete ilk beş yıl için muafiyet izni getirildiğini görmek mümkün olmaktadır. Ancak bu muafiyet süresi petrolün çıkarımı ve işlenmesi süresini de içerdiği taktirde örnek olarak bu sürenin üç yıl sürmesini varsaydığımızda sadece iki yıl için bir muafiyet söz konusu olacağı söylenebilecektir. Bu sebeple muafiyetin üretim başladıktan sonra verilmesi önem arz etmektedir²⁷.

10. Yerel Piyasa Düzenlemeleri

Ev sahibi devlet kimi zaman iç piyasaya yönelik olarak taleplerin karşılanması adına yabancı şirketlerden talepte bulunabilmekte olup bu talebini iç piyasaya yönelik regülasyonlar ile dayatır. Diğer sözleşme hükümlerinde olduğu gibi bu hükmün de değişkenleri söz konusudur. Talep edilen miktar ve ödenecek ücret için farklı şekillerde karşılaşılması mümkündür²⁸. Bu düzenlemeler genellikle yabancı petrol şirketinin petrol kârının belirli bir yüzdesinin ev sahibi devlete satılacağı şartının içerirler. Genelde ev sahibi devlet yerli ham petrol için önceden belirlenmiş döviz kuru oranı üzerinden yerel para birimi cinsinden ödeme yapabilmektedir²⁹.

11. Primler

Primler ev sahibi ülke için söz konusu olmaktadır. Uluslararası petrol şirketinin ödeyeceği primler genellikle imza ve üretim primlerinden oluşsa da kimi zaman keşif primlerini de içermektedir. İmza primleri bir defaya mahsus olmak üzere yapılan ödemelerdir. Bu ödemeler, projenin ekonomik değerinin azalmasına sebebiyet vermektedir. Diğer tarafta ise üretim primleri sözleşmenin ilgili maddesinde kararlaştırıldığı şeklinde üretim belirli seviyelere çıktıkça tekrarlanabilir olmaktadır. Çoğu Üretim Paylaşım Sözleşmesi primlerin vergiden düşürülebilir olduğunu kabul etmektedir³⁰.

12. İstikrar Kaydı

Üretim Paylaşım Sözleşmelerine eklenen istikrar kaydı, tarafların uzun vadeli bir yatırımın getireceği risklerin aralarında paylaşılması yollarından biridir. İstikrar kaydı ile ev sahibi

that its legislative and administrative powers will not have the effect of changing the agreed contractual terms to the detriment of the foreign oil company. Stabilization clauses limit the host state's legislative and administrative authority, which serves as the legislature within its own legal system, in an effort to safeguard the private company³¹.

The stabilization clause is inserted into the agreements to provide the oil company with certainty regarding the uncertainties that new legislation may bring. This clause includes provisions to ensure that the oil company is entitled to additional production to the extent necessary to maintain its economic position once the new laws come into force³².

13. Adaptation Clause

An adaptation/renegotiation clause, which can be used as an alternative to or in conjunction with a stabilization clause, can provide both parties with protection against difficulties that may arise if the conditions existing at the time of signing the agreement change. With the adaptation clause, the investor is obliged to negotiate with the foreign investor if the host state (or state-owned company) changes the terms of the agreement, rather than unilaterally changing them³³.

14. Force-Majeure

In the force majeure provisions of the Product Sharing Agreements, it is seen that special force majeure provisions are also included in addition to general force majeure provisions. In particular, it is seen that a force majeure clause is included in which the foreign oil company will be released from its obligations in the event that the activity is prevented by the host state. In practice, this situation is "limited to delays caused by inaction such as exceeding time limits arising from excessive bureaucracy in the host state"³⁴.

15. Termination of Agreement

Standard Product Sharing Agreements do not include a provision that the agreement can be terminated in the first years following the effective date. There are three situations in which the agreement can be terminated. These three situations are i) voluntary termination of the agreement by the contractor by giving written notice if the contractor con-

devlet yasama ve idari yetkilerinin, mutabık kalınan sözleşme koşullarını yabancı petrol şirketinin zararına olacak şekilde değiştirme etkisine sahip olmayacağını kabul eder. İstikrar hükümleri, kendi hukuk sisteminde yasa koyucu olan ev sahibi devletin yasama ve idari yetkileri kısıtlanarak özel şirketi korumayı amaçlamaktadır³¹.

Sözleşmelere eklenen istikrar kaydı ile birlikte petrol şirketine yeni mevzuatın getireceği belirsizliklere ilişkin güvence sağlanmaktadır. Bu kayıt, yeni yasaların yürürlüğe girmesi ile birlikte petrol şirketinin ekonomik pozisyonunu korumak için gerekli ölçüde ek üretim yapma hakkını elde etmesini sağlayacak hükümler içermektedir³².

13. Uyarılama Kaydı

İstikrar kaydı hükmüne alternatif olarak veya beraber kullanılacak olan uyarılama/ yenisinden müzakere maddesi her iki tarafa sözleşmenin imzalandığı tarihteki mevcut olan şartların değişmesi halinde ortaya çıkabilecek zorluklara karşı koruma sağlanabilmektedir. Uyarılama kaydı hükmü ile birlikte yatırımcıya, ev sahibi devlet (ya da devlet şirketi) herhangibir değişiklik olduğu taktirde anlaşmanın şartlarını tek taraflı olarak değiştirmek yerine yabancı yatırımcıyla müzakere etmekle yükümlüdür³³.

14. Mücbir Sebep

Üretim Paylaşım Sözleşmelerinin mücbir sebep hükümlerinde genel mücbir sebepler yanında özel mücbir sebep hükümlerine de yer verildiği görülmektedir. Özellikle ev sahibi devlet tarafından kaynaklanacak faaliyetin engellenmesi halinde yabancı petrol şirketinin yükümlülüklerinden kurtulacağı bir mücbir sebep hükmüne yer verildiği görülmektedir. Uygulamada bu durumun "ev sahibi devletteki aşırı bürokrasiden kaynaklanan zaman sınırlarının aşılması gibi eylemsizliklerin yol açtığı gecikmelerle sınırlı olmaktadır"³⁴.

15. Sözleşmenin Feshi

Standart Üretim Paylaşım Sözleşmelerinde yürürlük tarihinden itibaren ilk yıllarda sözleşmenin feshedilebileceğine ilişkin düzenleme yer almamaktadır. Sözleşmenin feshedebileceği üç durum söz konusudur. Bahse konu üç hal; i) yüklenicinin koşulların petrol operasyonunun devam etmesine izin vermediğini düşündüğü hallerde yazılı bildi-

FOOTNOTE

27 Bindemann, p. 16.

28 Bindemann, p. 16.

29 Johnston, p. 68.

30 Bindemann, p. 16.

31 Piero Bernardini, "Stabilization and adaptation in oil and gas investments", Journal of World Energy Law & Business, Vol. 1, No. 1, 2008, p. 100.

32 Taşveren, p. 33.

33 Benardini, p. 101-102.

34 Bindemann, p. 34.

DİPNOT

27 Bindemann, s. 16.

28 Bindemann, s. 16.

29 Johnston, s. 68.

30 Bindemann, s. 16.

31 Piero Bernardini, "Stabilization and adaptation in oil and gas investments", Journal of World Energy Law & Business, Vol. 1, No. 1, 2008, s. 100.

32 Taşveren, s. 33.

33 Benardini, s. 101-102.

34 Bindemann, s. 34.

PART 16

siders that conditions do not allow for the continuation of the oil operation, ii) failure to discover oil and the contractor does not find oil by the end of the extended period under the agreement or if the contractor does not choose to extend the agreement, the agreement is automatically terminated in its entirety, iii) in the event of a material breach of the agreement by one of the parties, the agreement may be terminated upon proof of such breach by arbitration or final court decision by conclusive evidence or upon written notice given by one of the parties prior to the period specified in the agreement³⁵.

16. Applicable Law and Solution of Disputes

In Product Sharing Agreements it is considered that the law of the host state is mostly determined as the applicable law. However, the possibility that the balance of power between international companies and the host state will change this situation is high, especially if the host country is classified as underdeveloped or developing. In these cases, whether the host state has an investor incentive objective usually plays an important role. Leaving the resolution of disputes to the state judiciary in countries where the rule of law is not fully ensured would mean an extra burden for the international company, especially in Product Sharing Agreements concluded on a long-term basis. For this reason, international companies try to guarantee the resolution of disputes within the scope of independent and impartial arbitration within the framework of internationally recognized rules.

V. CONCLUSION

The contribution of Product Sharing Agreements to the extraction, production and development of natural resources is gaining importance in the energy sector, as they resolve the conflict of interest of the contracting parties in the parallel equation of the host state and the foreign company, which is the counterparty to the agreement, and provide flexibility in determining the profit-revenue sharing.

The host state, which does not want to compromise its property rights over natural resources while also increasing the host state's income from the production and development of the natural resources it owns, and foreign companies acting with the ultimate

rimde bulunarak sözleşmeyi gönüllü olarak feshetmesi, ii) petrol keşfedilememesi ve yüklenicinin sözleşme kapsamında uzatılan sürenin sonuna kadar petrol bulamaması veya yüklenicinin sözleşmeyi uzatmayı tercih etmemesi halinde sözleşmenin otomatik olarak tümüyle feshedilmesi, iii) sözleşmenin taraflardan biri tarafından önemli ölçüde ihlal edilmesi halinde bu durumun kesin delillerin tahkim veya nihai mahkeme kararı ile kanıtlanması veya taraflardan birinin sözleşmede belirlenen süre öncesinde yazılı bildirimde bulunması üzerine sözleşmenin feshedilmesidir³⁵.

16. Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlıkların Çözümü

Üretim Paylaşım Sözleşmelerinde çoğunlukla ev sahibi devlet hukukunun uygulanacak hukuk olarak belirlendiği görülmektedir. Ancak uluslararası şirketler ile ev sahibi devlet arasındaki güç dengelerinin bu durumu değiştirme ihtimali özellikle ev sahibi devletlerin az gelişmiş veya gelişmekte olan ülkeler grubunda olması halinde hayli yüksektir. Böyle durumlarda genellikle ev sahibi devletin yatırımcıyı teşvik amacının bulunup bulunmadığı önemli bir rol oynamaktadır. Uyuşmazlıkların çözümünün hukuk devleti ilkesinin tam anlamıyla sağlanamayan ülkelerde devlet yargısına bırakılması uluslararası şirket bakımından özellikle uzun vadeli olarak akdedilen Üretim Paylaşım Sözleşmelerinde fazladan bir külfet anlamına gelecektir. Bu sebeple uluslararası şirketler uyuşmazlıkların çözümünün, uluslararası kabul görmüş kuralları çerçevesinde bağımsız ve tarafsız tahkim kapsamında garanti altına almaya çalışmaktadır.

V. SONUÇ

Üretim Paylaşım Sözleşmelerinin doğal kaynakların çıkarılması, üretimi ve geliştirilmesine olan katkısının ev sahibi devlet ve sözleşmenin karşı tarafı olan yabancı şirket paraleli denkleminde sözleşme taraflarının çıkar çatışmasını çözüme kavuşturması ve kâr-gelir paylaşımının belirlenmesinde esneklik sağlama sayesinde enerji sektöründe kullanımı oldukça önem kazanmaktadır.

Doğal kaynaklar üzerindeki mülkiyet hakkından taviz vermek istemeyen ve aynı zamanda sahibi olduğu doğal kaynakların üretilmesi ve geliştirilmesi ile ülke gelirini arttırabilecek olan ev sahibi devlet ve diğer tarafta ise kârını arttırma nihai amacı ile hareket eden yabancı şirketlerin Üretim Paylaşım Sözleşmeleri ile

goal of increasing their profits on the other side, unity of interest is ensured through Product Sharing Agreements, and Product Sharing Agreements act as a node in maximizing the interests of all stakeholders.

Product Sharing Agreements have gained importance for underdeveloped and developing countries in the last fifty years due to the host state's ability to maintain control over natural resources and their flexibility in profit and revenue sharing and have been distinguished from other oil and natural gas investment agreements by their widespread use, especially in oil production.

BIBLIOGRAPHY

CENTRAL BANK OF RUSSIA, "Production Sharing Agreements", Twenty-Fourth Meeting of the IMF Committee on Balance of Payments Statistics, 2011.

DANIEL JOHNSTON, "Production Sharing Contracts", in: International Petroleum Fiscal Systems and Production Sharing Contracts, PennWell Publishing Company, First Edition, 1994.

GREG MUTTITT, "Production sharing agreements: oil privatization by another name?", General Union of Oil Employees' conference on privatization Basrah Iraq, PLATFORM www.carbonweb.org, 2005.

DR. HASSAN SHAFIQU/ DR. AMUDA YUSUFF JELİLİ, "Contract structure of production sharing agreement by international oil company in exploration of petroleum resources in developing countries", International Journal of Energy Economics and Policy, Vol. 13 No. 3, 2023.

KRISTEN BINDEMANN, "Production Sharing Agreements: An Economic Analysis", Oxford Institute for Energy Study, Series WPM 25, 1999.

KYLA TIENHAARA, Foreign Investment Contracts in the Oil & Gas Sector: A Survey of Environmentally Relevant Clauses, Sustainable Development Law & Policy, Vol. 11 No. 3, 2011.

MAJD OLLEIK/ HANS AUER/ RAWAD NASR, "A petroleum upstream production sharing contract with investments in renewable energy: The case of Lebanon", Energy Policy, Volume 154, 112325, 2021.

PIERO BERNARDINI, "Stabilization and adaptation in oil and gas investments", Journal of World Energy Law & Business, Vol. 1, No. 1, 2008.

SEMA TAŞVEREN, "Upstream Sözleşmeleri", in: Uluslararası Doğalgaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Çözümünde Esasa Uygulanacak Hukuk, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2022.

SHAMARAN PETROLEUM CORP., How Oil Production Sharing Contracts Work, <https://shamaranpetroleum.com/operations/how-oil-production-sharing-agreements-work/> (Date of Access, 09.01.2024).

VERONICA WIGWE CHIZINDU, "Joint Venture and Production Sharing Contracts In Less Developed Countries - A Critical Analysis", University of Wolverhampton PhD Thesis, 2019.

çıkâr birliği sağlanmakta ve Üretim Paylaşım Sözleşmeleri bu noktada tüm paydaşların çıkarlarının maksimizasyonunda bir düğüm görevi görmektedir.

Ev sahibi devletin doğal kaynaklar üzerindeki denetiminin sürdürülmesini sağlaması, kâr-gelir paylaşımı konusundaki esnekliğiyle son elli yılda az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler bakımından üretim paylaşım sözleşmesi önem kazanmış, diğer petrol ve doğal gaz yatırım sözleşmelerinden özellikle petrol üretimi konusunda kullanımının yaygın hale gelmesiyle ayrılmıştır.

KAYNAKÇA

CENTRAL BANK OF RUSSIA, "Production Sharing Agreements", Twenty-Fourth Meeting of the IMF Committee on Balance of Payments Statistics, 2011.

DANIEL JOHNSTON, "Production Sharing Contracts", in: International Petroleum Fiscal Systems And Production Sharing Contracts, PennWell Publishing Company, First Edition, 1994.

GREG MUTTITT, "Production sharing agreements: oil privatisation by another name?", General Union of Oil Employees' conference on privatisation Basrah Iraq, PLATFORM www.carbonweb.org, 2005.

DR. HASSAN SHAFIQU/ DR. AMUDA YUSUFF JELİLİ, "Contract structure of production sharing agreement by international oil company in exploration of petroleum resources in developing countries", International Journal of Energy Economics and Policy, Vol. 13 No. 3, 2023.

KRISTEN BINDEMANN, "Production Sharing Agreements: An Economic Analysis", Oxford Institute for Energy Study, Series WPM 25, 1999.

KYLA TIENHAARA, Foreign Investment Contracts in the Oil & Gas Sector: A Survey of Environmentally Relevant Clauses, Sustainable Development Law & Policy, Vol. 11 No. 3, 2011.

MAJD OLLEIK/ HANS AUER/ RAWAD NASR, "A petroleum upstream production sharing contract with investments in renewable energy: The case of Lebanon", Energy Policy, Volume 154, 112325, 2021.

PIERO BERNARDINI, "Stabilization and adaptation in oil and gas investments", Journal of World Energy Law & Business, Vol. 1, No. 1, 2008.

SEMA TAŞVEREN, "Upstream Sözleşmeleri", in: Uluslararası Doğalgaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Çözümünde Esasa Uygulanacak Hukuk, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2022.

SHAMARAN PETROLEUM CORP., How Oil Production Sharing Contracts Work, <https://shamaranpetroleum.com/operations/how-oil-production-sharing-contracts-work/> (Erişim tarihi, 09.01.2024)

VERONICA WIGWE CHIZINDU, "Joint Venture And Production Sharing Contracts In Less Developed Countries - A Critical Analysis", University of Wolverhampton PhD Thesis, 2019.

FOOTNOTE

35 Wigwe Chizindu, p. 199-200.

DİPNOT

35 Wigwe Chizindu, s. 199-200.



PART 17

**RIGHTS OF EMPLOYEES WHO
LEAVE THEIR JOBS DUE TO
RETIREMENT AND WORK AGAIN**

**EMEKLİLİK SEBEBİYLE İŞTEN
AYRILIP YENİDEN İŞE ALINAN
İŞÇİLERİN HAKLARI**

**AHMET METİN ŞİMŞEK
ÇAĞLANUR ÖZHAN**

PART 17

ABSTRACT | ÖZET

The need to consider the new procedure with a new employment relationship established in the post-retirement period by liquidating the severance pay and unused annual leaves earned in the pre-retirement working period with all receivable items arising from the employment relationship that entitles the employee to retirement status and the obligation of the employer to pay the social insurance premium of the employee working in the post-retirement period when rehiring workers who are entitled to retirement and terminating their employment contracts.

Emekliliğe hak kazanarak iş akitlerini fesheden işçilerin yeniden istihdam edilmeleri halinde, emeklilikten önceki çalışma döneminde hak kazanılan kıdem tazminatının ve kullanılmayan yıllık izinlerin emeklilik statüsüne hak kazandıran iş ilişkisinden doğan tüm alacak kalemleri ile tasfiye edilmesi suretiyle emeklilik sonrası dönemde kurulan yeni bir iş ilişkisi ile yeni sürecin dikkate alınması gerekliliğidir.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELE

Retirement, Re-Contracting Work, Workers' Rights, Early Retirement, Annual Leave, Liquidation Of The Previous Working Period.

Emeklilik, Yeniden İş Akdi Kurulması, İşçi Hakları, Eyt, Yıllık İzin, Önceki Dönemin Tasfiyesi.

I. INTRODUCTION

With the recent regulations, the social security system and especially the concepts of retirement annuity and post-retirement work, which are a fundamental part of this system, have become important issues that need to be investigated. The increase in the average human life expectancy, the positive effects of the technological era on labor productivity as well as the economic difficulties experienced on a national and international scale force people to work after retirement. With the regulations made in our country, it is important for both the national economy and the sustainability of the social security system that workers who have earned the right to retire contribute to employment after retirement. In this study, the opportunities and rights provided to workers who leave their jobs due to retirement and return to work will be examined.

II. RIGHTS OF EMPLOYEES WHO LEAVE THEIR JOBS DUE TO RETIREMENT AND WORK AGAIN

At the point where the country's economy has reached, the minimum starvation line is 14,025 TL and the poverty line for a fam-

I. GİRİŞ

Son dönemlerde yapılan düzenlemelerle sosyal güvenlik sistemi ve özellikle bu sistemin temel bir parçası olan yaşlılık sigortası ve emeklilik sonrası çalışma kavramları araştırılması gereken önemli konular haline gelmiştir. Ortalama insan ömrünün artması, içinde bulunduğumuz teknolojik çağın iş gücü verimliliğine olumlu etkileri kadar ulusal ve uluslararası ölçekte yaşanan ekonomik zorluklar da insanları emeklilik sonrası çalışmaya sevk etmektedir. Ülkemizde yapılan düzenlemelerle birlikte emeklilik hakkını elde etmiş işçilerin emeklilik dönemi sonrası istihdama katkı sağlamaları hem ülke ekonomisi hem de sosyal güvenlik sisteminin sürdürülebilirliği açısından önem arz etmektedir. Bu çalışmada emeklilik sebebiyle işten ayrılıp tekrar işe başlayan işçilere sağlanan imkanlar ve haklar incelenecektir.

II. EMEKLİLİK SEBEBİYLE İŞTEN AYRILIP YENİDEN İŞE ALINAN İŞÇİLERİN HAKLARI

Ülke ekonomisinin geldiği noktada asgari açlık sınırınının 14.025 TL olduğu ve gıda harcaması, giyim, konut (kira, elektrik, su, yakıt)



ily of 4, which includes food expenditures, clothing, housing (rent, electricity, water, fuel) transportation, education, health and similar needs, is in the range of 45,686.81 TL, and workers use the option of continuing their working life after retirement intensively today, as in the past, due to both economic and sociological factors¹. The unfavorable economic opportunities provided to retirees in our country bring about the continuation of working life for workers who are legally entitled to retirement status. The continuation of the business life of the workers post-retirement is not only a way preferred by the employees, but it is also a preferred option by the employers for the employees who have given their labor and experience to their work over time, to continue to use the know-how they have acquired within the scope of their work and to fulfill their work in the order and discipline they have brought to that day, and to continue their business relations after the retirement of the employee. Apart from the employee and the employer, the continuation of the working life of the workers who are entitled to retirement is a process that is also demanded by the state and in this context, the employers are supported by the treasury regarding the work safety and the obligation of the employer to pay the related premiums.

ulaşım, eğitim, sağlık ve benzeri ihtiyaçların yer aldığı 4 kişilik bir ailede yoksulluk sınırınının 45.686,81 TL bandında olması nedeniyle işçiler gerek ekonomik gerek sosyolojik faktörlerin etkisi ile emeklilik sonrası çalışma hayatına devam etme seçeneğini geçmişte olduğu gibi günümüzde de yoğun olarak kullanmaktadır¹. Ülkemizdeki emeklilere sağlanan ekonomik olanakların elverişsizliği, hukuken emeklilik statüsüne hak kazanmış işçilerin iş hayatını sürdürmeye devam etmesini beraberinde getirmektedir. İşçilerin emeklilik sonrası iş hayatına devam etmesi yalnızca çalışanların tercih ettiği bir yol olmayıp aynı zamanda emeklerini, tecrübelerini işlerine vermiş çalışanların, elde ettikleri know-how'ları yaptıkları iş kapsamında kullanmaya devam ederek, o güne kadar getirdikleri düzen ve disiplin içerisinde işlerini yerine getirmeleri, işçinin emeklilik sonrası iş ilişkilerine devam etmesi işverenler tarafından da tercih edilen bir seçenek olmaktadır.

Türkiye'de nüfus dağılımı dikkate alındığında, emekli olan çalışanlar ile orta üstü yaş kesiminin ağırlığı yadsınamayacak seviyededir. Bunun en büyük yansıması olarak 03.03.2023 tarihinde 32121 sayılı Resmi Gazete'de çıkan Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun² ("Kanun") ile Sosyal

DİPNOT

¹ <https://www.turkis.org.tr/turk-is-kasim-2023-acilik-ve-yoksulluk-siniri/> (Erişim Tarihi 01.01.2024).

² Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.03.03.2023 tarih, 32121 sayılı Resmi Gazete (RG). (Erişim: 01.01.2024).

FOOTNOTE

¹ <https://www.turkis.org.tr/turk-is-kasim-2023-acilik-ve-yoksulluk-siniri/> (Date of Access, 01.01.2024).

PART 17

FOOTNOTE

² Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, 16.06.2006 tarih, 26200 sayılı Resmî Gazete (RG). (Date of Access, 01.01.2024).

³ Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.03.03.2023 tarih, 32121 sayılı Resmî Gazete (RG). (Date of Access, 01.01.2024).

⁴ **Ercüment Özkaraca**, “Sigortalılık Süresi ve Prim Ödeme Gün Sayısını Tamamlama Suretiyle Kıdem Tazminatı Hakkı ve Bu Sebep ile Yapılan Feshin Sözleşmesel Kayıtlara Etkisi” Çalışma ve Toplum, C. 36 S.1, Ocak 2013, p.171-173.

⁵ Yargıtay HGK, T. 14.11.2019, E. 2016/1419, K. 2019/1183 (karararama.yargitay.gov.tr; Date of Access, 09.01.2024).

⁶ **Alper Sözek**, İş Hukuku: Genel Esaslar - Bireysel İş Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2020, p. 752.

⁷ 4857 Sayılı İş Kanunu m. 14., 10.06.2003 tarih, 25134 sayılı Resmî Gazete (RG), (Date of Access, 01.01.2024).

⁸ **Dr. Resul Limon**, Türkiye’de Kıdem Tazminatının Tarihi Gelişimi ve Kıdem Tazminatı Fonu, İş ve Hayat, C 1, S. 1, Şubat 2015, p. 156.

⁹ **Dr. Bakı Oğuz Mülayim**, “15 Yıl Sigortalılık Süresi ve 3600 Prim Ödeme Gününü Dolduranların İşten Ayrılmalarında Kıdem Tazminatı Talep Edebilmesi” ERÜHFD, C. XIII, S. 1, 2018, p. 47-48.

¹⁰ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m.26, 04.02.2011 tarih, 27836 sayılı Resmî Gazete (RG). (Erişim Tarihi 01.01.2024)

¹¹ **Sevgi Dursun Ateş**, “25 Yıl Sigortalılık Süresi ve 4500 Prim Ödeme Gününü veya 7000 Prim Ödeme Gününü Tamamlayarak İş Sözleşmesini Fesheden İşçilerin Kıdem Tazminatı Hakları” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 1, 2021, p. 562-563.

Considering the population distribution in Turkey, the number of retired employees and middle-aged people is undeniable. As an indicator of this, within the framework of the new regulations introduced within the scope of Provisional Article 95 added to the Social Insurances and Universal Health Insurance Law² by the Law on the Amendment of the Social Insurances and Universal Health Insurance Law and the Decree Law No. 375 published in the Official Gazette No. 32121 on 03.03.2023³ (“**Law**”), many workers have liquidated their employment contracts and terminated their employment relations by qualifying for retired pay. Workers who benefit from these regulations are re-employed and even continue to work uninterruptedly and continue to work with new employment relationships. In this context, it is clear that the regulation in Article 14/1,5 of the Law No. 1475 is not intended to actively terminate the working life of the employee, and that there will be no problem for the employee who meets the conditions regarding insurance and premiums to sign a contract in the field and under the conditions he wishes in accordance with Article 48 of the Constitution by taking his seniority⁴ and this cannot be considered as an abuse of right⁵. The rights brought by this situation for the employee and the benefits provided for the employer will be discussed in this article in the light of the decisions of the Court of Cassation and doctrinal opinions.

A. Entitlement of Severance Pay

Severance Pay is a sum of money paid by the employer to the employee or his/ her heirs in proportion to the seniority of the employee, taking into account the wages and ancillary expenses earned by the employee in the last period, upon the termination of the employee’s employment contract for one of the reasons listed in the law and the completion of the minimum working period required by law⁶. Severance Pay, as regulated in Article 14 of the Labor Law No. 4857⁷, will come into existence when the cases listed in the law occur. One of these cases is that the employee is entitled to severance pay without complying with the notice period as a result of the employee’s fulfillment of the conditions sought in the law in order to receive old age, disability, retirement pension, and the resignation petition to be submitted to the employer with the letter from the SSI stating that he meets the retirement criteria⁸.

Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu³’na eklenen Geçici 95. madde kapsamında getirilen yeni düzenlemeler çerçevesinde birçok işçi EYT (Emeklilikte Yaşa Takılanlar) kapsamında yaşlılık aylığına hak kazanarak iş sözleşmelerini tasfiye etmiş ve iş ilişkilerine son vermiştir. Bu düzenlemelerden yararlanan işçiler yeniden istihdam edilerek hatta kesintisiz çalışmaya devam ederek yeni iş ilişkileri ile çalışmaya devam etmektedirler. Bu bağlamda 1475 sayılı Kanun’un 14/1,5. maddesindeki düzenleme ile işçinin çalışma hayatının aktif şekilde sonlandırma maksadı taşımadığı, sigorta ve prime ilişkin şartları taşıyan işçinin kıdemini alarak Anayasa’nın 48. maddesi gereği, dilediği alanda ve şartlarda sözleşme imzalamasında bir mahsur olmaya çağrı⁴ ve bunun hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceği aşıktır⁵. Bu duruma, işçi nezdinde getirdiği haklar ve işveren nezdinde sağlanan menfaat üzerinde Yargıtay kararları ve doktrinsel görüşler eşliğinde işbu makalede değinilecektir.

A. Kıdem Tazminatına Hak Kazanma

Kıdem Tazminatı, kanunda sınırlı olarak sayılan nedenlerden biriyle işçinin iş akdinin son bulması ve bu iş akdi son bulan işçinin kanunda aranan asgari çalışma süresini doldurmasıyla kendisine veyahut mirasçılarına işçinin son dönemde kazandığı ücret ve yan giderlerin de dikkate alınarak kıdemi oranında işçiye işveren tarafından ödenen bir miktar paradır⁶. Kıdem Tazminatı, 4857 sayılı İş Kanunu⁷’nun 14. maddesinde düzenlendiği üzere, kanunda sayılan haller vukuu bulunduğu varlık kazanacaktır. Bu hallerden birisi de işçinin yaşlılık, malullük, emeklilik aylığı almak maksadıyla kanunda aranan şartları yerine getirmesi akabinde SGK’dan alacağı emeklilik kriterlerini taşıdığına ilişkin yazı ile işverene vereceği istifa dilekçesi neticesinde işçinin ihbar öneline uymaksızın kıdem tazminatına hak kazanmış olmasıdır⁸.

Eligibility for old age pension and payment of severance pay, which is a special condition regulated by the law, is one of the reasons for termination, which comes into existence with the request of the employee and which the employer cannot evaluate spontaneously. It is quite easy to determine whether the conditions are complied with the letter regarding retirement received by the employee from the SSI, and it is possible for the employee who compliances the conditions to be entitled to severance pay by completing the query in digital media and submitting it to the employer by the employee⁹. Termination of the employment contract on the grounds of retirement is a mandatory reason for termination that must be accepted by the employer. Upon submission of the document, the employee must be paid the severance rights to which he/she is entitled. However, in working life, it is seen that employers have different practices in terms of payment of severance pay.

1. Considerations in Severance Pay

It is important for the employer, as well as the employee, to pay the receivables of the employees who terminate their employment contracts due to retirement, in full, by liquidating the employment relationship that led to the retirement relationship by their employers. Otherwise, postponing the payment of the receivables arising from the previous employment relationship or partial payment of the severance pay by the employer by under-calculating the severance pay may cost the employer with higher payment costs that will not eliminate the working relationship subject to retirement.

The establishment of an employment relationship with the same employer or with a different employer as a result of the termination of the existing employment relations by the employee who is entitled to retirement status by resigning will not be considered as an abuse of right, and within the framework of Article 26 of the Turkish Code of Obligations¹⁰, it can be freely established by the parties as a new period within the legal limits subject to the principle of freedom of contract¹¹. At this point, working with the same employer in a different line of business from the work subject to the retirement period or the same employer’s new employment relationship at a different workplace address, at a different wage than the wage previously

Kanunda düzenlenen özel bir hal olan yaşlılık aylığına hak kazanma ve kıdem tazminatının muacceliyeti, işçinin talebi ile varlık kazanan, işverenin re’sen değerlendiremediği fesih sebeplerinden birisidir. İşçi tarafından SGK’dan alınan emekliliğe ilişkin yazı ile şartların sağlanıp sağlanılmadığının tespiti oldukça kolay olup e-devlet üzerinden sorgunun tamamlanarak işçi tarafından işverene ibraz ile şartları sağlayan işçinin kıdem tazminatına hak kazanması mümkündür⁹. İşçinin emeklilik sebebine dayanarak iş akdini feshi ise işveren tarafından kabul edilmesi zorunlu olan bir fesih sebebidir. Belgenin ibrazı ile işçiye hak kazandığı kıdem haklarının ödenmesi gerekir. Ancak çalışma hayatında, işverenler tarafından kıdem tazminatının ödenmesi noktasında farklı uygulamalara gidildiği görülmektedir.

1. Kıdem Tazminatında Dikkat Edilen Hususlar

SGK’dan alınan belge ile emeklilik sebebiyle iş akdini sona erdiren işçilerin, işverenleri tarafından emeklilik ilişkisini ortaya çıkaran iş ilişkisinin tasfiye edilerek bu sürece konu olacaklarının eksiksiz olarak ödenmesi işçi kadar işveren açısından da büyük öneme sahiptir. Aksi takdirde önceki iş ilişkisinden doğan alacakların ödemesinin ertelenmesi yahut işveren tarafından eksik hesaplanarak kıdem tazminatının kısmen ödenmesi, emekliliğe konu olan çalışma ilişkisini ortadan kaldırmayacak daha yüksek ödeme giderleri ile işvereni zarara sokacak nitelikte hesaplamalara mal olabilecektir.

Emeklilik statüsüne hak kazanan işçinin, istifa ederek mevcut iş ilişkilerini sona erdirmesi neticesinde aynı işveren veyahut farklı bir işveren ile iş ilişkisi kurması hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmeyecek, Türk Borçlar Kanunu¹⁰ madde 26 çerçevesinde sözleşme serbestisi ilkesine tabi olarak kanuni sınırlar nezdinde yeni bir dönem olarak, taraflarca özgürce oluşturulabilecektir¹¹. Bu noktada aynı işveren ile emeklilik dönemine konu işten farklı bir iş kolunda çalışması ya da aynı işverenin yeni iş ilişkisinde farklı bir iş yeri adresinde, önceden verilen ücretten farklı bir ücrette çalıştırarak olması esaslı değişiklik olarak addedilemeyecektir. Emeklilik şartlarını sağlayarak istifa eden işçinin farklı bir iş yerinde çalışması da rekabet yasağının

DİPNOT

³ Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, 16.06.2006 tarih, 26200 sayılı Resmî Gazete (RG). (Erişim: 01.01.2024).

⁴ **Ercüment Özkaraca**, “Sigortalılık Süresi ve Prim Ödeme Gün Sayısını Tamamlama Suretiyle Kıdem Tazminatı Hakkı ve Bu Sebep ile Yapılan Feshin Sözleşmesel Kayıtlara Etkisi” Çalışma ve Toplum, C. 36 S.1, Ocak 2013, s. 171-173.

⁵ Yargıtay HGK, T. 14.11.2019, E. 2016/1419, K. 2019/1183 (karararama.yargitay.gov.tr; Erişim Tarihi: 09.01.2024).

⁶ **Alper Sözek**, İş Hukuku: Genel Esaslar - Bireysel İş Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2020, s. 752.

⁷ 4857 Sayılı İş Kanunu m. 14., 10.06.2003 tarih, 25134 sayılı Resmî Gazete (RG), (Erişim Tarihi 01.01.2024).

⁸ **Dr. Resul Limon**, Türkiye’de Kıdem Tazminatının Tarihi Gelişimi ve Kıdem Tazminatı Fonu, İş ve Hayat, C 1, S. 1, Şubat 2015, s. 156.

⁹ **Dr. Bakı Oğuz Mülayim**, “15 Yıl Sigortalılık Süresi ve 3600 Prim Ödeme Gününü Dolduranların İşten Ayrılmalarında Kıdem Tazminatı Talep Edebilmesi” ERÜHFD, C. XIII, S. 1, 2018, s. 47-48.

¹⁰ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m.26, 04.02.2011 tarih, 27836 sayılı Resmî Gazete (RG). (Erişim Tarihi 01.01.2024).

¹¹ **Sevgi Dursun Ateş**, “25 Yıl Sigortalılık Süresi ve 4500 Prim Ödeme Gününü veya 7000 Prim Ödeme Gününü Tamamlayarak İş Sözleşmesini Fesheden İşçilerin Kıdem Tazminatı Hakları” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 1, 2021, s. 562-563.

PART 17

paid, cannot be considered as a fundamental change. The fact that the employee who resigned by fulfilling the retirement conditions works in a different workplace cannot be considered as a breach of the non-competition clause and cannot be subject to a lawsuit as a breach of the non-competition clause, unless he/ she specifically uses the information regarding that workplace obtained from the same workplace.

Although the continuation of the retired employee in the same workplace with or without interruption in the same workplace constitutes a new employment relationship, working for the same employer within the scope of the same job description will not mean the inclusion of a trial period in the employment contract that the employee will establish with the same employer after retirement. As a matter of fact, in a decision of the 22nd Civil Chamber of the Court of Cassation, it has been evaluated as an abuse of right by the employer to include a probationary period in the employment contract with an employee who has worked for years in the employer's workplace in order to eliminate the rights of the employee and to include a probationary period in the employment contract by mentioning the existence of bad faith¹².

WIn this context, it will be accepted as a process in accordance with the ordinary course of business for retired employees to enter a new working period by receiving severance payments. In the new period in which working retirees continue their business relations, as a result of leaving the job in a way to be entitled to severance pay, a second seniority receivable for the new working period may also be in question. There is no consensus in the Court of Cassation and the doctrine that the reason for termination of the employment contract, which entitles the employee to severance pay for the last termination of employment after retirement, is sufficient to entitle the employee to seniority in the post-retirement period by making the reason for termination in the second period. In the case law of the Court of Cassation¹³, it is considered as an abuse of right that the termination relationship subject to severance pay entitling the employee to an old-age pension can be claimed separately for each year worked in different places after retirement¹⁴; while another opinion taken into consideration in the doctrine is that there is no obstacle for this in the legislation and that

delinmesi olarak kabul edilemeyecek ve aynı işyerinden edindiği o iş yerine ilişkin bilgileri özel olarak kullanmadığı takdirde rekabet yasağının delinmesi olarak davaya konu edilemeyecektir.

Aynı iş yeri nezdinde ara vererek yahut ke-sinti olmaksızın aynı iş yerinde emekli olan çalışanın devam etmesi ne kadar yeni bir iş ilişkisine konu oluştursa da aynı işverenin aynı iş tanımını kapsamında çalışması emeklilik sonrası aynı işveren ile kuracağı iş sözleşmesinde deneme süresinin yer alması anlamına gelmeyecektir. Nitekim, Yargıtay'ın 22. Hukuk Dairesi'nin verdiği bir kararda da sadece işçinin haklarını ortadan kaldırmak maksadıyla işverenin işyerinde yıllarca çalışmış bir işçisi ile aynı işte çalışacağı yeni dönemdeki iş sözleşmesine deneme süresi konulmasının işçinin haklarını ortadan kaldırmak maksadıyla yapılmış bir eylem olarak değerlendirilmesi gerektiği ve kötü niyetin varlığından bahsederek iş sözleşmesine deneme süresi konmasını işveren tarafından hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir¹².

Bu bağlamda emekli olan çalışanların kıdem tazminatı ödemelerini alarak yeni bir çalışma dönemine girmesi olağan iş akışına uygun bir süreç olarak kabul görecektir. Çalışan emeklilerin ise iş ilişkilerine devam ettikleri yeni süreçte de kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde işten ayrılmaları neticesinde yeni çalışma dönemine ilişkin ikinci bir kıdem alacakları da söz konusu olabilecektir. Yargıtay ve doktrinde emekli olduktan sonra çalışan işçinin son işten ayrılışının kıdem tazminatına hak kazanması hususunda önceki emeklilik statüsüne hak kazandıran iş akdinin feshi sebebinin ikinci dönemde de fesih sebebi yapılarak emeklilik sonrası dönemde kıdeme hak kazandırmak için yeterli bir husus olarak değerlendirilmesi noktasında görüş birliği mevcut değildir. Yargıtay içtihatlarında¹³, yaşlılık aylığına hak kazandıran kıdem tazminatına konu fesih ilişkisinin emeklilik sonrası çalışılan farklı yerlerde her bir yıl için ayrı olarak talep edilebilmesini hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirirken¹⁴; doktrinde ağırlık kazanan bir diğer görüş ise mevzuatta bunun için bir engel olmadığı, emeklilik sonrası çalışılan her bir dönem için de ayrı ayrı kıdem tazminatına hak kazanılabileceğidir¹⁵.

Kanunda ve uygulamada boş kalan ve emeklilik sonrası dönemde de uzun bir müddet aynı yerde çalışan emekli işçiler açısından

the employee can be entitled to severance pay separately for each period worked after retirement¹⁵.

The fact that employers lead workers to retire early with advance payments in order to prevent the employee's severance pay receivables from being made as a lump sum payment in the future and prevent them from severance pay rights for the following period is a situation that causes significant financial losses for retired workers who work in the same place in the post-retirement period. This situation is an important gap that contains a deficiency in the law and jurisprudence and this situation should be resolved reasonably for employers and employees.

In light of the information provided, it is clear that there are variables that are taken into account in the calculations in accordance with different criteria in the evaluation of severance payments that contain missing receivables in the event that the retired employee's last job departure is in a way that qualifies for severance pay or in the payment of severance receivables arising from the employment contract subject to retirement.

2. Calculation of Liquidated Severance Pay

When we consider the employment relationship in which the pension receivable subject to seniority arises as the first period employment relationship and in the event that the retired worker's receivables subject to severance pay are underpaid, it is an important issue in the calculation of severance pay if



maddi olarak önemli kayıplara neden olan ve işverenleri işçinin kıdem tazminatı alacaklarını ileride toplu ödeme olarak yapılmasının önüne geçilmesi maksadıyla avans niteliğindeki ödemelerle işçileri erken dönemde emekli olmaya yönlendirerek sonraki döneme ilişkin kıdem tazminatı haklarından alıkoymaları, kanunda ve içtihatla eksiklik içeren ve evveliyat ile işveren ve işçi açısından makul olarak çözüme kavuşturulması gereken önemli bir boşluktur.

Verilen bilgiler ışığında, çalışan emeklinin son işten ayrılışının kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde olduğu ihtimalde veyahut emekliliğe konu iş akdinden doğan kıdem alacaklarının ödenmesi noktasında eksik olacak içeren kıdem tazminatlarının değerlendirilmesi hususunda farklı kriterler doğrultusunda hesaplamalarda dikkate alınan değişkenlerin yer aldığı görülmektedir.

DİPNOT

¹² Yargıtay 22. H.D., T. 10.12.2013, E. 2013/9215, K. 2013/28777 (karararama.yargitay.gov.tr; Date of Access, 09.01.2024).

¹³ Musa Çakmakçı, "15 Yıl ve 3600 Günden Kıdem Tazminatı Hakkı Bir Kez Mi Kullanılabilecek", <https://www.muhasabetr.com/yazarlarimiz/musacakmakci/094/#:~:text=Normal%20tahsis%20ama%C3%A7%20emeklilik%20ya,dayanarak%20tekrar%20k%C4%B1dem%20tazminat%C4%B1%20isteyemez.> (Erişim tarihi, 04.01.2024); Yargıtay 9. H.D., E. 2014/33390 K. 2016/4940; "Yargıtay 9. Hukuk Dairesi İçtihat Farklılıklarının Görüşülmesi Eylül 2020 (İlke Kararları)", İstanbul Barosu Dergisi, C. 94/6 (2020) s. 487-501."

¹⁴ Yargıtay 9. H.D., T. 07.03.2016, E. 2014/33390, K. 2016/4940.

¹⁵ Dursun Ateş, s.570-575.; "Bu hakkın birden fazla kullanılmasını engelleyen bir ibarenin 1475 sayılı İŞK. m.14'te bulunmadığını, ancak bu boşluğun bilerek yaratılmış bir boşluk olmayıp irade dışı meydana geldiği, aksi bir sonucun hakkın kötüye kullanımına yeşil ışık yakacağını, amaca göre yorum yapılması gerektiğini, bu durumun bir tür yıpranmanın erken ödüllendirilmesi olduğunu, bu hakkın defalarca kullanılmasının amaçlanmadığını..." Mülayim, p. 61.; Fatih Rüştü Taşkın, "Yaş Dışındaki Emeklilik Şartlarını Doldurarak Kıdem Tazminatı Kazanma Hakkı Kaç Kez Kullanılabilir?", Mali Çözüm Dergisi, Mayıs-Haziran 2022, C. 32, p. 307-315.

FOOTNOTE

¹² Yargıtay 22. H.D., T. 10.12.2013, E. 2013/9215, K. 2013/28777 (karararama.yargitay.gov.tr; Date of Access, 09.01.2024).

¹³ Musa Çakmakçı, "15 Yıl ve 3600 Günden Kıdem Tazminatı Hakkı Bir Kez Mi Kullanılabilecek", <https://www.muhasabetr.com/yazarlarimiz/musacakmakci/094/#:~:text=Normal%20tahsis%20ama%C3%A7%20emeklilik%20ya,dayanarak%20tekrar%20k%C4%B1dem%20tazminat%C4%B1%20isteyemez.> (Erişim tarihi, 04.01.2024); Yargıtay 9. H.D., E. 2014/33390 K. 2016/4940; "Yargıtay 9. Hukuk Dairesi İçtihat Farklılıklarının Görüşülmesi Eylül 2020 (İlke Kararları)", İstanbul Barosu Dergisi, C. 94/6 (2020) p. 487-501."

¹⁴ Yargıtay 9. H.D., T. 07.03.2016, E. 2014/33390, K. 2016/4940.

¹⁵ Dursun Ateş, p. 570-575.; "Bu hakkın birden fazla kullanılmasını engelleyen bir ibarenin 1475 sayılı İŞK. m.14'te bulunmadığını, ancak bu boşluğun bilerek yaratılmış bir boşluk olmayıp irade dışı meydana geldiği, aksi bir sonucun hakkın kötüye kullanımına yeşil ışık yakacağını, amaca göre yorum yapılması gerektiğini, bu durumun bir tür yıpranmanın erken ödüllendirilmesi olduğunu, bu hakkın defalarca kullanılmasının amaçlanmadığını..." Mülayim, p. 61.; Fatih Rüştü Taşkın, "Yaş Dışındaki Emeklilik Şartlarını Doldurarak Kıdem Tazminatı Kazanma Hakkı Kaç Kez Kullanılabilir?", Mali Çözüm Dergisi, Mayıs-Haziran 2022, C. 32, p. 307-315.

PART 17

the retired worker is re-employed by the same employer after a period of time or continues to work in the same workplace without interruption. In the conditions where the employment relationship is terminated in a way to qualify for severance pay in the post-retirement period, the intermittent periods are combined in the calculation of severance pay and the calculation is made over the total severance pay due. For this reason, in the termination of the employment contract of the employee entitled to severance pay, a separate seniority calculation is made for the employee working in the post-retirement period. In this regard, the point that exists in the jurisprudence of the Court of Cassation and which is taken into consideration is that the severance pay is calculated over the last wage paid to the employee after retirement for the employee who continues to work as a retired employee by combining the first period worked and the period worked after retirement, and the total amount of severance pay deserved for all intermittent periods is calculated. If there is a severance pay paid to the employee before the first retirement period, the severance pay amount calculated over the last wage paid to the employee is deducted from the severance pay amount in order not to cause double payment¹⁶.

According to the opinion in the doctrine¹⁷, which we also agree with, the issue to be taken into account in the calculation of the severance indemnity as a result of the employee leaving the job in a way to be entitled to severance pay in the second period is that it is necessary to make a payment for the first period without combining it with the previous period and to make a separate independent payment for the second period and to make a severance payment for the period worked after retirement. This is due to the termination of the employee who entered the retirement process by giving seniority to the employee in the post-retirement period and started working in the second period with or without a break in the post-retirement period.

As a result, the most important issue to be considered by the employer for the employee who continues to work in the same workplace in the post-retirement period is to make the severance payment earned for the first period of employment relationship subject to retirement in full, in the event that the employment contract is terminated in such a way as to be entitled to severance pay in the subsequent period of employment, when the

sonra yeniden istihdam edilmesi veyahut kesintisiz olarak aynı iş yerinde çalışmaya devam etmesi kıdem tazminatının hesaplanmasında önemli bir husustur. Emeklilik sonrası çalışılan dönemde kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde iş ilişkisinin sona erdiği koşullarda kıdem tazminatının hesaplanmasında fasılalı dönemler birleştirilerek muaccel olan toplam kıdem tazminatı üzerinden hesap yapılmaktadır. Bu nedenle kıdem tazminatına hak kazanan işçinin iş akitlerinin feshinde emeklilik sonrası dönemde çalışan işçi için ayrı bir kıdem hesabı yapılmaktadır. Bu hususta Yargıtay içtihatlarında var olan ve dikkat edilen husus, ilk çalışılan dönem ile emeklilikten sonra çalışılan dönemin birleştirilerek emekli olarak çalışmaya devam eden işçi için emeklilikten sonra işçiye ödenen son ücret üzerinden kıdem tazminatı hesaplanarak var olan tüm fasılalı dönemler için toplam hak edilen kıdem tazminatı miktarı hesaplanmaktadır. Şayet işçiye ilk emeklilik dönemine ait hak kazanılan sürece ilişkin öncesinde ödenmiş bir kıdem ücreti var ise faiziyle mahsup edilerek son olarak işçiye ödenen son ücret üzerinden hesap edilen kıdem tazminatı miktarından mükerrer ödemeye sebep olmaması nedeniyle eksilme yapılır¹⁶.

Doktrinde yer alan ve bizim de katıldığımız görüşe göre¹⁷ ise, emeklilik sonrası çalışılan dönemde işçiye kıdem verilerek emeklilik sürecine giren ve emeklilik sonrası dönemde ara vererek yahut ara vermeksizin ikinci dönemde çalışmaya başlayan işçinin ikinci dönemde kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde işten ayrılması neticesinde kıdem tazminatının hesaplanmasında dikkat edilen hususun **önceki dönem** ile birleştirilmeden ilk döneme ilişkin ödeme yapılması ve ikinci döneme ilişkin ise ayrı bir bağımsız ödeme yapılarak emeklilik sonrası çalışılan döneme ilişkin kıdem tazminatı ödemesinin yapılması gerekliliğidir.

Sonuç olarak, emeklilik sonrası dönemde aynı iş yerinde çalışmaya devam eden işçi için fasılalı dönemlerle yahut aralıksız iş ilişkisinin devam ettiği çalışma dönemlerinde işveren açısından dikkat edilmesi gereken en önemli husus, emekliliğe konu ilk dönem iş ilişkisine ilişkin kazanılan kıdem tazminatı ödemesinin eksiksiz yapılarak, sonradan çalışılan dönemde kıdem tazminatına hak kazanılacak şekilde iş akdinin feshedilmesi durumunda birinci dönemin tasfiye edilmesi neticesinde ikinci döneme ilişkin kıdem tazminatı ödemesi yapılacağı vakit fasılalı

severance payment for the second period is due as a result of the first period's liquidation, it is imperative to prevent the intermittent or uninterrupted period from being combined with the first period and to prevent the severance pay from being multiplied by the total period worked over the wage paid in the previous period.

B. Entitlement to Annual Paid Leave

1. Conditions To Be Considered During Annual Paid Leave

The worker's right to annual paid leave is an integral part of the right to rest, which is a social and economic right regulated in Article 50 of the Constitution. The right to annual paid leave aims to protect workers' physical and mental health, rest, increase their motivation and work efficiency. The right to annual paid leave, on the one hand, enables the worker to exercise the right to rest defined in the Constitution, and on the other hand, it is a worker's right based on the employer's obligation to take care of the worker in this respect, which aims to ensure that the worker does not lose wages during the paid leave period¹⁸.

Article 53 of the Labor Law No. 4857 stipulates that the employee will be entitled to annual paid leave if he/ she has worked for at least one year, including the probationary period, since the day he/ she started working at the workplace, and paragraph 2 of the same article stipulates that the employee cannot waive his/ her right to annual paid leave. As a matter of fact, in a decision of the 9th Civil Chamber of the Court of Cassation, it has been ruled that annual paid leave is a constitutional right to rest and for this reason, the employee cannot convert the right to annual paid leave into wages and waive this right during the continuation of the employment contract¹⁹. Although it is regulated that the employee must use his/ her annual paid leave right and cannot waive this right, pursuant to Article 59 of the Labor Law, it is stated that in the event of termination of the employment relationship for any reason, the wages of the annual leave periods that the employee is entitled to but cannot use will be paid to the employee or his/her beneficiary at the wage on the date of termination of the contract.

yahut aralıksız sürenin ilk dönem ile birleştirilmesinin önlenerek son dönemde ödenen ücret üzerinden çalışılan toplam süre ile çarpılan kıdem tazminatının önüne geçilmesi gerekmektedir.

B. Yıllık Ücretli İzin Kullanılması

1. Yıllık Ücretli İzinde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar

İşçinin yıllık ücretli izin hakkı, Anayasa'nın 50. maddesinde düzenlenen sosyal ve ekonomik niteliği haiz dinlenme hakkının tamamlayıcı bir parçasıdır. Yıllık ücretli izin hakkı; işçilerin hem bedensel hem de ruhsal sağlıklarını korumalarını, dinlenmelerini, motivasyonlarını ve çalışma verimliliğini artırmalarını amaçlar. Yıllık ücretli izin hakkı, bir yanda işçinin Anayasa'da tanımlanan dinlenme hakkını kullanmasına olanak sağlarken diğer yanda da ücretli izin dönemi içinde işçinin ücret kaybına uğramamasını amaçlayan bu yönüyle de işverenin işçiyi gözetme yükümlülüğüne dayalı bir işçi hakkıdır¹⁸.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 53. maddesinde işçinin işyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de dahil olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olması halinde yıllık ücretli izne hak kazanacağı ve aynı maddenin 2. fıkrasında da işçinin yıllık ücretli izin hakkından vazgeçemeyeceği düzenlenmiştir. Nitekim, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu bir kararda da yıllık ücretli iznin Anayasal kaynaklı dinlenme hakkı niteliği taşıdığı ve bu sebeple işçinin iş sözleşmesinin deva- mı sırasında yıllık ücretli izin hakkını ücrete dönüştüremeyeceği ve bu haktan feragat edemeyeceği hüküm altına alınmıştır¹⁹. Her ne kadar işçinin yıllık ücretli izin hakkını kullanması gerektiği ve bu haktan feragat edemeyeceği düzenlenmişse de İş Kanunu m. 59 uyarınca iş ilişkisinin herhangi bir nedenle sona ermesi durumunda işçinin hak kazandığı fakat kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücretin sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücret üzerinden işçiye veya hak sahibine ödeneceği belirtilmiştir.

İş Kanunu m. 53 işçilerin hizmet sürelerine göre yıllık ücretli izin sürelerini; (i) 1 yıldan 5 yıla kadar (5 yıl dahil) olanlara 14 günden, (ii)

DİPNOT

¹⁶ Yargıtay 9. H.D., T. 25.11.2020, E. 2016/33022, K. 2020/16854 (karararama.yargitay.gov.tr; Erişim Tarihi: 09.01.2024). <https://legal.com.tr/blog/is-hukuku/emeklilik-sonrasi-ayni-isyerinde-calisma-ya-devam-eden-iscinin-kidem-ve-yillik-izni-nasil-hesaplanmalidir/#:~:text=%C3%87%C3%BCnk%C3%BC%20emekli%20olup%20k%C4%B1dem%20tazminat%C4%B1n%C4%B1,k%C4%B1dem%20tazminat%C4%B1na%20hak%20kazanmas%C4%B1%20m%C3%BCnk%C3%BCnd%C3%BCr> (Date of Access, 03.01.2024).

¹⁷ <https://www.harbiyehukuk.com/emeklilik-nedeniyle-kidem-tazminat/> (Erişim Tarihi 03.01.2024); Harun Can, İş Hukukunda Kıdem Tazminatı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, s. 43-44.

¹⁸ Erol Güner, "Yıllık İzin Ücreti Çıplak Ücret Üzerinden Hesaplanmalı", E-Yaklaşım, C. XXIX, S. 366, Haziran 2023, s. 196.

¹⁹ Yargıtay 9. H.D., T. 27.1.2022, E. 2021/12471, K. 2022/1343 (karararama.yargitay.gov.tr; Erişim Tarihi: 09.01.2024).

FOOTNOTE

¹⁶ Yargıtay 9. H.D., T. 25.11.2020, E. 2016/33022, K. 2020/16854 (karararama.yargitay.gov.tr; Date of Access, 09.01.2024). <https://legal.com.tr/blog/is-hukuku/emeklilik-sonrasi-ayni-isyerinde-calisma-ya-devam-eden-iscinin-kidem-ve-yillik-izni-nasil-hesaplanmalidir/#:~:text=%C3%87%C3%BCnk%C3%BC%20emekli%20olup%20k%C4%B1dem%20tazminat%C4%B1n%C4%B1,k%C4%B1dem%20tazminat%C4%B1na%20hak%20kazanmas%C4%B1%20m%C3%BCnk%C3%BCnd%C3%BCr> (Date of Access, 03.01.2024).

¹⁷ <https://www.harbiyehukuk.com/emeklilik-nedeniyle-kidem-tazminat/> (Erişim Tarihi 03.01.2024); Harun Can, İş Hukukunda Kıdem Tazminatı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, p. 43-44.

¹⁸ Erol Güner, "Yıllık İzin Ücreti Çıplak Ücret Üzerinden Hesaplanmalı", E-Yaklaşım, C. XXIX, S. 366, Haziran 2023, p. 196.

¹⁹ Yargıtay 9. H.D., T. 27.1.2022, E. 2021/12471, K. 2022/1343 (karararama.yargitay.gov.tr; Erişim Tarihi: 09.01.2024).

PART 17

Article 53 of the Labor Law regulates the duration of annual paid leave according to the length of service of the employees; (i) 14 days for those with 1 year to 5 years (including 5 years), (ii) 20 days for those with more than 5 years and less than 15 years, (iii) 26 days for those with 15 years (including) or more. According to Article 56 of the Labor Law, although it is regulated that the annual paid leave cannot be divided by the employer and that it shall be used continuously, the same article stipulates that the employee may use his/her leave in parts, one part of which shall not be less than ten days, upon the agreement of the parties.

Another important issue that should be evaluated within the scope of the right to annual paid leave is the determination of the duration of annual paid leave by combining the periods worked in one or different workplaces of the same employer. Article 54/1 of the Labor Law not only limits this issue to the workplaces of the employer that are within the scope of the Labor Law, but also includes the periods worked in workplaces outside the scope of the Labor Law, thus broadening the scope of annual paid leave. In the event that the employment relationship is intermittent, it is not important that the work to be performed for the same employer is continuous, the intermittent work should be summed up and the right to annual paid leave should be determined. Article 4 of the Regulation on Annual Paid Leave²⁰ stipulates that the intermittent work of the employee at the workplace of the same employer shall be combined in the calculation of the annual leave period and the period required to qualify for leave.

5 yıldan fazla 15 yıldan az olanlara 20 günden, (iii) 15 yıl (dahil) ve daha fazla olanlara 26 günden az olmayacak şekilde düzenlemiştir. İş Kanunu m. 56 uyarınca yıllık ücretli iznin işveren tarafından bölünemeyeceği ve sürekli bir şekilde kullanılacağı düzenlenmişse de aynı maddede tarafların anlaşmasıyla işçinin iznini, bir bölümü on günden aşağı olmamak üzere bölümler halinde kullanabileceği düzenlenmiştir.

Yıllık ücretli izin hakkı kapsamında değerlendirilmesi gereken önemli diğer bir husus da işçilerin yıllık ücretli izin süresinin hesabında aynı işverenin bir veya farklı işyerlerinde çalıştıkları sürelerin birleştirilerek izin süresinin belirlenmesidir. İş Kanunu m. 54/1 bu konuyu yalnızca işverenin İş Kanunu kapsamına giren iş yerleri olarak sınırlı değil aynı zamanda İş Kanunu kapsamı dışında bulunan iş yerlerinde çalışılan dönemleri de dahil ederek yıllık ücretli iznin kapsamını geniş ele almıştır. İş ilişkisinin aralıklı olması durumunda ise aynı işverene yapılacak çalışmaların süreklilik arz etmesi önemli olmayıp aralıklı çalışmaların toplanıp yıllık ücretli izin hakkının belirlenmesi gerekmektedir. Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin 4. maddesinde²⁰ de yıllık izin süresi ve izne hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçinin aynı işverene ait iş yerinde çalıştığı aralıklı çalışmaların birleştirileceği düzenlenmiştir.

2. Calculation of Liquidated Annual Paid Leave

The annual paid leave rights of the employees whose employment relationship is terminated due to retirement and then re-employed in the same workplace is an issue where different opinions are put forward and there is no unity of jurisprudence in the decisions of the Court of Cassation. In the decision of the 9th Civil Chamber of the Court of Cassation dated 31.01.2007, the liquidation of the employee's annual paid leave for the previous period is subject to the condition of payment of the leave fee²¹. In the decision, it was ruled that the payment of the severance pay rights of the previous period to the employee liquidates the seniority rights belonging to that period and in the event that the annual leave rights of the previous period are paid at the end of the employment relationship, the seniority based on the previous annual leave is also liquidated²². As it can be understood, in the relevant decision of the Court of Cassation, it has been decided that if the employee's annual leave rights of the previous period have been paid, Article 54 of the Labor Law does not come into effect and the annual leave rights of the previous period are liquidated and the annual paid leave calculation in the new employment relationship with the same employer should be determined without adding the seniority periods of the previous period²³.

The Court of Cassation changed its opinion in its subsequent decisions and decided that the liquidation of the previous period with the payment of severance pay to the employee does not constitute an obstacle to the entitlement to annual paid leave in the following working period and the consolidation of the previous service periods in the calculation of these periods²⁴. As a matter of fact, in a decision of the 9th Civil Chamber of the Court of Cassation, it was ruled that in the calculation of the period required to be entitled to annual paid leave pursuant to Article 54 of the Labor Law, the periods of service previously spent by the employee in one or different workplaces of the same employer should also be taken into consideration. In the same Court of Cassation decision, it is stated that in the case where the employee's previous period annual leave rights are liquidated, it is not possible to add the previous period service periods, but in the case where the employee's previous period annual leave rights are not liquidated, Article 54 of the La-

2. Tasfiye Edilen Yıllık Ücretli İzin Haklarının Hesaba Katılması

Emeklilik sebebiyle iş ilişkisi sona eren ve sonrasında aynı iş yerinde tekrar işe giriş yapan işçilerin yıllık ücretli izin hakları ise farklı görüşlerin ileri sürüldüğü ve Yargıtay kararlarında da içtihat birliğinin bulunmadığı bir konu olma özelliği taşımaktadır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 31.01.2007 tarihli kararında işçinin önceki dönem yıllık ücretli izninin tasfiyesi izin ücretinin ödenmesi koşuluna bağlanmıştır²¹. Kararda, işçiye önceki dönem kıdem tazminat haklarının ödenmesi ile o döneme ait kıdem haklarının tasfiye edildiği ve aynı yöntemle önceki dönem yıllık izin haklarının iş ilişkisi sonunda ödenmiş olması durumunda önceki yıllık izne esas kıdem de tasfiye edildiği hüküm altına alınmıştır²². Anlaşılacağı üzere Yargıtay'ın ilgili kararında işçinin önceki dönem yıllık izin haklarının ödenmiş olması durumunda İş Kanunu m. 54'ün devreye girmeyerek önceki döneme ait yıllık izin haklarının tasfiye olduğu ve aynı iş verene yapılan yeni iş ilişkisinde yıllık ücretli izin hesaplamasının eski dönem kıdem sürelerinin eklenmeksizin belirlenmesi gerektiği kararlaştırılmıştır²³.

Yargıtay sonraki kararlarında görüş değişikliğine giderek işçiye kıdem tazminatının ödenmesiyle önceki dönemin tasfiye edilmesi durumunun sonraki çalışma dönemi yıllık ücretli izne hak kazanma ve bu sürelerin hesabında önceki hizmet sürelerinin birleştirilmesine engel teşkil etmediği yönünde karar vermiştir²⁴. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu bir kararda İş Kanunu m. 54 uyarınca yıllık ücretli izne hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında, işçinin daha önce aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerinde geçirdiği hizmet sürelerinin de dikkate alınması gerektiği yönde hüküm kurmuştur. Aynı Yargıtay kararında işçinin önceki dönem yıllık izin haklarının tasfiye edildiği durumda önceki dönem hizmet sürelerinin eklenmesinin mümkün olmayacağı fakat işçinin önceki dönem yıllık izin haklarının tasfiye edilmediği durumda İş Kanunu m. 54'ün devreye girerek yeni dönem yıllık izin hesaplamasının önceki dönem kıdem sürelerinin de eklenerek yapılmasının mümkün olabileceği belirtilmektedir²⁵.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 05.11.2020 tarihinde vermiş olduğu kararda ise işçiye ait önceki dönem yıllık izin haklarının kullanılmasının veya karşılığı ücretin ödenme-

DİPNOT

²⁰ Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği m. 4, 03.03.2004 tarih, 25391 Sayılı Resmi Gazete (RG). (Erişim Tarihi: 01.01.2024).

²¹ Yargıtay 9. H.D., T. 31.01.2007, E. 2006/12556, K. 2007/1252.

²² Talha Bakırcıoğlu, "EYT'li İşçilerin Yıllık İzin Durumu Üzerine Bir Değerlendirme", E-Yaklaşım, C. XXIX, S. 365, Mayıs 2023, s. 176.

²³ Bakırcıoğlu, s. 176.

²⁴ Yargıtay 9. H.D., T. 05.11.2020, E. 2016/29801, K. 2020/14939 (karararama.yargitay.gov.tr; Erişim Tarihi: 09.01.2024).

²⁵ Yargıtay 9. H.D., T. 9.2.2021, E. 2020/2236, K. 2021/3668 (karararama.yargitay.gov.tr; Erişim Tarihi: 09.01.2024).

FOOTNOTE

²⁰ Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği m. 4, 03.03.2004 tarih, 25391 Sayılı Resmi Gazete (RG). (Date of Access, 01.01.2024).

²¹ Yargıtay 9. H.D., T. 31.01.2007, E. 2006/12556, K. 2007/1252.

²² Talha Bakırcıoğlu, "EYT'li İşçilerin Yıllık İzin Durumu Üzerine Bir Değerlendirme", E-Yaklaşım, C. XXIX, S. 365, Mayıs 2023, p. 176.

²³ Bakırcıoğlu, p. 176.

²⁴ Yargıtay 9. H.D., T. 05.11.2020, E. 2016/29801, K. 2020/14939 (karararama.yargitay.gov.tr; Date of Access, 09.01.2024).



PART 17

bor Law may come into effect and it may be possible to calculate the new period annual leave by adding the previous period seniority periods²⁵.

In the decision of the 9th Civil Chamber of the Court of Cassation dated 05.11.2020, it was stated that it is not important whether the annual leave rights of the employee for the previous period are used or the corresponding fee is paid, and the seniority periods for the previous period should also be taken into account in the calculation of the annual paid leave for the new period²⁶. At this point, the Court of Cassation has changed its jurisprudence with this decision and has ruled that the calculation of the annual paid leave for the new period should be made by adding the service periods of the previous period, disregarding the liquidation of the annual leave rights for the previous periods.

In the decision of the 9th Civil Chamber of the Court of Cassation dated 05.11.2020, it was ruled that in the calculation of the annual leave right in intermittent work, a 5-year statute of limitations must exist between the end of the previous working period and the beginning of the new working period in order for the previous service periods to be time-barred²⁷. However, in the decision of the same department dated 27.01.2022, it was stated that the right to annual paid leave is a constitutional right to rest and therefore, the previous period of service cannot be time-barred in intermittent work²⁸. In the same decision of the 9th Civil Chamber of the Court of Cassation, it was decided that the annual leave can be determined by adding the periods that cannot be entitled to leave because 1 year has not expired in the previous service period to the subsequent period of work.

As can be seen, it cannot be said that the Court of Cassation has reached a unity of jurisprudence in terms of the decisions given on different dates. However, according to the opinion in the doctrine, which we also agree with, it is a correct opinion that the previous seniority periods should be taken into account in the calculation of the annual paid leave rights of the employees whose employment relationship is terminated due to retirement and who are re-employed in the same workplace, regardless of the fact that the previous working period has been liquidated in determining the annual paid leave rights of the new period.

sinin önemli olmadığı yeni döneme ilişkin yıllık ücretli iznin hesabında önceki döneme ilişkin kıdem sürelerinin de dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir²⁶. Bu noktada Yargıtay vermiş olduğu bu karar ile içtihat değişikliğine gitmiş ve önceki dönemlere ilişkin yıllık izin haklarının tasfiye edilmiş olmasını dikkate almayarak yeni dönem yıllık ücretli izin hesabının önceki dönem hizmet sürelerinin de eklenerek yapılması gerektiği hükmüne varmıştır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 05.11.2020 tarihli kararında, fasilalı çalışmalarda yıllık izin hakkının hesaplanmasında, önceki hizmet sürelerinin zamanaşımına uğraması için önceki çalışma döneminin bitişi ile yeni çalışma döneminin başlangıcı arasında 5 yıllık zamanaşımı süresinin mevcut olması gerektiği hüküm altına alınmıştır²⁷. Fakat aynı dairenin 27.01.2022 tarihli kararında ise yıllık ücretli izin hakkının Anayasal kaynaklı dinlenme hakkı olduğundan dolayı aralıklı çalışmalarda önceki dönem hizmetlerinin zamanaşımına uğramayacağı belirtilmiştir²⁸. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi aynı kararda önceki hizmet döneminde 1 yıl dolmadığı için izne hak kazanılmayan sürelerin sonraki dönem çalışmalarına eklenerek yıllık iznin belirlenebileceğini kararlaştırmıştır.

Görüldüğü üzere Yargıtay'ın farklı tarihlerde vermiş olduğu kararlar bakımından bir içtihat birliğine vardığı söylenemeyecektir. Fakat doktrinde yer alan ve bizim de katıldığımız görüşe göre emeklilik sebebiyle iş ilişkisi sona eren ve sonrasında aynı iş yerinde tekrar işe girişi yapılan işçilerin yıllık ücretli izin haklarının belirlenmesinde önceki çalışma döneminin tasfiye edilmiş olmasının önemi olmaksızın yeni dönem yıllık ücretli izin hakkının hesaplanmasında önceki kıdem sürelerinin de dikkate alınması görüşü isabetli bir görüştür.

C. Social Security Support Contribution

The insurance premium is the coverage fee paid to the state in an amount and over a period of time determined for employees to be able to benefit from state-provided health services and to qualify for an old-age pension if they fulfill the necessary conditions. This fee is a premium fee that must also be paid for employees who retire within the scope of 4A according to the Social Security and General Health Insurance Law No. 5510. While the social security support premium to be paid for the period worked for the post-retirement period will not change the pension of the retired employees, it is a premium payment that must be paid within the scope of occupational diseases and / or occupational accidents arising from the nature of the work or work of the insured. These premiums are paid by the employer²⁹.

In this context, the social security support premium application is the institution that enables the workers who are entitled to the retirement status of the workers who meet the conditions sought within the scope of EYT to continue to work without interruption of their pensions and to receive their pensions together with their labor wages. In consequence, unless otherwise agreed in the contract and as a result of meeting the conditions required by law, employees who retire with EYT will be able to work in the same or a different workplace of the employer with Social Security Support Premium (SGDP) if the employer deems it appropriate³⁰. The retired employee has to pay Social Security Support Premium in order to cover social protection in case of occupational accidents and diseases³¹.

With the provisional Article 95 of the Law No. 5510, the application of the insurance premium incentive in favor of the employer regarding the reemployment of the retired personnel in their last workplace within 30 working days and their starting to work subject to SGDP under the private sector employer who meets the conditions required by the law and the amount covering the 5-point portion of the SGDP employer's share by the Treasury has been ruled in accordance with the SSI Circular dated 14/4/2023 and numbered 2023/19 and subparagraph (i) of the first paragraph of Article 81 of the Law No. 5510 regarding insurance premiums and state contribution.

C. Sosyal Güvenlik Destek Primi Ödemesi/ Uygulaması

Sigorta primi, çalışanların devletin sağladığı sağlık hizmetlerinden yararlanabilmesi ve gerekli koşulları yerine getirmeleri ile yaşlılık aylığına hak kazanabilmeleri için tayin edilen miktar ve sürede devlete ödenen teminat ücretidir. Bu ücret, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun'una göre 4A kapsamındaki emekli olan çalışanlar için de ödenmesi gereken bir prim bedelidir. Her ne kadar emeklilik sonrası döneme ilişkin çalışan süreye ait ödenecek olan sosyal güvenlik destek primi, emekli olan çalışanların aylığını değiştirmeyecek olsa da sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden kaynaklanan uğrayacağı meslek hastalıkları ve/ veya iş kazaları kapsamında ödenmesi gereken bir prim ödemesidir. Bu prim ödemesi işveren tarafından gerçekleştirilir²⁹.

Bu minvalde, EYT kapsamında aranan şartları taşıyan işçinin emeklilik statüsüne hak kazanarak çalışmaya devam ettikleri durumda emekli aylıkları kesilmeden çalışmaya devam etmeleri ve işçilik ücretleri ile birlikte emekli aylıklarını alabilmelerini sağlayan kurum ise sosyal güvenlik destek primi uygulaması olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sayede, aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça EYT ile emekli olan çalışanlar işverenin uygun bulduğu takdirde işverenin aynı veya farklı bir işyerinde Sosyal Güvenlik Destek Primi (SGDP) olarak çalışabilecektir³⁰. Emekli olan çalışanın Sosyal Güvenlik Destek Primi ödemeye çalışması iş kazası meslek hastalığı durumunda sosyal korumanın karşılanabilmesi içindir³¹.

5510 numaralı kanunun geçici 95. maddesi ile emekli olan personelin en son çalıştıkları işyerinde 30 iş günü içerisinde tekrar çalışmaya başlamaları ile kanunda aranan şartları sağlayan özel sektör işvereni altında SGDP'ye tabi çalışmaya başlamaları ile SGDP işveren hissesinin 5 puanlık kısmını karşılayan tutarın Hazine tarafından karşılanmasına ilişkin sigorta prim teşvikinin işveren lehine uygulanması 14.04.2023 tarihli ve 2023/19 Sayılı SGK Genelgesi ile 5510 sayılı Kanun'un sigorta primlerine ve devlet katkısına ilişkin 81'inci maddesinin birinci fıkrasının (i) bendi uyarınca hükme alınmıştır.

Bu çerçevede 03.03.2023 tarihi itibarıyla ilk kez emeklilik kriterlerini sağlaması gerekçesi ile işten ayrılan ve iş ilişkisinin sona ermesine binaen sona eren tarihi takip eden 30 gün

FOOTNOTE

²⁵ Yargıtay 9. H.D., T. 9.2.2021, E. 2020/2236, K. 2021/3668 (karararama.yargitay.gov.tr; Date of Access, 09.01.2024).

²⁶ Yargıtay 9. H.D., T. 05.11.2020, E. 2016/29801, K. 2020/14939 (karararama.yargitay.gov.tr; Date of Access, 09.01.2024).

²⁷ Yargıtay 9. H.D., T. 05.11.2020, E. 2016/29801, K. 2020/14939 (karararama.yargitay.gov.tr; Date of Access, 09.01.2024).

²⁸ Yargıtay 9. H.D., T. 27.1.2022, E. 2021/12471, K. 2022/1343 (karararama.yargitay.gov.tr; Date of Access, 09.01.2024).

²⁹ <https://www.turkiyefinans.com.tr/tr-tr/blog/sayfalar/sigorta-primi-nedir.aspx> (Date of Access, 28.01.2024).

³⁰ <https://www.sgk.gov.tr/Content/Post/ada02fa5-e15f-4e0d-b6c9-fef40a54eb3c/Emeklilikten-Sonra-Tekrar-Calisma-SGDP-2022-05-13-09-35-43> (Date of Access, 28.01.2024).

³¹ <https://www.pwc.com.tr/eyt-duz-enlemesi-calisma-hayatini-nasil-et-kileyecek> (Date of Access, 28.01.2024).

DİPNOT

²⁶ Yargıtay 9. H.D., T. 05.11.2020, E. 2016/29801, K. 2020/14939 (karararama.yargitay.gov.tr; Erişim Tarihi: 09.01.2024).

²⁷ Yargıtay 9. H.D., T. 05.11.2020, E. 2016/29801, K. 2020/14939 (karararama.yargitay.gov.tr; Erişim Tarihi: 09.01.2024).

²⁸ Yargıtay 9. H.D., T. 27.1.2022, E. 2021/12471, K. 2022/1343 (karararama.yargitay.gov.tr; Erişim Tarihi: 09.01.2024).

²⁹ <https://www.turkiyefinans.com.tr/tr-tr/blog/sayfalar/sigorta-primi-nedir.aspx> (Erişim Tarihi: 28.01.2024).

³⁰ <https://www.pwc.com.tr/tr/medya/kose-yazilari/celal-ozcan/son-gelistemelere-gore-10-soruda-eyt.html> (Erişim tarihi, 28.01.2024).

³¹ <https://www.pwc.com.tr/eyt-duz-enlemesi-calisma-hayatini-nasil-et-kileyecek> (Erişim tarihi, 28.01.2024).

PART 17

Within this framework, 03.03. 2023 for the first time on the grounds of fulfilling the retirement criteria and within 30 days following the termination of the employment relationship due to the termination of the employment relationship, the payment of monthly premiums and service documents within the legal period, withholding and premium service declaration, accrued premiums and overdue insurance premiums in all workplaces located in various regions of Turkey. Employers who do not owe unemployment insurance premiums, administrative fines, and related late payment penalties and late payment increases, as well as those who do not face penalties for failing to report their employees as insured or for not actually employing the insured they have reported, will benefit from the treasury-funded 5-point social security support premium.

III. CONCLUSION

In the event that employees who are eligible for retirement and terminate their employment contracts and are exited from the Social Security Institution (SSI) are re-employed by their employers by making SSI entries, whether their work continues uninterruptedly or time elapses between the exit and re-employment, a new employment contract may be signed with the employee and it may be possible to determine the post-retirement working conditions different from the previous conditions, including wages, position and fringe benefits. In this framework, in the light of the reasons explained above, according to the opinion we concur with, provided that the seniority and annual leave rights are liquidated before retirement, the working period before the termination will not be taken into account in the calculation of the severance pay and annual paid leave periods that the employee will be entitled to in the working period after the termination, liquidation of severance pay and unused annual leaves, all accrued severance pay and annual paid leave rights and other receivables accrued during the working period before retirement by paying all of the accrued severance pay and annual paid leave rights and other receivable items will protect the rights of the employee and will be in favor of the employer³².

FOOTNOTE

32 <https://www.verginet.net/dtt/11/sgk-2023-3.aspx> (Date of Access, 28.01.2024).

içerisinde aynı işyerinden sosyal güvenlik destek primine tabi çalışana ilişkin özel sektör işverenlerinin yasal süre içerisinde aylık prim ve hizmet belgelerini ödemesi, muhtasar ve prim hizmet beyannamesi, tahakkuk eden primleri, Türkiye'nin çeşitli bölgelerinde yer alan tüm işyerlerinde yasal ödeme süresi geçmiş sigorta primi, işsizlik sigortası primi, idari para cezası ile bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borçlarının bulunmayan son olarak çalıştırdığı kişileri sigortalı olarak bildirmedikleri veya bildirdikleri sigortalıların fiilen çalıştırmadığı yönünde herhangi bir cezası bulunmayan işverenler hazine den karılanacak 5 puanlık sosyal güvenlik destek priminden yararlanacaktır.

III. SONUÇ

Emekliliğe hak kazanarak iş akitlerini fesheden ve SGK çıkışları yapılan çalışanların, işverenleri tarafından SGK girişleri yapılarak yeniden istihdam edilmeleri halinde, ister çalışmalarını kesintisiz devam etsin isterse çıkış ile yeniden istihdam arasında zaman geçmiş olsun, taraflar arasında kurulan ilişki kanun kapsamında yeni bir ilişki olarak değerlendirileceğinden, çalışan ile yeni bir iş sözleşmesi imzalanabilecek ve emeklilik sonrası çalışma koşullarının, ücret, pozisyon ve yan haklar da dahil olmak üzere, önceki koşullardan farklı olarak belirlenmesi mümkün olabilecektir. Bu bağlamda yukarıda açıklanan sebepler ışığında, katıldığımız görüşe göre, kıdem ve yıllık izin haklarının emeklilikten önce tasfiye edilmesi kaydıyla, fesihten önceki çalışma dönemi, işçinin fesihten sonraki çalışma döneminde hak kazanacağı kıdem tazminatının hesaplanmasında ve yıllık ücretli izin sürelerinin hesap edilmesinde dikkate alınmayacağından, emeklilikten önceki çalışma döneminde hak kazanılan ve kıdem tazminatının ve kullanılan yıllık izinlerin, tahakkuk eden kıdem ücretlerinin tamamının ve yıllık ücretli izin hakları ile doğmuş diğer alacak kalemlerinin tamamının ödenmesi suretiyle tasfiye edilmesi işçinin hakkını koruyacağı gibi işveren lehine olacaktır³².

BIBLIOGRAPHY

ALPER SÜZEK, İş Hukuku: Genel Esaslar - Bireysel İş Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2020.

DR. BAKI OĞUZ MÜLAYİM, "15 Yıl Sigortalılık Süresi ve 3600 Prim Ödeme Gününü Dolduranların İşten Ayrılmalarında Kıdem Tazminatı Talep Edebilmesi", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1, 2018.

ERCÜMENT ÖZKARACA, "Sigortalılık Süresi ve Prim Ödeme Gün Sayısını Tamamlama Suretiyle Kıdem Tazminatı Hakkı ve Bu Sebep ile Yapılan Feshin Sözleşmesel Kayıtlara Etkisi" Çalışma ve Toplum Dergisi, C. 36, S. 1, 2013.

EROL GÜNER, "Yıllık İzin Ücreti Çıplak Ücret Üzerinden Hesaplanmalı", E-Yaklaşım, C. XXIX, S. 366, 2023. <https://www.turkis.org.tr/turk-is-kasim-2023-acilik-ve-yoksulluk-siniri/> (Date of Access, 01.01.2024).

FATİH RÜŞTÜ TAŞKIN, "Yaş Dışındaki Emeklilik Şartlarını Doldurarak Kıdem Tazminatı Kazanma Hakkı Kaç Kez Kullanılabilir?", Mali Çözüm Dergisi, C. XXXII, 2022.

HARUN CAN, İş Hukukunda Kıdem Tazminatı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, 2018.

MUSA ÇAKMAKÇI, "15 Yıl ve 3600 Günden Kıdem Tazminatı Hakkı Bir Kez Mi Kullanılabilecek?", <https://www.muhasabetr.com/yazarlarimiz/musacakmakci/094/#:~:text=Normal%20tahsis%20ama%C3%A7%20B1%20emeklilik%20ya,dayanarak%20tekrar%20k%C4%B1dem%20tazminat%C4%B1%20isteyemez.> (Date of Access: 04.01.2024).

DR. RESUL LİMON, "Türkiye De Kıdem Tazminatının Tarihi Gelişimi ve Kıdem Tazminatı Fonu", İş ve Hayat, C. 1, S. 1, 2015.

SEVGİ DURSUN ATEŞ, "25 Yıl Sigortalılık Süresi ve 4500 Prim Ödeme Gününü veya 7000 Prim Ödeme Gününü Tamamlayarak İş Sözleşmesini Fesheden İşçilerin Kıdem Tazminatı Hakları", SÜHFD., C. 29, S. 1, 2021.

TALHA BAKIRCIOĞLU, "EYT"li İşçilerin Yıllık İzin Durumu Üzerine Bir Değerlendirme", E-Yaklaşım, C. XXIX, S. 365, 2023.

<https://legal.com.tr/blog/is-hukuku/emeklilik-sonrasi-ayni-isyerinde-calismaya-devam-eden-iscinin-kidem-ve-yillik-izni-nasil-hesaplanmalidir/#:~:text=%C3%B7%C3%BCnk%C3%BC%20emeklilik%20olup%20k%C4%B1dem%20tazminat%C4%B1n%20k%C4%B1dem%20tazminat%C4%B1na%20hak%20kazanmas%C4%B1%20m%C3%BCmk%C3%BCnd%C3%BCr> (Date of Access: 03.01.2024).

<https://www.harbiyehukuk.com/emeklilik-nedeniyle-kidem-tazminat/> (Date of Access: 03.01.2024);

<https://www.turkiyefinans.com.tr/tr-tr/blog/sayfalar/sigorta-primi-nedir.aspx> (Date of Access: 28.01.2024).

<https://www.sgk.gov.tr/Content/Post/ada02fa5-e15f-4e0d-b6c9-fef40a54eb3c/Emeklilikten-Sonra-Tekrar-Calisma-SGDP-2022-05-13-09-35-43> (Date of Access, 28.01.2024).

<https://www.pwc.com.tr/eyt-duzenlemesi-calisma-hayatini-nasil-etkileyecek> (Date of Access: 28.01.2024).

<https://www.verginet.net/dtt/11/sgk-2023-3.aspx> (Date of Access, 28.01.2024).

"Yargıtay 9. Hukuk Dairesi İçtihat Farklılıklarının Görüşülmesi Eylül 2020 (İlke Kararları)", İstanbul Barosu Dergisi, C. 94/6, 2020.

KAYNAKÇA

ALPER SÜZEK, İş Hukuku: Genel Esaslar - Bireysel İş Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2020.

DR. BAKI OĞUZ MÜLAYİM, "15 Yıl Sigortalılık Süresi ve 3600 Prim Ödeme Gününü Dolduranların İşten Ayrılmalarında Kıdem Tazminatı Talep Edebilmesi", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1, 2018.

ERCÜMENT ÖZKARACA, "Sigortalılık Süresi ve Prim Ödeme Gün Sayısını Tamamlama Suretiyle Kıdem Tazminatı Hakkı ve Bu Sebep ile Yapılan Feshin Sözleşmesel Kayıtlara Etkisi" Çalışma ve Toplum Dergisi, C.36, S. 1, 2013.

EROL GÜNER, "Yıllık İzin Ücreti Çıplak Ücret Üzerinden Hesaplanmalı", E-Yaklaşım, C. XXIX, S.366, 2023. <https://www.turkis.org.tr/turk-is-kasim-2023-acilik-ve-yoksulluk-siniri/> (Erişim Tarihi 01.01.2024).

FATİH RÜŞTÜ TAŞKIN, "Yaş Dışındaki Emeklilik Şartlarını Doldurarak Kıdem Tazminatı Kazanma Hakkı Kaç Kez Kullanılabilir?", Mali Çözüm Dergisi, C. XXXII, 2022.

HARUN CAN, İş Hukukunda Kıdem Tazminatı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, 2018.

MUSA ÇAKMAKÇI, "15 Yıl ve 3600 Günden Kıdem Tazminatı Hakkı Bir Kez Mi Kullanılabilecek?", <https://www.muhasabetr.com/yazarlarimiz/musacakmakci/094/#:~:text=Normal%20tahsis%20ama%C3%A7%20B1%20emeklilik%20ya,dayanarak%20tekrar%20k%C4%B1dem%20tazminat%C4%B1%20isteyemez.> (Erişim tarihi, 04.01.2024).

DR. RESUL LİMON, "Türkiye De Kıdem Tazminatının Tarihi Gelişimi ve Kıdem Tazminatı Fonu", İş ve Hayat, C.1, S.1, 2015.

SEVGİ DURSUN ATEŞ, "25 Yıl Sigortalılık Süresi ve 4500 Prim Ödeme Gününü veya 7000 Prim Ödeme Gününü Tamamlayarak İş Sözleşmesini Fesheden İşçilerin Kıdem Tazminatı Hakları", SÜHFD., C. 29, S. 1, 2021.

TALHA BAKIRCIOĞLU, "EYT"li İşçilerin Yıllık İzin Durumu Üzerine Bir Değerlendirme", E-Yaklaşım, C. XXIX, S. 365, 2023.

<https://legal.com.tr/blog/is-hukuku/emeklilik-sonrasi-ayni-isyerinde-calismaya-devam-eden-iscinin-kidem-ve-yillik-izni-nasil-hesaplanmalidir/#:~:text=%C3%B7%C3%BCnk%C3%BC%20emeklilik%20olup%20k%C4%B1dem%20tazminat%C4%B1n%20k%C4%B1dem%20tazminat%C4%B1na%20hak%20kazanmas%C4%B1%20m%C3%BCmk%C3%BCnd%C3%BCr> (Erişim Tarihi 03.01.2024).

<https://www.harbiyehukuk.com/emeklilik-nedeniyle-kidem-tazminat/> (Erişim Tarihi 03.01.2024);

<https://www.turkiyefinans.com.tr/tr-tr/blog/sayfalar/sigorta-primi-nedir.aspx> (Date of Access: 28.01.2024).

<https://www.sgk.gov.tr/Content/Post/ada02fa5-e15f-4e0d-b6c9-fef40a54eb3c/Emeklilikten-Sonra-Tekrar-Calisma-SGDP-2022-05-13-09-35-43> (Erişim Tarihi, 28.01.2024).

<https://www.pwc.com.tr/eyt-duzenlemesi-calisma-hayatini-nasil-etkileyecek> (Erişim Tarihi, 28.01.2024).

<https://www.verginet.net/dtt/11/sgk-2023-3.aspx> (Erişim Tarihi, 28.01.2024).

"Yargıtay 9. Hukuk Dairesi İçtihat Farklılıklarının Görüşülmesi Eylül 2020 (İlke Kararları)", İstanbul Barosu Dergisi, C. 94/6, 2020.

DİPNOT

32 <https://www.verginet.net/dtt/11/sgk-2023-3.aspx> (Erişim Tarihi, 28.01.2024).



PART 18

**LIABILITY OF THE PRINCIPAL
EMPLOYER IN THE PRINCIPAL
EMPLOYER - SUBCONTRACTOR
RELATIONSHIP**

ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN
İLİŞKİSİNDE ASIL İŞVERENİN
SORUMLULUĞU

BİLGE NUR ATICI

PART 18

ABSTRACT | ÖZET

Article 2 of the Labor Law no. 4857 ("Labor Law") lists the elements of the principal employer - subcontractor relationship, outlines the limits of the parties' liabilities within the scope of this relationship, and then regulates the cases of collusion in the principal employer - subcontractor relationship.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin unsurları 4857 sayılı İş Kanunu ("İş Kanunu") m. 2'de sayılmakta, tarafların bu ilişki kapsamındaki sorumluluklarının sınırları çizilmekte ve ardından asıl işveren-alt işveren ilişkisinde muvazaa halleri düzenlenmektedir.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELEER

Principal Employer, Subcontractor, Joint And Several Liability, Collusion, Recourse.

Asıl İşveren, Alt İşveren, Birlikte Sorumluluk, Muvazaa, Rücu.

I. INTRODUCTION

In a legally established principal employer - subcontractor relationship, the principal employer is liable for the obligations arising from the Labor Law and other relevant legislation, the employment agreements between the parties or the collective bargaining agreement to which the subcontractor is a party, together with the subcontractor, to the subcontractor's employees, beneficiaries (heirs of the employees, etc.) and the Social Security Institution ("SSI").

The Labor Law regulates the principal employer-subcontractor relationship, which allows an employer to receive assistance from another employer and its employees. The Labor Law also regulates the consequences of the principal employer-subcontractor relationship and the liabilities imposed on the parties to this relationship. Pursuant to Article 2 of the Labor Law, an employer may assign, limited to a part of the main work, work requiring specialization due to the necessity of the business and work and technological reasons, or auxiliary task related to the production of goods or services carried out in the workplace, to another employer who will employ its employees exclusively within the boundaries of the workplace of the principal employer

I. GİRİŞ

Hukuka uygun kurulan bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinde asıl işveren, İş Kanunu ve ilgili diğer mevzuattan, tarafların aralarındaki iş sözleşmelerinden veya alt işverenin taraf bulunduğu toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerden alt işveren ile birlikte alt işverenin işçilerine, hak sahiplerine (işçinin mirasçıları vb.) ve Sosyal Güvenlik Kurumu'na ("SGK") karşı sorumludur.

İş Kanunu'nda asıl işveren-alt işveren ilişkisi düzenlenerek işverenin, başka bir işveren ve bu işverenin işçilerinden yardım almasına olanak sağlanmıştır. Ayrıca, İş Kanunu'nda asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sonuçları ve bu ilişkinin taraflarına yüklediği sorumluluklar da düzenlenmektedir. İş Kanunu m. 2 uyarınca bir işveren, asıl işin bir bölümü ile sınırlı olmak üzere işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işleri veya işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işleri, ilgili işler kapsamında görevlendireceği işçilerini münhasıran asıl işverenin işyeri sınırları içerisinde ve asıl işverenden alacağı işlerde çalıştıracak başka bir işverene verebilir.

Bu kapsamda, alt işverenlerin, kendi işçilerine, hak sahiplerine (işçilerin mirasçıları vb.) ve SGK'ya karşı borçlarını ödeyeme-



and within the scope of the work to be obtained from the principal employer.

In this context, in the event that subcontractors fail to pay their debts to their own employees, beneficiaries (heirs of the employees, etc.) and the SSI, the principal employers and subcontractors are held jointly liable for these debts. In this study, the principal employer-subcontractor relationship, the nature of this relationship, the cases of joint liability between the parties and the status of the recourse relationship between the parties according to the validity of the established principal employer-subcontractor relationship will be discussed.

II. DEFINITION AND ELEMENTS OF THE PRINCIPAL EMPLOYER - SUBCONTRACTOR RELATIONSHIP

Article 2/6 of the Labor Law defines the principal employer-subcontractor relationship as follows: "The connection between the subcontractor who undertakes to carry out work in auxiliary tasks related to the production of goods and services or in a certain section of the main activity due to operational requirements or for reasons of technological

mesli halinde, asıl işverenler ile alt işverenler söz konusu borçlardan birlikte sorumlu tutulmuşlardır. Bu çalışmada, asıl işveren-alt işveren ilişkisine, bu ilişkinin niteliğine, taraflar arasındaki birlikte sorumluluk hallerine ve kurulmuş olan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerliliğine göre taraflar arasındaki rücu ilişkisinin durumuna değinilecektir.

II. ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN TANIMI VE UNSURLARI

İş Kanunu m. 2/6'da asıl işveren-alt işveren ilişkisi "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile

PART 18

expertise in the establishment of the main employer (the principal employer) and who engages employees recruited for this purpose exclusively in the establishment of the main employer is called “the principal employer-subcontractor relationship”. The principal employer shall be jointly liable with the subcontractor for the obligations ensuing from this Labor Act, from employment contracts of subcontractor’s employees or from the collective agreement to which the subcontractor has been signatory¹.

A. Elements of the Principal Employer-Subcontractor Relationship

When the definition in the Labor Law is examined, it is understood that in the principal employer-subcontractor relationship, the principal employer may contract with another employer to employ its employees in “a part of the main work” or in “auxiliary works” related to the production of goods or services carried out in the workplace in works that require specialization due to the necessity of the business and work and technological reasons, and that this employer may employ its employees exclusively in the work to be performed in this workplace.

Pursuant to Article 2/6 of the Labor Law, the conditions for the establishment of a lawful principal employer-subcontractor relationship can be listed as follows; (i) there are two employers, namely the principal employer and the subcontractor (ii) the work to be subcontracted to the subcontractor within the scope of the relationship is question must be within the scope of goods and services produced at the workplace, (iii) the work subcontracted to the subcontractor must be “a part of the main work that requires specialization due to the necessity of the business and work and technological reasons” or “auxiliary work”, (iv) the subcontractor’s employees must work within the boundaries of the principal employer’s workplace, and (v) the subcontractor’s employees must be working exclusively in the work received from the principal employer and are dedicated to this work².

1. Presence of Two Employers

First of all, in order to establish a lawful principal employer-subcontractor relationship, both parties in the relationship in question must be qualified as employers. In the event

iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.”¹ şeklinde tanımlanmaktadır.

A. Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Unsurları

İş Kanunu’ndaki tanım incelendiğinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisinde asıl işverenin; işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde “asıl işin bir bölümünde” ya da işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin “yardımcı işlerde” işçilerini çalıştırmak için başka bir işverenle anlaşılabilirliği ve bu işverenin işçilerini münhasıran bu işyerinde alacağı işte çalıştırabileceği anlamı ortaya çıkmaktadır.

İş Kanunu m. 2/6 kapsamında hukuka uygun bir asıl ve alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için öngörülen koşullar şu şekilde sıralanabilir; (i) alt işveren ve asıl işveren olmak üzere iki işverenin bulunması, (ii) söz konusu ilişki kapsamında alt işverene verilecek işin işyerinde üretilen mal ve hizmet kapsamında olması, (iii) alt işverene verilen işin, “asıl işin, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir bölümü” veya “yardımcı iş” niteliğinde olması, (iv) alt işveren işçilerinin asıl işverene ait işyerinin sınırları içerisinde çalışması ve (v) alt işverenin işçilerinin münhasıran asıl işverenden alınan işte bu işe özgülenmiş olarak çalışıyor olmasıdır².

1. İki İşverenin Bulunması

Öncelikle hukuka uygun bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için söz konusu ilişkide iki tarafın da işveren niteliğini haiz olması gerekmektedir. Tarafardan

that one of the parties does not have this qualification, the relationship in question will be deemed not to have been established³.

What is important in the principal employer-subcontractor relationship is not how the contract is characterized by the parties, but whether it contains the elements of the definition in the Labor Law⁴. Accordingly, although there is no agency relationship between the parties in the principal employer-subcontractor relationship, the relationship between the parties is based on contracts such as work, transportation, lease, service procurement contracts⁵. The important factor of this point is that the subcontractor performs the works that it performs within the scope of the relationship with the principal employer on its own behalf, on its own account and with its own employees⁶.

Article 3 of the Subcontracting Regulation (“Subcontracting Regulation”) published in the Official Gazette dated 27.09.2008 and numbered 27010 defines the concepts of principal employer and subcontractor. According to Article 3/1 (ç) of the Subcontracting Regulation, the principal employer is defined as “the real or legal person or institutions and organizations without legal personality who employ workers in the primary work and who assigns auxiliary works related to the production of goods or services in the workplace or works requiring expertise for technological reasons due to the necessity of the business and work in a part of the primary work to the other employer” and according to Article 3/1 (a) of the Subcontracting Regulation, the subcontractor is defined as “a real or legal person or non-legal entities or institutions and organizations without legal personality who employs the workers assigned for this work only in this workplace, who receives work from an employer in auxiliary works related to the production of goods or services carried out in the workplace or in a part of the main work that requires specialization due to the necessity of the business and work and technological reasons”.

In addition, as clearly stated in Article 4/1 (a) of the Subcontracting Regulation, the work assigned to another employer must also involve the employees of the employer, i.e. the principal employer⁷. On the other hand, if it is seen that the employer has completely transferred the main work to another employer and only the employees of the employer who has received the work are working in

herhangi birinin bu niteliği taşımaması durumunda, söz konusu ilişki kurulmamış sayılacaktır³.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde önemli olan sözleşmenin taraflarca nasıl nitelendirildiği değil, İş Kanunu’ndaki tanımın unsurlarını içerip içermediğidir⁴. Buna göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinde tarafların arasında vekalet ilişkisi bulunmamakla birlikte, tarafların arasındaki ilişki; eser, taşıma, kira, hizmet alım sözleşmesi gibi sözleşmelere dayanmaktadır⁵. Bu noktada önemli olan husus alt işverenin, asıl işveren ile aralarındaki ilişki kapsamında yerine getirdiği işleri, kendi adına, kendi hesabına ve kendi işçileri ile yerine getiriyor olmasıdır⁶.

27.09.2008 tarihli ve 27010 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Alt İşverenlik Yönetmeliği (“Alt İşverenlik Yönetmeliği”) m. 3 asıl işveren ve alt işveren kavramlarını tanımlamaktadır. Alt İşverenlik Yönetmeliği m. 3/1 (ç) bendinde asıl işveren; “İşyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işleri veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işleri diğer işverene veren, asıl işte kendisi de işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar” ve Alt İşverenlik Yönetmeliği m. 3/1 (a) bendinde alt işveren de; “Bir işverenden, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirildiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar” şeklinde tanımlanmaktadır.

Ayrıca, Alt İşverenlik Yönetmeliği m. 4/1 (a) bendinde de açıkça ifade edildiği üzere başka bir işverene verilen işte, işi veren işverenin, yani asıl işverenin, işçilerinin de çalışması gerekmektedir⁷. Buna karşılık işveren tarafından asıl işin bütünüyle başka bir işverene devredildiği ve sadece işi alan işverenin işçilerinin o işte çalıştığı fakat işi veren işverenin işçilerinin o işte çalışmadığı görülüyor ise asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığından söz edilemeyecektir.

DİPNOT

¹ 4857 sayılı İş Kanunu m. 2, 10.06.2003 tarih, 25134 sayılı Resmî Gazete (RG).

² Seda Özgül Ekiz, “Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Mütessesil Sorumluluk”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 13, 52, 2022, s. 237.

³ Ekiz, s. 241.; Hande Bahar Aykaç, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011, s. 57-62.

⁴ Nuri Çelik/ Nurşen Caniklioğlu/ Talat Canbolat/ Ercüment Özkaraça, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 35. Baskı, İstanbul 2022, s. 98.

⁵ Ekiz, s. 241; Aykaç, s. 37.

⁶ Sarper Süzek, İş Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2020, s. 157-158.

⁷ Hamdi Mollamahutoğlu/ Muhittin Astarlı/ Ulaş Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı Cilt:1 Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara 2022, p. 45; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraça, s. 102.

FOOTNOTE

¹ 4857 sayılı İş Kanunu m. 2, 10.06.2003 tarih, 25134 sayılı Resmî Gazete (RG).

² Seda Özgül Ekiz, “Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Mütessesil Sorumluluk”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 13, 52, 2022, p. 237.

³ Ekiz, p. 241.; Aykaç, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011, p. 57-62.

⁴ Nuri Çelik/ Nurşen Caniklioğlu/ Talat Canbolat/ Ercüment Özkaraça, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 35. Baskı, İstanbul 2022, p. 98.

⁵ Ekiz, p. 241; Aykaç, p. 37.

⁶ Sarper Süzek, İş Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2020, p. 157-158.

⁷ Hamdi Mollamahutoğlu/ Muhittin Astarlı/ Ulaş Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı Cilt:1 Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara 2022, p. 45; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraça, p. 102.

PART 18

that work, but the employees of the employer who is given the work are not working in that work, it cannot be mentioned that the existence of the principal employer-subcontractor relationship.

2. Being a Part of the Main Work or Auxiliary Work

In the Labor Law, "a part of the main work that requires specialization due to the necessity of the business and work and technological reasons" or "auxiliary works" are listed as works that can be subcontracted. The definitions in the Subcontracting Regulation may be instructive in determining which works in a workplace are subcontracted to another employer and when a principal employer-subcontractor relationship is established. Article 3/1 (c) of the Subcontracting Regulation defines the main work as "the work that constitutes the basis of the production of goods or services", and Article 3/1 (ğ) of the Subcontracting Regulation defines the auxiliary work as "the work that is related to the production of goods or services carried out in the workplace, but is not directly included in the production organization, is not a compulsory element of production, but continues as long as the main work continues and is dependent on the main work".

At this point, it should not be forgotten that the additional condition for the transfer of a part of the main work to a subcontractor is that it requires specialization due to the necessity of the business and work and technological reasons⁸. From this point of view, the relationship established by the employer who assigns the work to another employer that exceeds a part of the main work or does not qualify as auxiliary work will not be considered within the scope of the principal employer-subcontractor relationship.

a. A Principle of That the Work to be Subcontracted to Subcontractor is Auxiliary Work

If the work given by the principal employer to the subcontractor is auxiliary work, this work must be within the scope of the goods and services produced in the workplace. If the principal employer contracts with another employer for a work that is outside the scope of the production of goods and services in the workplace, the principal employer-subcontractor relationship is not established. However, the work to be subcontracted to

2. Asıl İşin Bir Bölümü veya Yardımcı İş Olması

İş Kanunu'nda "asil işin, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir bölümü" veya "yardımcı işler" alt işverene verilebilecek işler olarak sayılmaktadır. Bir işyerinde hangi işler başka bir işverene verildiği takdirde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulduğuna ilişkin olarak Alt İşverenlik Yönetmeliği'ndeki tanımlar yol gösterici olabilir. Alt İşverenlik Yönetmeliği m. 3/1 (c) bendinde asıl iş; "Mal veya hizmet üretiminin esasını oluşturan iş", Alt İşverenlik Yönetmeliği m. 3/1 (ğ) bendinde yardımcı iş ise; "İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin olmakla beraber doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan, üretimin zorunlu bir unsuru olmayan ancak asıl iş devam ettikçe devam eden ve asıl işe bağımlı olan iş" olarak tanımlanmaktadır.

Bu noktada, asıl işin bir bölümünün alt işverene devrine ilişkin ek koşulun işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmesi olduğu unutulmamalıdır⁸. Bundan hareketle, asıl işin bir bölümünü aşan veyahut yardımcı iş niteliğine girmeyen işleri başka bir işverene veren işverenin kurduğu ilişki, asıl işveren-alt işveren ilişkisi kapsamında sayılmayacaktır.

a. Alt İşverene Verilen İşin Yardımcı İş Olması

Asıl işveren tarafından alt işverene verilen iş yardımcı iş olduğu takdirde bu işin, işyerinde üretilen mal ve hizmetler kapsamında bulunması gerekir. Asıl işveren, işyerindeki mal ve hizmet üretiminin kapsamı dışında kalan bir iş için başka bir işveren ile anlaşığı halde, asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmamış olur. Ancak alt işverene verilecek olan iş, işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimiyle doğrudan bağlantılı bir iş olabileceği gibi,

the subcontractor may be directly related to the production of goods and services carried out in the workplace, or indirectly within this scope⁹. Otherwise, works that are completely outside the production of goods and services in the workplace cannot be subcontracted.

Contrary to the condition that the work to be subcontracted is a work that requires specialization due to the necessity of the business and work and technological reasons, if the work to be subcontracted has the nature of auxiliary work, the auxiliary work can be subcontracted without the need to seek any other qualification¹⁰. The subcontracting of services such as security, cleaning, catering, etc. by the employer to another employer constitutes the most typical examples of the subcontracting of auxiliary work by the principal employer to the subcontractor.

b. A Principle of That the Work to be Subcontracted to Subcontractor is A Part of Main Work

If the work to be subcontracted is a part of the main work, this work must be a work that requires specialization due to the necessity of the business and work and technological reasons. As a matter of fact, this additional condition is a condition of validity in order to be able to speak of a principal employer-subcontractor relationship established in accordance with the law¹¹. The purpose of this provision is to prevent employers from arbitrarily dividing the main work to subcontractors¹².

dolaylı olarak da bu kapsamda bulunuyor olması mümkündür⁹. Aksi halde işyerindeki mal ve hizmet üretiminin tamamıyla dışında kalan işler, alt işverene verilemeyecektir.

Asıl işin alt işverene verilmesinde aranılan işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması koşulunun aksine, alt işverene verilecek olan iş, yardımcı iş niteliğini haiz ise başka bir nitelik aramaya gerek kalmaksızın yardımcı iş alt işverene verilebilecektir¹⁰. İşyerine ilişkin güvenlik, temizlik, yeme-içme gibi hizmetlerin işveren tarafından bir başka işverene görürülmesi, asıl işveren tarafından alt işverene yardımcı iş mahiyetindeki işlerin verilmesinin en tipik örneklerini teşkil etmektedir.

b. Alt İşverene Verilen İşin Asıl İşin Bir Bölümü Olması

Alt işverene verilecek olan iş, asıl işin bir bölümü olduğu takdirde bu iş, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olmalıdır. Nitekim alt işverene verilecek olan asıl işlerin bir bölümünde bu ek koşul, hukuka uygun olarak kurulmuş bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edebilmek için geçerlilik şartıdır¹¹. Bu düzenlemenin getirilmesindeki amaç ise işverenlerin asıl işi keyfi olarak bölerek alt işverenlere vermesinin engellenmesidir¹².

FOOTNOTE

8 Ekiz, p. 242.

9 Ercan Akyiğit, İş Hukuku, Güncellenmiş 14. Baskı, Ankara 2022, p. 71.

10 Mustafa Halit Korkusuz, "Asıl İşveren ile Alt İşverenin Mütteselsil Sorumluluğu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 72, 2, 2014, p. 215.

11 Korkusuz, p. 215.

12 Ekiz, p. 244; Mollamahmutoglu/Astarlı/ Baysal, p. 46.

DİPNOT

8 Ekiz, s. 242.

9 Ercan Akyiğit, İş Hukuku, Güncellenmiş 14. Baskı, Ankara 2022, s. 71.

10 Mustafa Halit Korkusuz, "Asıl İşveren ile Alt İşverenin Mütteselsil Sorumluluğu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 72, 2, 2014, s. 215.

11 Korkusuz, s. 215.

12 Ekiz, s. 244; Mollamahmutoglu/Astarlı/ Baysal, s. 46.



PART 18

3. Working in the Workplace of the Principal Employer

In establishing a principal employer and subcontractor relationship, the subcontractor's employees must work at the principal employer's workplace. In this circumstance, for example, if the sub-employer, who receives work from the main employer, outsources the work to its employees as subcontracted production in its own workplace, the principal employer and subcontractor relationship will not be formed¹³.

What is meant by the expression "work performed at the workplace" here is that the work belongs to that workplace. For example, in the event that the employer, who



also performs distribution work in any field, assigns this work to another employer, it would be wrong to conclude that the principal employer-subcontractor relationship has not been established, since it is not possible to perform distribution work within the boundaries of the workplace¹⁴. Even in this case, if the exclusivity condition explained below is met, it can be stated that a principal employer and subcontractor relationship has been founded. In fact, that there are decisions of the Supreme Court that provide flexibility by using the concept of "work organization" instead of the concept of "workplace boundaries"¹⁵.

3. Asıl İşverenin İşyeri Sınırlarında Çalışması

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için alt işveren işçilerinin asıl işverenin işyerinde çalışmaları gerekmektedir. Bu durumda, örneğin asıl işverenden iş alan alt işverenin işi, işçilerine kendisine ait işyerinde fason üretim olarak gördürmesi halinde ise asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmayacaktır¹³.

Burada "işyerinde yürütülen iş" kavramı ile kastedilen işin o işyerine ait olmasıdır. Örneğin herhangi bir alanda dağıtım işi yapmakta olan işverenin bu işi başka bir işverene vermesi durumunda, dağıtım işlerinin işyeri sınırları dahilinde yapılması mümkün olmadı-

ğından hareketle asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmadığı sonucuna varmak yanlış bir çıkarımda bulunmak olacaktır¹⁴. Bu durumda dahi aşağıda izah edilen özgüleme (münhasırlık) koşulu sağlanıyor ise, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulduğu söylenebilecektir. Ayrıca Yargıtay'ın "işyeri sınırları" kavramı dışında "iş organizasyonu" kavramını kullanarak konuya ilişkin esneklik sağladığı kararları bulunmaktadır¹⁵.

4. Exclusivity

The important point of the principal employer and subcontractor relation is that certain employees work at the workplace which belong to principal employer. In other words, the personnel allocated by the subcontractor for the receipt from the principle employer must work entirely at the principal employer's workplace. The existence of a principal employer-subcontractor relationship cannot be mentioned, if the employees are employed to other workplaces at the same time¹⁶.

III. LIABILITY OF THE PRIMARY EMPLOYER**A. Legal Responsibility**

Under Article 2 of the Labor Law, the responsibility of the principal employer is restricted to the labor receivables of the subcontractor's employees¹⁷. Also, in cases where the principal employer and subcontractor relationship is established in accordance with the law, unlike the responsibility of the subcontractor, the liability of the principal employer is limited to civil liability and the principal employer does not have criminal or administrative responsibility¹⁸. The subcontractor has a joint civil, criminal and administrative liability.

B. Absolute and Strict Liability

The legislator has not required an additional fault condition for the principal employer's, legislator has held the principal employer liable only for the existence of the principal employer subcontractor relationship established in accordance with the law. However, the principal employer's right of recourse against the sub-employer in the event that the sub-employer pays the labor receivables of the sub-employer's workers separates this situation from an actual case of strict responsibility¹⁹.

C. The Joint Liability

The subcontractor who fails to fulfill its responsibilities towards its own employees, in this case, makes the main employer liable together with it as required by law, as a matter

4. Özgüleme (Münhasırlık)

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde önemli olan belirli işçilerin asıl işverene ait işyerine özgülenmiş olarak çalışıyor olmalarıdır. Diğer bir deyişle, alt işveren tarafından asıl işverenden alınan iş için görevlendirilen işçilerin, münhasıran asıl işverenin işyerinde çalışıyor olmaları gerekmektedir. Bu işçiler aynı zamanda başka işyerlerinde görevlendiriliyorlarsa asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığından söz edilemeyecektir¹⁶.

III. ASIL İŞVERENİN SORUMLULUĞU**A. Hukuki Bir Sorumluluk Olması**

İş Kanunu m. 2 kapsamında asıl işverenin sorumluluğu, alt işverenin işçilerinin işçilik alacaklarıyla sınırlandırılmıştır¹⁷. Ayrıca, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin hukuka uygun bir şekilde kurulduğu durumlarda, alt işverenin sorumluluğunun aksine asıl işverenin sorumluluğu hukuki sorumlulukla sınırlı olup asıl işverenin cezai veya idari sorumluluğu bulunmamaktadır¹⁸. Alt işverenin ise hukuki, cezai ve idari sorumluluğu bir arada bulunmaktadır.

B. Mutlak ve Kusursuz Bir Sorumluluk Olması

Kanun koyucu asıl işvereni yalnızca hukuka uygun olarak kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı nedeniyle sorumlu tutarak asıl işverenin sorumluluğunun gündeme gelmesi noktasında ek bir kusur şartı aramamıştır. Ancak, asıl işverenin, alt işverenin işçilerinin işçilik alacaklarını ödediği takdirde alt işverene karşı bulunan rücu hakkı bu durumu gerçek bir kusursuz sorumluluk halinden ayırmaktadır¹⁹.

C. Müteselsil Bir Sorumluluk Olması

Kendi işçileri karşısında sorumluluklarını yerine getirmeyen alt işveren, bu durumda asıl işvereni de kendisi ile birlikte kanun gereği sorumlu kılmaktadır. Nitekim taraflar arasındaki

FOOTNOTE

13 Ekiz, p. 244; Süzek, p. 159;

14 Ekiz, p. 245.

15 Yargıtay 9. H.D., T. 18.10.2023, E. 2023/355, K. 2023/970.

16 Süzek, p. 165; Çelik/ Canıklıoğlu/ Canbolat/ Özkaraca, p. 126; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, p. 47-48.

17 Korkusuz, p. 227.

18 Korkusuz, p. 226.

19 Korkusuz, p. 227.

DİPNOT

13 Ekiz, s. 244; Süzek, s. 159;

14 Ekiz, s. 245.

15 Yargıtay 9. H.D., T. 18.10.2023, E. 2023/355, K. 2023/970.

16 Süzek, s. 165; Çelik/ Canıklıoğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 126; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 47-48.

17 Korkusuz, s. 227.

18 Korkusuz, s. 226.

19 Korkusuz, s. 227.

PART 18

of fact, it is stated without any doubt in the decisions of the Supreme Court and in the doctrine that the liability in the relationship between the members joint liability²⁰.

D. No Independent Accountability

Although the parties are jointly liable for the labor receivables of the subcontractor's employees, the responsibility of the principal employer depends on the liability of the subcontractor at same point. In other terms, with a view to the parties to be jointly liable in the relationship in question, the subcontractor must first be liable²¹. Because of this reason, in cases where there is no responsibility of the subcontractor, the responsibility of the principal employer cannot be mentioned. For example, if the subcontractor workers do not have any receivables from the subcontractor, the workers will not be able to demand payment of their claims from the subcontractor, and as a natural consequence, they will not be able to make such a demand to the main employer.

IV. JOINT LIABILITY IN THE PRINCIPAL EMPLOYER SUBCONTRACTOR RELATIONSHIP

A. Scope of Joint Liability

The last clause of Article 2/6 of the Labor Law regulates liability in the principal employer and subcontractor relationship. The purpose of this regulation is to ensure the interests of workers and protect workers who are in a weaker position compared to employers. The joint liability mentioned in the relevant provision is of an absolute mandatory nature as it concerns public order, and it is not possible for the parties to agree to eliminate this responsibility by contract²². Pursuant to the last sentence of Article 2/6 of the Labor Law; "The principal employer shall be jointly liable with the subcontractor for the obligations ensuing from this Labor Act, from employment contracts of subcontractor's employees or from the collective agreement to which the subcontractor has been signatory.". "Joint liability" in the wording of the Labor Law is joint and several liability. Another reason for the principal employer to be held liable along with the

ilişkideki sorumluluğun, birlikte sorumluluk olduğu Yargıtay kararlarında ve doktrinde herhangi bir şüpheye yer verilmeksizin ifade edilmektedir²⁰.

D. Bağımsız Bir Sorumluluk Olmaması

Her ne kadar tarafların, alt işveren işçilerinin işçilik alacakları bakımından birlikte sorumluluğu bulursa da asıl işverenin sorumluluğu bir noktada alt işverenin sorumluluğuna bağlı bulunmaktadır. Diğer bir deyişle, söz konusu ilişkide tarafların birlikte sorumluluğunun bulunuyor olması için öncelikle alt işverenin sorumluluğunun bulunuyor olması aranmaktadır²¹. Bu nedenden ötürü alt işverenin sorumluluğu bulunmayan hallerde, asıl işverenin sorumluluğundan bahsedilemez. Örneğin alt işveren işçilerinin alt işverenden herhangi bir alacaklarının bulunmadığı takdirde işçiler alt işverenden alacaklarının ödenmesi talebinde bulunamayacaklarından bunun doğal sonucu olarak asıl işverene de böyle bir talep yöneltemeyeceklerdir.

IV. ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE BİRLİKTE SORUMLULUK

A. Müteselsil Sorumluluğun Kapsamı

İş Kanunu m. 2/6'nın son cümlesinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinde sorumluluk düzenlenmektedir. Bu düzenlemenin amacı işçilerin yararının gözetilmesi ve işverenlere kıyasla güçsüz konumda bulunan işçilerin korunmasıdır. İlgili hükümden bahsedilen birlikte sorumluluk hali kamu düzenini ilgilendirdiğinden mutlak emredici niteliktedir ve tarafların anlaşarak sözleşme ile bu sorumluluğu ortadan kaldırmaları mümkün değildir²². İş Kanunu m. 2/6 son cümlesi uyarınca; "Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur". İş Kanunu lafzında geçen "birlikte sorumluluk" hali müteselsil sorumluluktur. Asıl işverenin alt işveren ile birlikte sorumlu tutulmak istenmesinin bir diğer nedeni de söz konusu işin ifasından işverenlerin birlikte fayda sağlamalarıdır²³.

subcontractor is that the employers benefit together from the performance of the work in question²³.

In addition, since the Labor Law classifies the joint liability of the principal employer and the subcontractor by stating that the issues that require joint liability may arise from the Labor Law, the employment contract or the collective labor agreement to which the subcontractor is a party, the principal employer will not be held responsible for the obligations arising from any contract or act other than those listed in the Labor Law²⁴. At this stage, it should be noted that the principal employer does not have any responsibility towards the subcontractor. The liability of the principal employer is limited only against the employees of the subcontractor.

1. Joint Liability in Terms of The Source of Receivables

The principal employer is liable together with the subcontractor for the wages, overtime works, weekends, national holidays and general holidays, annual leave, bonuses, food allowances, travel allowances, severance, notice, bad faith and reinstatement compensation, insurance premiums of the workers, compensation arising from work accidents, recourse claims of the Social Security Institution (SSI) and similar claims of the workers employed by the subcontractor. In this context, subcontractor's employees, right holder (heirs of the employee, etc.) and SSI can apply to either one of them in terms of the entire receivable for the collection of receivables, or they may apply to the principal employer and subcontractor collectively. When the worker of the subcontractor collects their receivables from one of the parties, they cannot claim from the other party again²⁵.

As can be seen from the wording "obligations arising from the collective labor agreement to which the subcontractor is a party" in Article 2/6 of the Labor Law, liability arising from collective labor agreements is only applicable to collective labor agreements to which the subcontractor is a party. On the other hand, the subcontractor's employees cannot benefit from the provisions of the collective labor agreement to which the principal employer is a party, if the principal employer is a party to the collective labor agreement and the subcontractor is not²⁶.

Buna ek olarak İş Kanunu'nda birlikte sorumluluğu gerektirecek hususların; İş Kanunu, iş sözleşmesi veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden kaynaklanabileceği ifade edilerek asıl işverenin alt işveren ile birlikte sorumluluğu sınırlandırıldığından, İş Kanunu'nda sayılan bu haller dışında herhangi bir sözleşme ya da fiilden kaynaklanan yükümlülüklerden asıl işveren sorumlu tutulamayacaktır²⁴. Bu noktada unutulmaması gereken asıl işverenin alt işverenin kendisine karşı herhangi bir sorumluluğu bulunmadığıdır. Asıl işverenin sorumluluğu yalnızca alt işverenin işçilerine karşı sınırlı olarak düzenlenmiştir.

1. Alacakların Kaynağı Bakımından Müteselsil Sorumluluk

Asıl işveren, alt işverene verdiği işlerde alt işverenin çalıştırdığı işçilerin ücret, fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil, yıllık izin, ikramiye, yemek yardımı, yol yardımı, kıdem, ihbar, kötü niyet ve işe iade kararı sonucu işe başlatmama tazminatları gibi işçilik alacakları ile işçilerin sigorta primleri, iş kazası nedeniyle doğacak tazminatlar, SGK'nın rücu talepleri ve benzerlerinden asıl işverenle birlikte sorumludur. Bu kapsamda alt işverenin işçisi, hak sahipleri (işçinin mirasçıları vb.) ve SGK, alacakların tahsili için alacağın tamamı bakımından ikisinden birine başvurabileceği gibi asıl işverene ve alt işverene birlikte de başvurabileceklerdir. Alt işveren işçileri, alacaklarını taraflardan birinden tahsil ettiğinde ise, diğer tarafa tekrar bir talepte bulunamayacaktır²⁵.

İş Kanunu m. 2/6'daki "alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülükler" ifadesinden anlaşılacağı üzere toplu iş sözleşmesinden kaynaklı sorumluluk hali ise, yalnızca alt işverenin tarafı bulunduğu toplu iş sözleşmeleri bakımından geçerlidir. Buna karşılık, asıl işveren toplu iş sözleşmesine taraf iken alt işveren taraf değilse alt işveren işçileri, asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesindeki hükümlerden yararlanamazlar²⁶.

FOOTNOTE

²⁰ Korkusuz, p. 227.

²¹ Korkusuz, p. 227.

²² Ali Güzel/ Ali Rıza Okur/ Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 18. Bası, İstanbul 2020, p. 203; Süzek, p. 166.

²³ Süzek, p. 165.

²⁴ Ekiz, p. 256.

²⁵ Ekiz, p. 256; Süzek, p. 166; Osman Güven Çankaya/ Şahin Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2009, p. 44.

²⁶ Süzek, p. 166-167.

DİPNOT

²⁰ Korkusuz, s. 227.

²¹ Korkusuz, s. 227.

²² Ali Güzel/ Ali Rıza Okur/ Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 18. Bası, İstanbul 2020, s. 203; Süzek, s. 166.

²³ Süzek, s. 165.

²⁴ Ekiz, s. 256.

²⁵ Ekiz, s. 256; Süzek, s. 166; Osman Güven Çankaya/ Şahin Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2009, s. 44.

²⁶ Süzek, s. 166-167.

PART 18

2. Joint Liability in Terms of Duration

In order for the principal employer to be able liable for the claims of the subcontractor's employees regarding labor receivables, the receivable claimed by the subcontractor's employee must have arisen during the continuation of the principal employer and subcontractor relationship. The principal employer cannot be held liable for the receivables before the principal employer and subcontractor relationship arises or after the said relationship is terminated. Therefore, the principal employer is not responsible for the notice pay occur after the termination of the principal employer subcontractor relationship between the parties. The principal employer may be held liable only for the period during which the employee worked in its own workplace in terms of severance pay²⁷.

Finally, subcontracted workers are entitled to claim their unpaid or underpaid wage receivables that come about during the period in which they were employed by the principal employer from the subcontractor and/ or the main employer within five years from the date of such employment, and the statute of limitations for SSI's receivables for unpaid or underpaid SSI premiums of workers is ten years from the beginning of the calendar year following the end of the payment period.

3. Joint and Several Liability in Terms of Occupational Safety

Article 18 of the Labor Law contains regulations on job security. Pursuant to the relevant provision, the conditions for job security are that the employee has at least six months of seniority, there are at least thirty employees in the workplace, these employees are working under indefinite-term employment contracts and the employee is not the employer's representative, and in this case, the termination of the employment contract will be possibly by the employer only in the presence of a valid reason.

The number of employees of the main employer is not included in the condition of "having thirty or more employees", which is one of the conditions imposed by the Labor Law in order to benefit from the job security provisions. Within the scope of this regulation, only the number of employees of the subcontractor must be at least thirty. In addition, even if the employee has worked for the

2. Süre Bakımından Müteselsil Sorumluluk

Asıl işverenin, alt işveren işçilerinin işçilik alacaklarına ilişkin taleplerinden sorumlu olabilmesi için, alt işveren işçisi tarafından talep edilen alacağın asıl işveren-alt işveren ilişkisinin devamı sırasında doğmuş olması gerekmektedir. Asıl işveren-alt işvereni ilişki doğmadan önce veya söz konusu ilişki sona erdikten sonraki alacaklardan asıl işveren sorumlu tutulamaz. Bu nedenle taraflar arasındaki asıl işveren-alt işveren ilişkisinin sona ermesinin ardından doğmuş olan ihbar tazminatından asıl işverenin sorumluluğu bulunmaz. Kıdem tazminatı açısından ise asıl işveren, işçinin yalnızca kendi işyerinde çalıştığı dönem ile sınırlı olacak şekilde sorumlu tutulabilir²⁷.

Son olarak, alt işveren işçileri asıl işverenden alınan işte çalıştıkları dönemde doğmuş ama kendilerine ödenmemiş ya da eksik ödenmiş ücret alacaklarını, söz konusu çalışmalarını yaptıkları tarihten itibaren beş yıl içinde alt işverenden ve/ veya asıl işverenden talep edebilecek olup SGK'nın işçilerin ödenmemiş ya da eksik ödenmiş olan SGK primlerine ilişkin alacakları bakımından zaman aşımı ise ödeme süresi sona erdikten sonraki takvim yılının başından itibaren on yıldır.

3. İş Güvencesi Bakımından Müteselsil Sorumluluk

İş Kanunu m. 18'de iş güvencesine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. İlgili hüküm uyarınca iş güvencesinin koşulları; işçinin en az altı aylık kıdemi olması, işyerinde en az otuz işçinin bulunması, bu işçilerin belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile çalışıyor olması ve işçinin işvereni vekili olmaması olup bu durumda iş sözleşmesinin feshi işvereni tarafından ancak geçerli bir sebebin varlığı halinde mümkün olacaktır.

İş güvencesi hükümlerinden faydalanabilmek için İş Kanunu uyarınca getirilen koşullardan biri olan "otuz veya daha fazla işçinin bulunması" koşuluna asıl işverenin işçi sayısı dahil edilmez. Bu düzenleme kapsamında yalnızca alt işverenin işçilerinin sayısının en az otuz olması gerekmektedir. Ayrıca asıl işverenin yanında daha önce çalışmış olsa bile işçi açısından bu süre iş güvencesinden yararlanabilmek açısından aranılan en az altı aylık kıdem hesabında dikkate alınmayacaktır²⁸.

principal employer before, this duration will not be taken into account in the calculation of at least six months of seniority required to benefit from job security²⁸.

The distinction between reinstatement lawsuits filed by employees who benefit from job security provisions against the principal employer and the subcontractor will differ depending on whether the relationship in question was established in accordance with the law. In a legally constituted principal employer-subcontractor relationship, it is not possible to file a lawsuit only against the principal employer, and the reinstatement lawsuit must be filed against both subcontractor and the principal employer together or only against the subcontractor. However, in this case, the reinstatement obligation will be on the subcontractor and there will be no reinstatement obligation on the principal employer. Yet, even though it does not have the obligation to reinstate the employee, the principal employer will be responsible together with subcontractor for the payment of the idle time wage and/or the compensation for non-reinstatement, which will be ordered to be paid by the Court as a result of the reinstatement decision²⁹.

On the contrary, if the established principal employer subcontractor relationship is collusive, the reinstatement lawsuit must be filed against the principal employer, since it will be decided to dismiss the lawsuit in terms of hostility if the reinstatement lawsuit is filed against the subcontractor³⁰.

İş güvencesi hükümlerinden yararlanan işçiler tarafından açılacak olan işe iade davalarının asıl işverene mi yoksa alt işverene mi açılacağı hususunda gidilecek olan ayırım; söz konusu ilişkinin hukuka uygun olarak kurulup kurulmadığına göre farklılık arz edecektir. Hukuka uygun olarak kurulmuş olan asıl işveren-alt işveren ilişkisinde yalnızca asıl işverene karşı dava açılması mümkün olmayıp işe iade davasının alt işveren ve asıl işverenin her ikisine karşı birlikte ya da yalnızca alt işverene karşı açılması gerekmektedir. Fakat bu durumda işe iade yükümlülüğü alt işveren üzerinde olacak ve asıl işveren üzerinde herhangi bir işe iade yükümlülüğü bulunmayacaktır. Ancak her ne kadar işe iade yükümlülüğü kendisinde bulunmasa da işe iade kararı verilmesi neticesinde mahkemece ödenmesine hükmedilecek boşa geçen süre ücreti ve/ veya işe başlatmama tazminatının ödenmesi noktasında asıl işveren, alt işveren ile birlikte sorumlu olacaktır²⁹.

Buna karşılık kurulmuş olan asıl işveren-alt işveren ilişkisi muvazaalı ise, işe iade davası alt işverene karşı açıldığı takdirde husumet yönünden davanın reddine karar verileceğinden, bu durumda işe iade davasının asıl işverene karşı açılması gerekmektedir³⁰.

FOOTNOTE

²⁷ Süzek, p. 165; Mollamah-mutoğlu/ Astarlı/ Baysal, p. 49; Çankaya/ Çil, p. 47- 48; Yargıtay 22. H.D., T. 17.06.2019, E. 2017/22904, K. 2019/13208 (karararama.yargitay.gov.tr; Erişim Tarihi: 09.01.2024).

²⁸ Çankaya/ Çil, p. 53.

²⁹ Çankaya/ Çil, p. 53; Çankaya/ Çil, "4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi", Sicil İş Hukuku Dergisi, 3, 2006, p. 71.

³⁰ Ekiz, p. 260.

DİPNOT

²⁷ Süzek, s. 165; Mollamah-mutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 49; Çankaya/ Çil, s. 47- 48; Yargıtay 22. H.D., T. 17.06.2019, E. 2017/22904, K. 2019/13208 (karararama.yargitay.gov.tr; Erişim Tarihi: 09.01.2024).

²⁸ Çankaya/ Çil, s. 53.

²⁹ Çankaya/ Çil, s. 53; Çankaya/ Çil, "4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi", Sicil İş Hukuku Dergisi, 3, 2006, s. 71.

³⁰ Ekiz, s. 260.



PART 18

4. An Agreement Contrary to Joint and Several Liability

In the event that the parties make an agreement to the contrary of joint and several liability, this agreement shall be binding only in their internal relationship and shall have no effect on the claims of the workers, their beneficiaries (heirs of the employee, etc.) and/or the SSI. The workers, the beneficiaries (heirs of the employee, etc.) and the SSI may also apply to the main employer to collect their receivables, even if the contract between the parties stipulates that the main employer will not be liable for the workers to be employed by the subcontractor within the scope of the service to be provided by subcontractor. Provided that there is no agreement between the parties to the contrary, the principal employer may have recourse to subcontractor for all payments that it may have to make to the employees, their beneficiaries (heirs of the employee, etc.) and the SSI.

V. COLLUSIVE RELATIONSHIP BETWEEN PRINCIPAL EMPLOYER AND SUBCONTRACTOR**A. Right to Recourse of the Principal Employer**

If the sub-employer's workers' labor receivables are paid by the principal employer, the issue of whether the principal employer can recourse the amount of which he paid to the sub-contractor or if it can recourse, how much of this amount can be recourse varies according to whether there is collusion in the relationship established between the parties.

1. Recourse in Cases Where the Principal Employer-Subcontractor Relationship is Lawful

Since contract law will be taken into consideration in the relationship established between the parties, the provisions of the contract will take precedence in disputes that may arise. The amount of the labor receivables paid by the principal employer that can be claimed from the subcontractor or whether they can be claimed from the subcontractor or not is determined in the provisions of the contract between the parties. As a matter of fact, this issue is considered within the scope that the parties may freely dispose of. If there is no

4. Müteselsil Sorumluluğun Aksi Yönünde Bir Anlaşma Yapılması

Tarafların müteselsil sorumluluğun aksi yönünde bir anlaşma yapmaları halinde bu anlaşma, sadece kendi aralarındaki iç ilişkide bağlayıcı olacak ve işçilerin, hak sahiplerinin (işçilerin mirasçıları vb.) ve/veya SGK'nın talepleri üzerinde etki yaratmayacaktır. Taraflar arasındaki sözleşmede, alt işverenin vereceği hizmet kapsamında çalıştıracağı işçilere karşı asıl işverenin sorumlu olmayacağına dair düzenlemeler yer alsa dahi, işçiler, hak sahipleri (işçilerin mirasçıları vb.) ve SGK alacaklarını tahsil etmek amacıyla asıl işverene de başvurabileceklerdir. Tarafların arasında aksi yönde bir anlaşma bulunmaması koşuluyla, asıl işveren, işçilere, hak sahiplerine (işçilerin mirasçıları vb.) ve SGK'ya yapmak zorunda kalabileceği ödemelerin tamamı için alt işverene rücu edebileceklerdir.

V. MUVAZAALI ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ**A. Asıl İşverenin Rücu Hakkı**

Asıl işveren tarafından alt işveren işçilerinin işçilik alacakları ödendiği takdirde, asıl işverenin ödemeyi gerçekleştirdiği miktarı alt işverene rücu edip edemeyeceği veya rücu edebilecek ise bu miktarın ne kadarlık bir kısmını rücu edebileceği konusu taraflar arasında kurulmuş olan ilişkide muvazaa bulunup bulunmadığına göre farklılık arz etmektedir.

1. Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Hukuka Uygun Olduğu Durumlarda Rücu

Taraflar arasında kurulan ilişkide özellikle sözleşme hukuku dikkate alınacağından, ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda öncelikli olarak sözleşme hükümleri esas alınacaktır. Asıl işveren tarafından ödenmiş olan işçilik alacaklarının ne kadarlık bir kısmının alt işverenden talep edilebileceği ya da talep edilip edilemeyeceği taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinde kararlaştırılır. Nitekim bu husus, tarafların serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri kapsamda değerlendirilmektedir. Şayet taraflar arasında sözleşmede bu konu-

agreement between the parties on this matter, the principal employer and the subcontractor shall be deemed to be equally liable pursuant to Article 167 of the Turkish Code of Obligations numbered 6098 ("TCO")³¹.

2. Recourse in Cases Where the Principal Employer-Subcontractor Relationship is Collusive

In a 2015 Supreme Court decision, it was determined that the sub-employer cannot relieve itself of responsibility under the principle that "one cannot rely on one's own collusion," despite the opinions of those who contend that the subcontractor's employees should be treated as the principal employer's employees from the beginning when the relationship between the principal employer and subcontractor is established in a collusive manner³².



In this respect, both the principal employer and the apparent subcontractor should be held jointly liable for the labor receivables of the subcontractor's employees. In cases where the principal employer-subcontractor relationship is collusive, the employee, who is not obliged to be informed about the validity of the relationship between the employers or to investigate this situation, should not be affected by the recourse relationship in question, and should continue to have the right to apply to both employers in terms of their receivables³³.

da düzenleme bulunmuyor ise Türk Borçlar Kanunu ("TBK") m. 167 uyarınca asıl işveren ve alt işveren eşit sorumlu kabul edileceklerdir³¹.

2. Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Muvazaalı Olduğu Durumlarda Rücu

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi muvazaalı olarak kurulduğunda alt işveren işçileri en başından beri asıl işverenin işçisi sayılacağından, bu durumda sorumluluğun alt işverene ait olmadığı görüşünde olanlar bulunmaktaysa da 2015 yılında Yargıtay tarafından verilmiş olan bir kararda "kişi kendi muvazaasına dayanamaz" prensibi ile alt işverenin sorumluluktan kurtulamayacağı sonucuna varılmıştır³².

DİPNOT

31 Ekiz, s. 267.

32 Yargıtay 9. H.D., T. 23.12.2015, E. 2015/24940, K. 2015/36619. (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 09.01.2024); Ömer Uğur, Alt İşverenlik İlişkisi ve Kamu İşyerlerindeki Uygulaması, 1. Baskı, İstanbul 2017, s. 60-61.

33 Özkaraca, "İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış", İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Galatasaray Üniversitesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 15.Yıl Toplantıları, 2011, p. 156.

FOOTNOTE

31 Ekiz, p. 267.

32 Yargıtay 9. H.D., T. 23.12.2015, E. 2015/24940, K. 2015/36619. (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 09.01.2024); Ömer Uğur, Alt İşverenlik İlişkisi ve Kamu İşyerlerindeki Uygulaması, 1. Baskı, İstanbul 2017, p. 60-61.

33 Özkaraca, "İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış", İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Galatasaray Üniversitesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 15.Yıl Toplantıları, 2011, p. 156.

PART 18

VI. CONCLUSION

The principal employer-subcontractor relationship is established in accordance with the law in cases requiring specialization due to the necessity of the business and work and technological reasons, in a part of the main work or in auxiliary works related to the production of goods and services in the workplace, where the employer has agreed with another employer and this employer employs its own employees within the boundaries of the workplace of the principal employer, provided that this employer is exclusively dedicated to the work assigned by the principal employer.

In this instance, the Labor Law also imposes responsibilities on the principal employer. These responsibilities come into play for the principal employer who benefits from the performance of the work in order to protect the workers in the event that the wages and other rights of the subcontractor's workers cannot be paid. The joint liability of the principal employer and the subcontractor arises from the obligations arising from the Labor Law, the employment contract or the collective labor agreement to which the subcontractor is a party. As a requirement of this joint and several liability, the subcontractor's employees may apply separately to the principal employer and the subcontractor, or they may apply to both of them. On the other side, the principal employer is not responsible for the receivables of the subcontractor's employees that have arisen before the subcontracting did not commence or that arose after the termination of the principal employer-subcontractor relationship. The principal employer is held liable only for the receivables that arose during its own period.



VI. SONUÇ

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren durumlarda asıl işin bir bölümünde ya da işyerindeki mal ve hizmet üretimine dair yardımcı işlerde, işverenin başka bir işveren ile anlaştığı halde, bu işverenin münhasıran asıl işveren tarafından verilen işlere özgülenme şartıyla kendi işçilerini asıl işverene ait işyerinin sınırları içerisinde çalıştırdığı durumda hukuka uygun bir şekilde kurulmuş olur.

İş Kanunu bu durumda asıl işverene de sorumluluklar getirmektedir. Bu sorumluluklar alt işverenin işçilerinin ücretlerinin ve diğer haklarının ödenememesi ihtimalinde işçileri koruyabilmek adına, işin ifasında yarar sağlayan asıl işveren açısından devreye girer. Asıl işverenin alt işveren ile birlikte söz konusu ilişki kapsamında sorumluluğu, İş Kanunu, iş sözleşmesi ya da alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden kaynaklanır. Bu müteselsil sorumluluk halinin gereği olarak, alt işveren işçileri, asıl işveren ve alt işverene ayrı ayrı başvurabilecekleri gibi her ikisine birden de başvurabilirler. Buna karşılık, alt işverenlik başlamamışken doğmuş olan veya asıl işveren-alt işveren ilişkisi sonlandıktan sonra ortaya çıkan alt işveren işçilerinin alacaklarından asıl işveren sorumlu değildir. Asıl işveren yalnızca kendi döneminde ortaya çıkmış olan alacaklardan sorumlu tutulmuştur.

Asıl işveren, alt işveren işçilerinin işçilik alacaklarını ödediği takdirde, gerçekleştirdiği bu ödemelere karşı sahip olduğu alt işverenden rücu hakkı, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olarak kurulup kurulmadığına göre değişmektedir. Eğer asıl iş-

If the principal employer pays the labor receivables of the subcontractor's employees, the right to recourse against the subcontractor for these payments varies depending on whether the principal employer-subcontractor relationship is established in collusion or not. If the principal employer-subcontractor relationship can be stated to have been established in accordance with the law, the principal employer will have the right to fully recourse the payment made to the subcontractor. If it is determined that a collusive relationship between principal employer-subcontractor has been established, the subcontractor will be held liable for the receivables of the subcontractor's employees together with the principal employer, since the subcontractor's employees will be considered as the employees of the principal employer from the very beginning.

BIBLIOGRAPHY

ALİ GÜZEL/ ALİ RIZA OKUR/ NURŞEN CANIKLIOĞLU, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, İstanbul 2020.

ERCAN AKYİĞİT, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik, 2. Baskı, İstanbul 2013.

ERCAN AKYİĞİT, İş Hukuku, Güncellenmiş 14. Baskı, Ankara 2022.

ERCÜMENT ÖZKARACA, "İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış", İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Galatasaray Üniversitesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 15.Yıl Toplantıları, 2011.

HAMDİ MOLLAMAHMUTOĞLU/ MUHİTTİN ASTARLI/ ULAŞ BAYSAL, İş Hukuku Ders Kitabı Cilt:1 Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara 2022.

HANDE BAHAAR AYKAÇ, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011.

MUSTAFA KORKUSUZ, "Asıl İşveren ile Alt İşverenin Müteselsil Sorumluluğu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 72, 2, 2014.

M. POLAT SOYER, "4857 sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları", Sicil İş Hukuku Dergisi, 1, 2006.

NURİ ÇELİK/ NURŞEN CANIKLIOĞLU/ TALAT CANBOLAT/ ERCÜMENT ÖZKARACA, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 35. Baskı, İstanbul 2022.

OSMAN GÜVEN ÇANKAYA/ ŞAHİN ÇİL, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2009.

OSMAN GÜVEN ÇANKAYA/ ŞAHİN ÇİL, "4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi", Sicil İş Hukuku Dergisi, 3, 2006.

ÖMER UĞUR, Alt İşverenlik İlişkisi ve Kamu İşyerlerindeki Uygulaması, 1. Baskı, İstanbul 2017.

SARPER SÜZEK, İş Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2020.

SEDA ÖZGÜL EKİZ, "Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Müteselsil Sorumluluk", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 13, 52, 2022.

veren-alt işveren ilişkisinin hukuka uygun olarak kurulduğu söylenebiliyorsa asıl işveren, gerçekleştirdiği ödemeyi tamamıyla alt işverene rücu edebilme hakkına sahip olacaktır. Muvazaalı bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulduğu tespit edildiği takdirde ise, alt işverenin işçileri en başından beri asıl işverenin işçisi sayılacağından kişi alt işverenin işçilerinin alacaklarından asıl işveren ile birlikte sorumlu tutulacaktır.

KAYNAKÇA

ALİ GÜZEL/ ALİ RIZA OKUR/ NURŞEN CANIKLIOĞLU, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, İstanbul 2020.

ERCAN AKYİĞİT, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik, 2. Baskı, İstanbul 2013.

ERCAN AKYİĞİT, İş Hukuku, Güncellenmiş 14. Baskı, Ankara 2022.

ERCÜMENT ÖZKARACA, "İş Güvencesi Sistemine Eleştirel Bakış", İstanbul Barosu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Komisyonu Galatasaray Üniversitesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 15.Yıl Toplantıları, 2011.

HAMDİ MOLLAMAHMUTOĞLU/ MUHİTTİN ASTARLI/ ULAŞ BAYSAL, İş Hukuku Ders Kitabı Cilt:1 Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara 2022.

HANDE BAHAAR AYKAÇ, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011.

MUSTAFA KORKUSUZ, "Asıl İşveren ile Alt İşverenin Müteselsil Sorumluluğu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 72, 2, 2014.

M. POLAT SOYER, "4857 sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları", Sicil İş Hukuku Dergisi, 1, 2006.

NURİ ÇELİK/ NURŞEN CANIKLIOĞLU/ TALAT CANBOLAT/ ERCÜMENT ÖZKARACA, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 35. Baskı, İstanbul 2022.

OSMAN GÜVEN ÇANKAYA/ ŞAHİN ÇİL, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2009.

OSMAN GÜVEN ÇANKAYA/ ŞAHİN ÇİL, "4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi", Sicil İş Hukuku Dergisi, 3, 2006.

ÖMER UĞUR, Alt İşverenlik İlişkisi ve Kamu İşyerlerindeki Uygulaması, 1. Baskı, İstanbul 2017.

SARPER SÜZEK, İş Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2020.

SEDA ÖZGÜL EKİZ, "Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Müteselsil Sorumluluk", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 13, 52, 2022.



PART 19

THE DEPENDENCY OF MORTGAGE ON RECEIVABLE

İPOTEĞİN ALACAĞA BAĞLİLİĞİ

SAMET GÜZEL
FIRAT BAŞPINAR

PART 19

ABSTRACT | ÖZET

The contentious question of whether the mortgage likewise ends off the record is brought up by the termination of the receivable. However, because of its reliance on the receivable, in our opinion, the mortgage right expires off the record following the termination of the receivable.

Alacağın sona ermesiyle birlikte ipoteğin de sicil dışı sona erip ermeyeceği tartışmalı bir husus olmakla beraber, katıldığımız görüşe göre ipotek hakkı, alacağa bağlılığın gereği olarak alacağın sona ermesi halinde sicil dışında sona ermektedir.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELER

Mortgage, Real Estate, Pledge, Immovable, Title Deed, Registration, Abandonment, Protection, Guarantor, Assurance, Debt, Transfer.

İpotek, Alacağa Bağlılık, Gayrimenkul, Rehin, Taşınmaz, Tapu, Tescil, Terkin, Koruma, Kefil, Güvence, Alacak, Devir.

I. INTRODUCTION

A mortgage is a right that enables the collection of the receivable amount by selling the immovable property to the owner in case of non-payment, with the purpose of securing a debt. As an absolute right, a mortgage can be asserted against anyone and grants the creditor priority in collecting the debt.

The mortgage right possesses the characteristic of being dependent (ancillary) to the receivable. This characteristic manifests itself from the establishment of the mortgage right until its termination. There is no basis to discuss a mortgage right if the receivable hasn't come to fruition or is void. Dependency on the receivable can sometimes be absolute and sometimes more flexible. In our study, we will examine the dependency of the mortgage on the receivable and the consequences of this characteristic.

In the first section of our study, we attempted to explain the concept of mortgage and established a correlation between the types of mortgages and the status of the receivable.

In the second section, we examined the consequences arising from the establishment and use of the mortgage. For this purpose, emphasis was placed on the concept of reg-

I. GİRİŞ

İpotek, alacağın ödenmemesi durumunda sahibine taşınmazın satılması yoluyla alacak bedelinin tahsilini sağlayan ve amacı bir alacağı temin altına almak olan rehin hakkıdır. İpotek, bir mutlak hak olduğundan herkese karşı ileri sürülebilir ve alacaklıya öncelikli olarak alacağını tahsil etme hakkı kazandırır.

İpotek hakkı, alacağa bağlı (fer'i) bir hak özelliğindedir. Bu özellik, kendini ipotek hakkının kuruluşundan sona ermesine kadar göstermektedir. Alacak doğmamışsa ya da geçersizse ipotek hakkından da söz edilemeyecektir. Alacağa bağlılık bazen mutlak bazen ise daha esnek olarak karşımıza çıkar. Çalışmamızda, ipoteğin alacağa bağlılığı ve bu özelliğin sonuçları irdelenecektir.

Çalışmamızın ilk bölümünde, ipotek kavramı açıklanmaya çalışılmış ve ipotek türleri ile alacağın durumu arasında ilişkilendirme yapılmıştır.

İkinci bölümde, ipoteğin kurulması ve kullanılmasında ortaya çıkan sonuçlar irdelenmiştir. Bunun için tescil kavramı üzerinde durulmuş ve tescilin şartları açıklanmıştır. Hakkın kullanılması kapsamında ise üzerine ipotek tesis edilen alacağın kapsamı ile



istration, and the requirements for registration were explained. Regarding the use of the right, the scope of the receivable subject to the mortgage and general pledge records were elucidated. The dependency on the receivable in safeguarding trust in the land registry was distinguished from cases where there is no receivable and the mortgage is fraudulent, supported by decisions of the Court of Appeal.

In the third and final section, the consequences arising from the termination of the mortgage were examined, along with the opinions found in the doctrine. The conclusions reached by these opinions were presented, and our own perspective was expressed.

II. CONCEPT OF MORTGAGE

A mortgage is a limited real right that secures a debt and enables a creditor to obtain their debt from the value of real estate. The debt to be secured doesn't necessarily have to be a monetary debt¹. Non-monetary obligations, such as acts of giving, refraining from acts, or performing certain actions, can also be secured by a mortgage². The sole requirement for securing a debt with a mortgage is the existence of a specific

genel rehin kayıtları açıklanmıştır. Tapu siciline güvenin korunmasında alacağa bağlılık durumu, alacağın olmadığı ve ipoteğin yolsuz olduğu hallerden ayrı açıklanmış ve Yargıtay kararlarıyla da desteklenmiştir.

Üçüncü ve son bölümde ise ipoteğin sona ermesi halinde doğacak sonuçlar ile doktrinde yer alan görüşler verilmiştir. Bu görüşlerin olduğu sonuçlar ortaya konulmuş ve kendi görüşümüz ifade edilmiştir.

II. İPOTEK KAVRAMI

İpotek, sınırlı bir ayni hak olarak bir alacağın güvence altına alınmasını sağlayan ve bir gayrimenkulün değerinden alacaklının alacağını elde etmesini sağlar. Güvence altına alınacak alacağın mutlaka bir para alacağı olması gerekmez¹. Para dışındaki bir verme edimi ya da yapma veya yapmama edimi de ipotekle teminat altına alınabilecektir². Belirli bir alacağın olması, bir başka deyişle alacak miktarının türk parası olarak tapu kü-

DİPNOT

¹ Erman, a.g.e., s. 180; Karahasan, a.g.e., s. 237; Sirmen, a.g.e., s. 642;

² Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 949-950; Erman, a.g.e., s. 180; Sirmen, a.g.e., s. 642; Haluk Nami Nomer, Mehmet Serkan Ergüne, Eşya Hukuku, 7. bsk, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 351; Ertaş, a.g.e., s. 565.

FOOTNOTE

¹ Erman, a.g.e., s. 180; Karahasan, a.g.e., s. 237; Sirmen, a.g.e., s. 642;

² Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 949-950; Erman, a.g.e., s. 180; Sirmen, a.g.e., s. 642; Haluk Nami Nomer, Mehmet Serkan Ergüne, Eşya Hukuku, 7. bsk, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 351; Ertaş, a.g.e., s. 565.

PART 19

FOOTNOTE

3 **Aybay/ Hatemi**, a.g.e., p. 39; **Rona Serozan**, "Taşınmaz Rehni", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: LXIV, S: 2, 2006, p. 305.

4 **Aktepe**, a.g.m., p. 178.

5 **Esener/ Güven**, a.g.e., p. 501; **Gürsoy/ Eren/ Cansel**, a.g.e., p. 1101; **Ertaş**, a.g.e., p. 565

6 **Esener/Güven**, a.g.e., p. 501; **Gürsoy/ Eren/ Cansel**, a.g.e., p. 1101.

7 YHGK, 19.9.2012 T., 2012/12-708 E., 2012/579 K. "However, there is no legal impediment to establishing an upper limit mortgage for a specified receivable..."(Kazancı İċtihat Bankası) (E.T. 22.11.2023). YHGK, 24.5.1989 T., 1989/11-294 E., 1989/378 K. "After the limit amount is determined in the same mortgage contract table..." (Kazancı İċtihat Bankası) (E.T. 22.11.2023).

8 **Aybay/ Hatemi**, a.g.e., p. 39; **Erman**, a.g.e., p. 181.

9 **Serozan**, a.g.m., p. 305; **Sirmen**, a.g.e., p. 643.

10 **Rona Serozan**, Eşya Hukuku I, 3. bsk, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, p. 88; **Sümer Altay/ Ali Eskiocak**, Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, p. 217; **Filiz Doğan**, "İpotek Açısından Belirli İhtik İkesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1992/3, p. 380; **Gürsoy/ Eren/ Cansel**, a.g.e., p. 1100; **Esener/ Güven**, a.g.e., p. 502; **Karahasan**, a.g.e., p. 237; **Sirmen**, a.g.e., p. 643; **Ayan**, a.g.e., p. 219; **Nomer/ Ergüne**, a.g.e., p. 352; **Serozan**, a.g.e., p. 89; **Altay/ Eskiocak**, a.g.e., p. 217; **Akıntürk**, a.g.e., p. 786; **Şener**, a.g.e., p. 12.

11 **Oğuzman/ Özer/ Seliçi**, a.g.e., p. 950; **Sirmen**, a.g.e., p. 643.

12 **Özçelik**, a.g.m., p. 158; **Şener**, a.g.e., p. 12.

13 **Akıntürk**, a.g.e., p. 787; **Esener/ Güven**, a.g.e., p. 500; **Gürsoy/ Eren/ Cansel**, a.g.e., p. 1100; **Sirmen**, a.g.e., p. 643; **Ayan**, a.g.e., p. 219; **Serozan**, a.g.e., p. 89; Y. 14. HD, 2004/3260 E., 2004/4870 K. "...In other words, a mortgage has been placed for an unborn debt..." (Kazancı İċtihat Bankası) (E.T. 22.11.2023).

14 Y. 12. HD. 22.4.1980 T., 1980/1969 E., 1980/3718 K. "Since a mortgage (a type of lien placed on real estate to secure any kind of debt) is in question, the function of the mortgage is limited to providing real security to the creditor..." (Yavuz Selim Şener, "Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması", Yüksek Lisans Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi SBE, 2004, p. 10).

15 **Sirmen**, a.g.e., p. 643.

16 **Aybay/ Hatemi**, a.g.e., p. 39; **Ayiter**, a.g.e., p. 178; **Esener/ Güven**, a.g.e., p. 503; **Erman**, a.g.e., p. 180; **Ertaş**, a.g.e., p. 565.

debt, or in other words, the amount of the debt being registered in the land registry in Turkish currency. However, according to Article 851/2 of the Turkish Civil Code (TCC), a mortgage can be established for a foreign currency debt without being registered in Turkish currency. The function of a mortgage is solely to provide security for the debt; it does not provide negotiability for the debt³. The answer to the question of whether the mortgaged property belongs to the debtor is found in Article 881/2 of the Turkish Civil Code (TCC). According to this provision, it is not necessary for the mortgaged property to be owned by the debtor.

A mortgage can be established not only for existing debts but also for debts that are certain or likely to arise, so it is necessary to discuss the types of mortgages. The principal mortgage is established to secure existing debts. The amount of the debt is sufficient for the establishment of the mortgage. The amount recorded in the land registry only indicates the principal amount⁴. The upper limit mortgage arises when the amount of the debt to be secured is not known at the time of establishing the mortgage⁵. For example, an upper limit mortgage can be established for potential compensations, receivables, or credit accounts. The determined upper limit represents the maximum amount for which the mortgaged property is liable, and it does not represent the amount of the secured debt. In this type of mortgage, if the total of the principal and ancillary debts exceeds the limit, the excess amounts will be considered ordinary debts and cannot benefit from the mortgage⁶. When determining the type of mortgage, the expressions used in the mortgage contract by the parties can be utilized⁷.

The functions of a mortgage solely to secure a debt⁸, and its dependence on the debt, along with its non-negotiability unless attached to a negotiable instrument, the debtor's personal liability beyond the collateral, and its applicability to someone else's debt, are characteristics of a mortgage⁹.

The characteristic of a mortgage being dependent on the receivable forms the subject of our study. After providing general information about mortgages, we need to focus on this particular feature of mortgage.

tüğünde gösterilmesi bir alacağın ipotekle güvence altına alınabilmesi için tek şarttır. Ancak TMK m. 851/2 çerçevesinde türk parası olarak gösterilmeden yabancı para alacağı için ipotek kurulabilmektedir. İpoteğin işlevi alacağa teminat sağlamaktan ibarettir; burada alacağa, güvenceli olarak tedavül kabiliyeti sağlanması söz konusu değildir³. İpotekli taşınmazın borçlunun mülkiyetinde olup olmaması sorusunun cevabını ise TMK m. 881/2'de bulmaktayız. Bu hükme göre, ipotekli taşınmazın borçlunun mülkiyetinde olması gerekmektedir.

İpotek, mevcut bir alacak için tesis edilebileceği gibi doğması kesin ya da muhtemel bulunan alacaklar için de kurulabileceğinden ipoteğin türlerinden bahsetmemiz gerekmektedir. Anapara ipoteği, mevcut alacakları güvence altına almak için kurulan ipotektir. İpoteğin borç miktarı kadar ipotek tesisi kafidir. Zira tapuya kaydedilen miktar sadece anaparayı göstermektedir⁴. Üst sınır ipoteği ise ipotek kurulduğu sırada teminat altına alınmak istenen alacağın miktarının belli olmadığı durumlarda söz konusu olur⁵. Örnek olarak; doğması ihtimali olan tazminat, alacakları, kredi hesabı için üst sınır ipoteği kurulabilir. Tespit edilen üst sınır, ipotekli taşınmazın sorumlu olduğu üst tutar olup rehin edilen alacak miktarı değildir. Bu ipotek türünde, asıl alacak ve yan alacaklar toplamının sınırı aşması durumunda arda kalan değerler adi alacak niteliğinde olacaktır ve rehinden yararlanamayacaktır⁶. İpotek türü tespit edilirken, tarafların ipotek sözleşmesinde kullandığı ibarelerden faydalanılabilir⁷.

İpoteğin sadece alacağı güvence altına alma işlevi⁸, buna bağlı olarak alacağa bağlılığı, tedavüle özgülenmiş bir senede bağlanmaması, borçlunun rehin ötesinde ayrıca malvarlığı ile kişisel sorumluluğu ve başkasının borcu için de ortaya çıkması ipoteğin özellikleridir⁹.

İpoteğin alacağa bağlı olması özelliği bizim çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır. İpotek hakkında genel bilgiler verildikten sonra ipoteğin bu özelliği üzerinde durmamız gerekmektedir.

III. THE DEPENDENCY ON RECEIVABLE IN ESTABLISHMENT AND UTILIZATION

A. Generally

The mortgage right is an ancillary (dependent) right on the receivable¹⁰. This dependency sometimes appears more flexible, while at other times it is more absolute¹¹. Dependency on the receivable, also known as ancillarity, refers to the security rights' one-way dependence on the receivable they secure¹². A mortgage established for an invalid receivable will not be valid¹³. Another aspect of its one-way nature is that a mortgage that lacks legal significance and is defective in its establishment will not affect the validity of the receivable¹⁴. In other words, the material aspects of the mortgage, such as its creation, existence, amount, and termination, are dependent on the receivable right; the legal status of the secured receivable directly affects the mortgage right as well¹⁵.

Although the Turkish Civil Code (TCC) provisions do not explicitly regulate the dependency between the mortgage and the receivable, some articles contain expressions that reveal this dependency. The purpose and nature of the mortgage are explained in Article 881 of the TCC, while the right to request the termination of the mortgage can be seen in Article 883, highlighting this characteristic of the mortgage.

At this point, the characteristics of the dependency of the mortgage on the receivable at various stages would need to be addressed.

B. The Dependency on the Receivable in Establishing the Mortgage

According to Article 856 of the Turkish Civil Code, the establishment of a mortgage on immovable property will be achieved through registration in the land registry, with exceptions as provided by law. This provision indicates that, as a general rule, registration is the constitutive element for acquiring a real right¹⁶. This issue arises as a result of the principle of public disclosure. The invalidity of registration would also imply the invalidity of the mortgage. Three elements are required for valid registration: the request for

III. KURULMA VE KULLANIMDA ALACAĞA BAĞLILIK

A. Genel Olarak

İpotek hakkı, alacağa bağlı (fer'i) bir haktır¹⁰. Bu bağıllık bazen daha esnek olarak karşımıza çıkabildiği gibi bazense daha mutlak¹¹. Teminat haklarının güvence altına aldıkları alacağa olan tek yönlü bağıllığı genel olarak alacağa bağıllık veya fer'ilik olarak adlandırılmaktadır¹². Geçerli olmayan bir alacak için kurulan ipotek geçerli olmayacaktır¹³. Tek yönlülüğünün diğer görünümü olarak ise, hukuken bir anlam taşımayan ve kuruluşu sakat olan ipotek alacağın geçerli olduğu hususunu etkilemeyecektir¹⁴. Başka bir deyişle, ipoteğin maddi yönden doğumu, varlığı, miktarı, sona ermesi alacak hakkına bağlıdır; teminat altına alınan alacağın hukuki durumu doğrudan doğruya rehin hakkını da etkiler¹⁵.

Her ne kadar TMK hükümlerinde ipotek ile alacak arasındaki bağıllık açıkça düzenlenemese de bazı maddelerde söz konusu bağıllığı ortaya koyan ifadelere yer verilmiştir. İpoteğin amaç ve niteliğinin açıklandığı TMK m. 881, ipoteğin terkininin istenme hakkı TMK m.883'de ipoteğin bu özelliği görülebilmektedir.

Bu noktada, ipoteğin alacağa bağlı olmasının çeşitli aşamalardaki özelliklerine değinmemiz gerekecektir.

At this point, the characteristics of the dependency of the mortgage on the receivable at various stages would need to be addressed.

B. İpoteğin Kurulmasında Alacağa Bağıllık

TMK m. 856 hükmünde taşınmazın rehininin tapu kütüğüne tescil ile kurulacağı ve kanunda öngörülen ayık durumların saklı olduğu belirtilmiştir. Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere kural olarak, aynı hakkın kazanılması için kurucu unsurdur¹⁶. Bu husus kamuya açıklık ilkesinin bir neticesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Tescilin geçersizliği, aynı zamanda ipoteğin de geçersizliği anlamına gelecektir. Geçerli bir tescil için üç unsurun varlığı aranmaktadır. Bunlar; taşınmaz malikinin tescil talebi, geçerli bir kazan-

DİPNOT

3 **Aybay/ Hatemi**, a.g.e., s. 39; **Rona Serozan**, "Taşınmaz Rehni", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: LXIV, S: 2, 2006, s. 305.

4 **Aktepe**, a.g.m., s. 178.

5 **Esener/ Güven**, a.g.e., s. 501; **Gürsoy/ Eren/ Cansel**, a.g.e., s. 1101; **Ertaş**, a.g.e., s. 565.

6 **Esener/ Güven**, a.g.e., s. 501; **Gürsoy/ Eren/ Cansel**, a.g.e., s. 1101.

7 YHGK, 19.9.2012 T., 2012/12-708 E., 2012/579 K. "Bununla birlikte, miktarı belirli bir alacak için de üst sınır ipoteğinin kurulmasına kanunen bir engel bulunmamaktadır..."(Kazancı İċtihat Bankası) (E.T. 22.11.2023). YHGK, 24.5.1989 T., 1989/11-294 E., 1989/378 K. "Aynı ipotek akıt tablosunda limit miktarı saptandıktan sonra..." (Kazancı İċtihat Bankası) (E.T. 22.11.2023)

8 **Aybay/ Hatemi**, a.g.e., s. 39; **Erman**, a.g.e., s. 181.

9 **Serozan**, a.g.m., s. 305; **Sirmen**, a.g.e., s. 643.

10 **Rona Serozan**, Eşya Hukuku I, 3. bsk, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s. 88; **Sümer Altay/ Ali Eskiocak**, Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 217; **Filiz Doğan**, "İpotek Açısından Belirli İhtik İkesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1992/3, s. 380; **Gürsoy/ Eren/ Cansel**, a.g.e., s. 1100; **Esener/ Güven**, a.g.e., s. 502; **Karahasan**, a.g.e., s. 237; **Sirmen**, a.g.e., s. 643; **Ayan**, a.g.e., s. 219; **Nomer/ Ergüne**, a.g.e., s. 352; **Serozan**, a.g.e., s. 89; **Altay/ Eskiocak**, a.g.e., s. 217; **Akıntürk**, a.g.e., s. 786; **Şener**, a.g.e., s. 12.

11 **Oğuzman/ Özer/ Seliçi**, a.g.e., s. 950; **Sirmen**, a.g.e., s. 643.

12 **Özçelik**, a.g.m., s. 158; **Şener**, a.g.e., s. 12.

13 **Akıntürk**, a.g.e., s. 787; **Esener/ Güven**, a.g.e., s. 500; **Gürsoy/ Eren/ Cansel**, a.g.e., s. 1100; **Sirmen**, a.g.e., s. 643; **Ayan**, a.g.e., s. 219; **Serozan**, a.g.e., s. 89; Y. 14. HD, 2004/3260 E., 2004/4870 K. "...Diğer bir anlatımla doğmamış bir borç için ipotek konulmuştur..." (Kazancı İċtihat Bankası) (E.T. 22.11.2023).

14 Y. 12. HD. 22.4.1980 T., 1980/1969 E., 1980/3718 K. "İpotek (her türlü alacağı temin etmek üzere taşınmaz üzerine konulan bir rehin türü) olduğundan ipoteğin görevi sadece alacaklıya aynı teminat sağlamaktan ibaret olması nedeniyle..." (Yavuz Selim Şener, "Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması", Yüksek Lisans Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi SBE, 2004, s. 10).

15 **Sirmen**, a.g.e., s. 643.

16 **Aybay/ Hatemi**, a.g.e., s. 39; **Ayiter**, a.g.e., s. 178; **Esener/ Güven**, a.g.e., s. 503; **Erman**, a.g.e., s. 180; **Ertaş**, a.g.e., s. 565.

PART 19

FOOTNOTE

17 Aktepe, a.g.m., p. 180; Sirmen, a.g.e., p. 643; Esener/ Güven, a.g.e., p. 500; Erman, a.g.e., p. 181; Karahaslan, a.g.e., p. 238; Sheida Javadkhani, "Türk Hukukunda İpotek", Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi SBE, 2016, p. 51.

18 Oğuzman/ Selici/ Oktay-Özdemir, a.g.e., p. 951; Erman, a.g.e., p. 181; Ertaş, a.g.e., p. 565; Altay/ Eskioçak, a.g.e., p. 217.

19 Esener/ Güven, a.g.e., p. 503.

20 Aktepe, a.g.m., p. 181; Erman, a.g.e., p. 181; Sirmen, a.g.e., p. 643; Altay/ Eskioçak, a.g.e., p. 217.

21 Erman, a.g.e., p. 182.

22 Sirmen, a.g.e., p. 643; Esener/ Güven, a.g.e., p. 502; Karahaslan, a.g.e., p. 240; Altay/ Eskioçak, a.g.e., p. 217; Y. 14. HD, 13.3.2019 T., 2016/8067 E., 2019/2299 K. "A mortgage can be established for any existing debt or for a debt that is yet to arise but is certain or probable to arise (TMK.m.881)..." (Kazancı İçtihat Bankası) (E.T. 23.11.2023) aynı yönde bkz. Y. 14. HD, 19.12.2014 T., 2014/8660 E., 2014/14587 K.

23 Özçelik, a.g.m., p. 160; Esener/ Güven, a.g.e., p. 470; Gürsoy/ Eren/ Cansel, a.g.e., p. 1100; Erman, a.g.e., p. 182; Nomer/ Ergüne, a.g.e., p. 352; Altay/ Eskioçak, a.g.e., p. 217.

24 Sirmen, a.g.e., p. 643.

25 Serdar Gören, "Rehin Türü Olan İpotek", Yüksek Lisans Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi SBE, 2018, p. 50.

26 Y. 14. HD, 30.5.2011 T., 2011/5732 E., 2011/6960 K. "According to Article 875 of the Turkish Civil Code, the established mortgage is a mortgage for a definite debt..." (Kazancı İçtihat Bankası) (E.T. 23.11.2023) aynı yönde bkz. Y. 14. HD, 20.5.2014 T., 2014/2390 E., 2014/6546 K.

27 Aktepe, a.g.m., s. 181; Esener/ Güven, a.g.e., p. 501.

28 Gürsoy/ Eren/ Cansel, a.g.e., p. 1101.

29 Nomer/ Ergüne, a.g.e., p. 352.

30 Sirmen, a.g.e., p. 643; Oğuzman/ Selici/ Oktay-Özdemir, a.g.e., p. 952; Şener, a.g.e., p. 13; Akıntürk, a.g.e., p. 786 (yazar, bu durumun fer'lik özellik hakkında şüphe uyandırdığını ifade etmektedir.).

31 Esener/ Güven, a.g.e., p. 501; Gürsoy/ Eren/ Cansel, a.g.e., p. 1100; Ertaş, a.g.e., p. 565; Altay/ Eskioçak, a.g.e., p. 217.

32 Oğuzman/ Selici/ Oktay-Özdemir, a.g.e., p. 951; Gürsoy/ Eren/ Cansel, a.g.e., p. 1100; Ertaş, a.g.e., p. 565; Altay/ Eskioçak, a.g.e., p. 217.

33 YHGK, 22.2.2012 T., 2011/12-778 E., 2012/94 K. "The request for the conversion of the mortgage into cash in enforcement proceedings is related to the objection process at the enforcement office..." (Kazancı İçtihat Bankası) (E.T. 23.11.2023).

34 Aktepe, a.g.m., p. 181; Şener, a.g.e., p. 14.

registration from the owner of the immovable property, a valid cause of acquisition, and registration¹⁷. The cause of acquisition could be a mortgage agreement, as well as a court decision or a provision of law¹⁸. Examples of cases where the cause of acquisition is a provision of law include statutory mortgage rights. If there is a valid cause of acquisition and the owner of the immovable property refuses to provide written consent for registration, the creditor can compel the owner to request registration by applying to the court¹⁹. In this case, the court decision will be the cause of acquisition.

We should note that the underlying debt relationship and the cause of acquisition are distinct concepts. The cause of acquisition is the legal basis required for registration to take place; apart from the cause of acquisition, a separate underlying debt relationship is necessary for the establishment of the mortgage, as per the principle of ancillarity²⁰. The registration of the mortgage in the land registry is only evidence of the existence of the mortgage right²¹; It does not provide evidence regarding the existence and amount of the receivable²².

A mortgage established for a non-certain receivable will never gain material value; in other cases, the value of the mortgage will depend on the existence of a valid debt²³. Therefore, when establishing a mortgage, the dependency on the receivable is evaluated as either absolute or flexible²⁴. The fact that a mortgage is not absolutely tied to the receivable, does not encounter formal obstacles during its establishment, and exists solely for the purpose of security is a convenience introduced to prevent impediments²⁵.

In the case of a principal mortgage, the dependency on the receivable is absolute because this mortgage represents a situation where the receivable arising from the underlying debt relationship is secured. Therefore, the invalidity of the receivable will result in the invalidity of the established mortgage²⁶. In the case of an upper limit mortgage, the existence of a basic relationship that will lead to the emergence of the receivable or the possibility of the receivable arising is sufficient. This relationship constitutes the necessary condition for the establishment of the mortgage²⁷. When a mortgage right is established for a receivable that does not yet exist, the mortgage right is not initially present even if it is registered; however, it arises when the

ma sebebi ve tescildir¹⁷. Kazanma nedeni bir rehin sözleşmesi olabileceği gibi mahkeme kararı veya kanun hükmü de olabilir¹⁸. Kazanma sebebinin kanun hükmü olduğu hallerde örnek olarak ise kanuni ipotek hakları gösterilebilir. Geçerli bir kazanma sebebi bulunması halinde taşınmaz maliki yazılı tescil ile muvafakat beyanında bulunmaktan kaçınıyorsa bu halde alacaklı mahkemeye başvurmak suretiyle taşınmaz malikini tescili talep etmesi için zorlayabilir¹⁹. Bu halde ise mahkeme kararı kazanma sebebi olacaktır.

Şu hususu belirtmeliyiz ki, temel borç ilişkisi ile kazanma sebebi birbirinden farklı kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Kazanma sebebi, tescilin gerçekleştirilmesi aranan hukuki sebeptir; kazanma sebebinden bağımsız, onun dışındaki bir temel borç ilişkisi, ipoteğin fer'liği ilkesi gereği, rehin kurulabilmesi için şarttır²⁰. Tapu kütüğündeki ipoteğe ilişkin tescil, sadece rehin hakkının varlığına karinedir²¹; alacak hakkının varlığı ve miktarı hakkında bir karine teşkil etmez²².

Kesin olmayan bir alacak için kurulan ipotek asla maddi bir değer kazanmayacak; diğer durumlarda ise ipoteğin değeri, geçerli bir borcun varlığına bağlı olacaktır²³. Bu yüzden, ipotek oluşturulurken, alacağa bağlılık mutlak veya esnek olarak değerlendirilir²⁴. İpoteğin mutlak olarak alacağa bağlı olması, kuruluş aşamasında şekli engellere maruz kalmaması ve yalnızca güvence amacı dışında olmaması için getirilen bir kolaylıktır²⁵.

Ana para ipoteğinde alacağa bağlılık mutlaktır çünkü bu ipotek, esas borç ilişkisinden doğan alacağın güvence altına alındığı bir durumu ifade eder. Dolayısıyla, alacağın geçersizliği, kurulmuş olan ipoteğin de geçersizliği sonucunu doğuracaktır²⁶. Üst sınır ipoteğinde, alacağın doğuşuna yol açacak veya alacağın doğmasının ihtimal dahilinde olduğunu gösteren bir temel ilişkinin varlığı yeterlidir. Bu ilişki, ipoteğin kurulması için gerekli koşulu oluşturur²⁷. Henüz mevcut olmayan bir alacak için ipotek hakkı tesis edildiğinde, ipotek hakkı tescil edilmiş olsa bile başlangıçta mevcut değildir; ancak alacak doğduğunda beraberinde doğar²⁸. Ancak, ipotek hakkı sırası, ipoteğin doğum anına değil, tescil edildiği derecenin kuruluş anına göre belirlenir. Tescil edilen ipotek, ara dönemde şekli açıdan mevcut olup, taşınmaz malikine karşı yapılacak icra takipleri ile taşınmaz malikinin sonraki tasarruflarına

receivable is born²⁸. However, the priority of the mortgage right is determined based on the degree of its establishment, not the moment of its creation. The registered mortgage exists formally during the interim period and provides security for the mortgage creditor against enforcement proceedings against the property owner and the subsequent transactions of the property owner²⁹. As seen, the dependency of the mortgage on the receivable for future or probable receivables is relaxed in terms of establishment³⁰.

It is not necessary to demonstrate the underlying debt relationship that gives rise to the receivable for the validity of the mortgage agreement³¹. However, including the underlying debt relationship in the mortgage deed will facilitate proving which receivable the mortgage was established for³².

C. Dependency on Receivables with in the Scope of Use of Rights

In the exercise of rights, the dependency of the mortgage on the receivable is absolute³³. The mortgage creditor must prove their personal receivable in order to exercise the mortgage right. In other words, a necessary condition for the exercise of the mortgage right is the existence of a receivable that can be converted into cash³⁴. In other words, even if the mortgage is registered, if the receivable specified in the mortgage agreement never arises, the mortgage right will not arise in favor of the creditor. Therefore, a valid receivable is required for the existence of the



karşı, ipotekli alacaklı için güvence sağlar²⁹. Görüldüğü gibi, ileride doğacak veya doğması muhtemel alacaklar için kurulan ipoteğin alacağa bağlılığı, kuruluş açısından gevşetilmiştir³⁰.

Rehin sözleşmesinin geçerliliği için alacağın doğumuna yol açan temel borç ilişkisini göstermek gerekmemektedir³¹. Ancak, temel borç ilişkisinin rehin senedinde yer alması, rehinin hangi alacak için kurulduğunun ispatını kolaylaştıracaktır³².

C. Hakkın Kullanılması ve Kapsamında Alacağa Bağlılık

Hakkın kullanılmasında ipoteğin alacağa bağlılığı mutlaktır³³. Rehin alacaklı, rehin hakkını kullanmak için kişisel alacağını ispat etmelidir. Yani, rehin hakkının kullanılmasının zorunlu şartı, paraya çevrilebilir bir alacağın mevcudiyetidir³⁴. Bir başka deyişle, ipotek tescil edilmiş olsa bile, rehin sözleşmesinde belirtilen alacak hiç doğmazsa, alacaklı lehine ipotek hakkı da doğmaz. Bu nedenle, ipotek hakkının varlığı için geçerli bir alacak şarttır³⁵. Tescil, rehinli alacaklının aynı hakkının varlığına dair bir kanıt oluşturur ve bu bağlamda bir karine ortaya çıkarır³⁶.

DİPNOT

17 Aktepe, a.g.m., s. 180; Sirmen, a.g.e., s. 643; Esener/ Güven, a.g.e., s. 500; Erman, a.g.e., s. 181; Karahaslan, a.g.e., s. 238; Sheida Javadkhani, "Türk Hukukunda İpotek", Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi SBE, 2016, s. 51.

18 Oğuzman/ Selici/ Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 951; Erman, a.g.e., s. 181; Ertaş, a.g.e., s. 565; Altay/ Eskioçak, a.g.e., s. 217.

19 Esener/ Güven, a.g.e., s. 503.

20 Aktepe, a.g.m., s. 181; Erman, a.g.e., s. 181; Sirmen, a.g.e., s. 643; Altay/ Eskioçak, a.g.e., s. 217.

21 Erman, a.g.e., s. 182.

22 Sirmen, a.g.e., s. 643; Esener/ Güven, a.g.e., s. 502; Karahaslan, a.g.e., s. 240; Altay/ Eskioçak, a.g.e., s. 217; Y. 14. HD, 13.3.2019 T., 2016/8067 E., 2019/2299 K. "İpotek, halen mevcut olan veya henüz doğmamış olmakla birlikte doğması kesin veya olası bulunan herhangi bir alacak için kurulabilir. (TMK.m.881)..." (Kazancı İçtihat Bankası) (E.T. 23.11.2023) aynı yönde bkz. Y. 14. HD, 19.12.2014 T., 2014/8660 E., 2014/14587 K.

23 Özçelik, a.g.m., s. 160; Esener/ Güven, a.g.e., s. 470; Gürsoy/ Eren/ Cansel, a.g.e., s. 1100; Erman, a.g.e., s. 182; Nomer/ Ergüne, a.g.e., s. 352; Altay/ Eskioçak, a.g.e., s. 217.

24 Sirmen, a.g.e., s. 643.

25 Serdar Gören, "Rehin Türü Olan İpotek", Yüksek Lisans Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi SBE, 2018, s. 50.

26 Y. 14. HD, 30.5.2011 T., 2011/5732 E., 2011/6960 K. "Türk Medeni Kanunu'nun 875. maddesi uyarınca kurulan ipotek, bir karz (kesin borç) ipoteğidir..." (Kazancı İçtihat Bankası) (E.T. 23.11.2023) aynı yönde bkz. Y. 14. HD, 20.5.2014 T., 2014/2390 E., 2014/6546 K.

27 Aktepe, a.g.m., s. 181; Esener/ Güven, a.g.e., s. 501.

28 Gürsoy/ Eren/ Cansel, a.g.e., s. 1101.

29 Nomer/ Ergüne, a.g.e., s. 352.

30 Sirmen, a.g.e., s. 643; Oğuzman/ Selici/ Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 952; Şener, a.g.e., s. 13; Akıntürk, a.g.e., s. 786 (yazar, bu durumun fer'lik özellik hakkında şüphe uyandırdığını ifade etmektedir.).

31 Esener/ Güven, a.g.e., s. 501; Gürsoy/ Eren/ Cansel, a.g.e., s. 1100; Ertaş, a.g.e., s. 565; Altay/ Eskioçak, a.g.e., s. 217.

32 Oğuzman/ Selici/ Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 951; Gürsoy/ Eren/ Cansel, a.g.e., s. 1100; Ertaş, a.g.e., s. 565; Altay/ Eskioçak, a.g.e., s. 217.

33 YHGK, 22.2.2012 T., 2011/12-778 E., 2012/94 K. "İstek, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte, icra müdürlüğü işlemini şikâyete iliskindir..." (Kazancı İçtihat Bankası) (E.T. 23.11.2023).

34 Aktepe, a.g.m., s. 181; Şener, a.g.e., s. 14.

35 Özçelik, a.g.m., s. 162; Esener/ Güven, a.g.e., s. 502; Y. 12 HD, 7.10.2010 T., 2010/9021 E., 2010/22415 K. "Taşınmaz üzerindeki ipotek kredilerin teminatı olarak verilen üst sınır ipoteğidir..." (Kazancı İçtihat Bankası) (E.T. 23.11.2023).

36 Oğuzman/ Selici/ Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 952.

PART 19

FOOTNOTE

35 **Özçelik**, a.g.m., p. 162; **Esenener/ Güven**, a.g.e., p. 502. Y. 12 HD, 7.10.2010 T., 2010/9021 E., 2010/22415 K. "The mortgage on the immovable property is the upper limit mortgage provided as security for loans..." (Kazancı İçtihat Bankası) (E.T. 23.11.2023).

36 **Oğuzman/ Selici/ Oktay-Özdemir**, a.g.e., p. 952.

37 **Aybay/ Hatemi**, a.g.e., p. 39; **Ercan**, a.g.e., p. 181; **Karahasan**, a.g.e., p. 240; **Nomer/ Ergüne**, a.g.e., p. 352; **Ertaş**, a.g.e., p. 565; **Altay/ Eskioçak**, a.g.e., p. 219.

38 **Özçelik**, a.g.m., p. 162.

39 **Sirmen**, a.g.e., p. 643.

40 **Oğuzman/ Selici/ Oktay-Özdemir**, a.g.e., p. 953.

41 TBK m. 23: "Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez..."

42 **Oğuzman/ Selici/ Oktay-Özdemir**, a.g.e., p. 905.

43 TBK m. 27/2: "The invalidity of some provisions contained in the contract does not affect the validity of the others..."

44 **Özçelik**, a.g.m., p. 166.

45 **Özçelik**, a.g.m., p. 167.

46 Y. 19. HD., 16.2.2011 T, 2010/7228 E., 2011/1966 K. "The mortgage on the immovable property, as determined by the court-appointed expert report, was established against the defendant bank, T.D., and serves as security for all current and future debts..." (Kazancı İçtihat Bankası) (E.T. 23.11.2023) Y. 19 HD., 11.6.2012 T., 2012/4341 E, 2012/9898 K. "The dispute revolves around whether the conditions for the cancellation of the mortgage have been met in the specific case..." (Kazancı İçtihat Bankası) (E.T. 23.11.2023).

47 YHGK, 28.1.2015 T., 2014/13-596 E., 2015/792 K. "As explained above, just as the principal debt expires, the accessory natured collateral will also expire..." (Kazancı İçtihat Bankası) (E.T. 25.11.2023).

mortgage right³⁵. Registration constitutes evidence of the existence of the mortgage creditor's real right and creates an indication in this context³⁶.

In accordance with Article 882/2 of the Turkish Civil Code, the land registry officer provides the creditor with a document showing the mortgage upon request. However, this document, which only proves the registration, does not have the status of a valuable instrument³⁷. This provision demonstrates one aspect of how registration only serves as evidence of the existence of the real right. In other words, the document only confirms that the mortgage has been registered, but it does not make any assessment regarding the validity of the mortgage or the existence of the receivable.

The extent to which a receivable can benefit from the security provided by the mortgage primarily depends on the amount of the receivable. The scope of the mortgage in terms of the receivable is a factor that determines the amount of the receivable³⁸. Whether it's a principal amount or an upper limit mortgage, the mortgage burden shown in the title deed indicates not whether any receivable is included in the scope of the mortgage, but only how much the receivables included in the scope of the mortgage can benefit from the security³⁹. The mortgage creditor can only obtain as much as they are owed after the conversion to cash, not the amount registered in the title deed. If a principal or upper limit mortgage is established for a matured receivable, the cancellation of the mortgage can be requested by proving the termination of the receivable. Additionally, if a partial payment has been made for the receivable, it may be requested to be recorded in the "annotations" column of the land registry⁴⁰.

1. The Dependency on Receivables with in the Scope of General Lien Registrations

General lien registrations encompass the provisions of a mortgage agreement that cover all kinds of receivables that may arise in the future without limitation. Although mortgages based on such provisions are thought to provide limited collateral, there are different opinions regarding the source of this limitation. The prevailing view suggests that such mortgage agreements would be contrary to Article 23 of the Turkish Civil Code⁴¹. Otherwise, any kind of receivable that the creditor

TMK m. 882/2 doğrultusunda, tapu memuru istem üzerine alacaklıya ipoteği gösteren bir belge verir. Ancak, sadece tescilin yapıldığını ispata yarayan bu belge, kıymetli evrak niteliği taşımaz³⁷. Bu hüküm, tescilin yalnızca aynı hakkın varlığına delil teşkil ettiğinin bir görünümünü ortaya koymaktadır. Yani, belge sadece ipoteğin tescil edildiğini doğrular, ancak ipoteğin geçerliliği veya alacağın varlığı hakkında bir değerlendirme yapmaz.

Bir alacak, ipoteğin sağladığı teminattan ne ölçüde yararlanabileceği konusunda, öncelikle alacak tutarına bağlıdır. İpoteğin alacak bakımından kapsamı, alacak miktarını belirleyen bir faktördür³⁸. Ana para veya üst sınır ipoteği olsun, tapuda gösterilen ipotek yükü, herhangi bir alacağın ipoteğin kapsamına dahil olup olmadığını değil, yalnızca ipoteğin kapsamına giren alacakların teminattan ne ölçüde yararlanabileceklerini ifade eder³⁹. İpotekli alacaklı, paraya çevirme işlemi sonrasında tapuda kayıtlı miktarı değil, sadece alacaklı olduğu kadarını elde edebilir. Eğer doğmuş bir alacak için ana para ya da üst sınır ipoteği kurulmuşsa, alacağın sona erdiği ispatlanarak ipoteğin iptal edilmesi talep edilebilir; ayrıca, alacağına bağlı kısmi ödeme yapılmışsa, bunun tapu sicilinde «düşünceler» sütununa kaydedilmesi de istenebilir⁴⁰.

1. Genel Rehin Kayıtlarında Alacağı Bağlılık

Genel rehin kayıtları, gelecekte doğabilecek her türlü alacağı sınırlama olmaksızın kapsayan rehin sözleşmesi hükümleridir. Bu tip hükümlere dayanan ipoteklerin sınırlı bir teminat sağlayacağı düşünülse de bu sınırlamanın kaynağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Hâkim görüş, bu tür rehin sözleşmelerinin Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesine aykırılık teşkil edeceğini belirtmektedir⁴¹. Aksi takdirde, alacaklının borçluya karşı olan her türlü alacağı ipotek

has against the debtor will be included within the scope of the mortgage, thus making it impossible for the liability of the mortgage to terminate in contracts stating that all receivables will be within the scope of the mortgage, independent of any legal cause⁴². The consequence of a mortgage agreement violating the personal rights of the mortgagor is partial absolute nullity⁴³. The contract only includes receivables that currently exist and are objectively foreseeable at the time the mortgage agreement is established⁴⁴.

Another approach is that the limitation of broad-scope mortgage agreements is a necessity of the principle of dependence on receivables. According to this view, the determination of which receivables such mortgage agreements cover should be based on the expectations of a typical bank customer. Incidental receivables, such as compensation claims based on non-contractual grounds, will not be included within the scope of the collateral provided by the mortgage⁴⁵.

Another perspective argues that the absence of specifying the reason and scope under which the secured receivable may arise would imply the establishment of a mortgage independent of the receivable.

According to our view, in cases where the mortgage creditor is a bank, the broad scope of general lien agreements should be evaluated considering the principle of the mortgage being tied to the debt and within the framework of good faith, taking into account the expectations of an average bank customer. If the person placing the mortgage is not the owner of the property, they should not be exposed to the continuation of the mortgage or its conversion into cash solely based on the general lien registration, for the other debts of the credit debtor⁴⁶. The pledging of any debt with a general lien registration will adversely affect the nature of the mortgage being tied to the debt. The Court of Appeal has ruled that the expression stating that the mortgage secures all current and future debts unlimitedly, as expressed in an official document, is considered an unfair condition according to the Turkish Code of Obligations.

In the decision of the Plenary Session of the Court of Cassation, it was ruled that pursuit cannot be carried out using the method of converting the pledge into cash due to credit card debt against the consumer who has already paid off the vehicle loan⁴⁷.

kapsamına dahil olacak ve böylece ipotek verenin sorumluluğu, hukuki sebepten bağımsız olarak her türlü alacağın ipotek kapsamında yer alacağına ilişkin sözleşmelerde sona ermesi mümkün olmayacaktır⁴². Rehin sözleşmesinin rehin verenin kişilik haklarını ihlal etmesinin sonucu ise kısmi kesin hükümsüzlüktür⁴³. Sözleşme, yalnızca halihazırda var olan ve rehin sözleşmesi kurulduğu sırada objektif olarak öngörülebilir durumdaki alacakları içerir⁴⁴.

Başka bir yaklaşım ise, geniş kapsamlı rehin sözleşmelerinin sınırlandırılmasının alacağına bağlılık ilkesinin bir gereği olduğu ve bu tür rehin sözleşmelerinin hangi alacağı kapsayıp kapsamadığı konusunda, tipik bir banka müşterisinin beklentilerinin esas alınması gerektiğidir. Tesadüfi nitelikteki alacaklar, örneğin sözleşme dışı sebeplere dayanan tazminat alacakları gibi, ipoteğin sağladığı teminatın kapsamına dahil edilmeyecektir⁴⁵.

Başka bir bakış açısı ise, teminat altına alınan alacağın hangi sebeple ve hangi kapsamda ortaya çıkabileceğinin belirtilmemiş olmasının, alaktan bağımsız bir ipoteğin kurulduğu anlamına geleceğini savunmaktadır.

Bizim görüşümüze göre, ipotek alacaklısının banka olduğu hallerde genel rehin sözleşmelerinin geniş kapsamlı olması, ipoteğin borca bağlı olması prensibi göz önünde bulundurulacak ve dürüstlük kuralları çerçevesinde, ortalama bir banka müşterisinin beklentileri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Eğer ipoteği koyan kişi mal sahibi değilse, sadece genel rehin kaydına istinaden, kredi borçlusunun diğer alacakları için de ipoteğin devamına veya nakde çevrilmesine maruz bırakılmamalıdır⁴⁶. Herhangi bir borcun, genel rehin kaydıyla ipotek altına alınması, ipoteğin borca bağlı olma niteliğini olumsuz etkileyecektir. Yargıtay, resmi belgede ifade edilen, ipoteğin mevcut ve gelecekteki tüm borçları sınırsız bir şekilde güvence altına aldığı yönündeki ifadenin, TKHK gereğince haksız bir koşul olarak değerlendirildiğine hükmetmiştir.

Hukuk Genel Kurulu kararında ise, taşıt kredisini halihazırda ödemiş tüketici aleyhine kredi kartı borcu sebebiyle rehlin paraya çevrilmesi yolu kullanılarak takip yapılamayacağına karar vermiştir⁴⁷.

DİPNOT

37 **Aybay/ Hatemi**, a.g.e., s. 39; **Ercan**, a.g.e., s. 181; **Karahasan**, a.g.e., s. 240; **Nomer/ Ergüne**, a.g.e., s. 352; **Ertaş**, a.g.e., s. 565; **Altay/ Eskioçak**, a.g.e., s. 219.

38 **Özçelik**, a.g.m., s. 162.

39 **Sirmen**, a.g.e., s. 643.

40 **Oğuzman/ Selici/ Oktay-Özdemir**, a.g.e., s. 953.

41 TBK m. 23: "Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez..."

42 **Oğuzman/ Selici/ Oktay-Özdemir**, a.g.e., s. 905.

43 TBK m. 27/2: "Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez..."

44 **Özçelik**, a.g.m., s. 166.

45 **Özçelik**, a.g.m., s. 167.

46 Y. 19. HD., 16.2.2011 T, 2010/7228 E., 2011/1966 K. "Mahkemece benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda taşınmaz üzerindeki ipoteğin dava dışı T. D. davalı bankaya karşı doğmuş ve doğacak tüm borçlarının teminatı olarak verildiği..." (Kazancı İçtihat Bankası) (E.T. 23.11.2023) Y. 19 HD., 11.6.2012 T., 2012/4341 E, 2012/9898 K. "Uyuşmazlık, somut olay bakımından ipoteğin fevki koşullarının oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır..." (Kazancı İçtihat Bankası) (E.T. 23.11.2023).

47 YHGK, 28.1.2015 T., 2014/13-596 E., 2015/792 K. "Yukarıda da açıkladığı üzere, asıl alacağın sona ermesi ile ferî nitelik taşıyan rehlin de sona ereceği..." (Kazancı İçtihat Bankası) (E.T. 25.11.2023).

PART 19

D. Dependency on Receivables in the Transfer of Receivables

According to Article 891 of the Turkish Civil Code, the assignment of a receivable based on a mortgage is valid regardless of whether it is registered in the land registry. The necessary registration requirement for the validity of the mortgage does not apply to the assignment of the receivable. The transfer of the encumbered receivable is subject to the provisions of the Turkish Code of Obligations regulating the assignment of receivables. With the transfer of the receivable, the right passes automatically to the new creditor without the need for the registration of the mortgage and the removal of the name of the encumbered receivable holder and the writing of the new creditor's name in the land registry⁴⁸. According to Article 189/1 of the Turkish Civil Code, along with the assignment of a receivable, non-personal priority rights and related rights also pass to the assignee. Although this provision is not mandatory, it is not possible for the mortgage securing only this specific receivable to remain in the hands of the assignor with the agreement of the parties⁴⁹.

If the receivable does not exist, the assignment does not grant any right to the assignee through the registered mortgage⁵⁰. Again, the mortgage cannot be transferred separately from the receivable. Such agreements are contrary to the principle of limited number and type due to the Civil Code's regulation of the mortgage as a right dependent on the receivable, and therefore, they are definitively null and void. This situation is a consequence of the dependence on the receivable principle. The accessory follows the principal.

In order to prevent potential issues that could arise from such a transfer being carried out without the debtor's knowledge, Article 31/2 of the Land Registry Regulation (LRR) emphasizes that the assignment of the receivable should be indicated in the "thoughts" column. However, this provision is a regulatory rule, so actions contrary to it will not affect the validity of the assignment⁵¹. Additionally, the mentioned records do not have a constitutive effect regarding the acquisition of the mortgage by the party acquiring the receivable.

D. Alacağın Devrinde Alacağa Bağlılık

TMK madde 891 hükmüne göre, ipoteğe dayalı bir alacağın devri, tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlı olmaksızın geçerlidir. İpoteğin geçerli olarak kurulabilmesi için gerekli tescil şartı, alacağın devri için gerekmemektedir. Rehlinli alacağın temlikli, Türk Borçlar Kanunu'nun alacağın devrini düzenleyen hükümlerine (TBK m. 183 vd.) tabidir. Alacağın devriyle birlikte, ipoteğin tescili gerekmeden ve tapu kütüğünde rehlinli alacaklının adının silinip yerine yeni alacaklının adının yazılması şart olmaksızın, yeni alacaklıya hak kendiliğinden geçer⁴⁸. TBK madde 189/1'e göre, alacağın devriyle birlikte, devredenin kişiliğine özgü olmayan öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana geçer. Bu hüküm emredici nitelikte olmamakla birlikte, tarafların anlaşmasıyla, belirli bir alacağın devredilip sadece bu belirli alacağı teminat altına alan ipoteğin devredeninin elinde kalması mümkün değildir⁴⁹.

Alacak mevcut değilse, temlik, temellük edene tescil edilmiş rehin dolayısıyla bir hak vermez⁵⁰. Yine ipotek de alaktan ayrı olarak devredilemeyecektir. Bu tür anlaşmalar, Medeni Kanun'un ipoteği alacağa bağlı bir hak olarak düzenlemesinden dolayı, sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesine aykırıdır ve bu nedenle kesin hükümsüzdür. Bu durum, alacağa bağlılığın bir sonucudur. Fer'i olan, asıl olanı takip edecektir (*accessorium principalis sequitur*).

Borçlunun bilgisi olmadan gerçekleştirilecek böyle bir devirin yol açabileceği olası sorunları önlemek amacıyla, Tapu Sicil Tüzüğü (TST) madde 31/2'de alacağın temlik edildiğinin düşünceler sütununda belirtilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Ancak, bu hüküm bir düzen kuralı niteliğindedir, dolayısıyla buna aykırı davranışlar, temliğin geçerliliğini etkilemeyecektir⁵¹. Ayrıca, bahsedilen kayıtların, ipoteğin alacağı devralan tarafından kazanılması bakımından kurucu bir etkisi bulunmamaktadır.

Devralan, ipotek hakkını, malikle devreden arasındaki rehin sözleşmesi hükümleri çerçevesinde kazanacağı için, rehin sözleşmesinde bulunan genel rehin kaydı, tekrar ödeme kaydı gibi kayıtlardan faydalanacaktır. Ancak devralanın, ipoteğin güvence altına aldığı alacağın dayandığı hukuki ilişkidir başka

The assignee will acquire the mortgage right within the framework of the provisions of the mortgage agreement between the owner and the assignor. Therefore, the general lien registration, as well as provisions such as the re-payment record, in the mortgage agreement will be beneficial to them. However, if the assignee holds claims against the debtor for reasons other than the legal relationship on which the receivable secured by the mortgage is based, they can only benefit from the security provided by the mortgage based on the lien registration if there is no such provision in the mortgage agreement⁵².

Everything we've discussed so far would also be applicable in the case of a receivable being acquired through legal succession. According to Article 127 of the Turkish Civil Code, a third party who pays an amount under this provision will succeed to the rights of the creditor in proportion to the amount paid. Therefore, the receivable, along with the mortgage right dependent on it, will pass to the third party. In the case of partial payment, the third party will benefit from the mortgage right to the extent of the amount paid.

Article 596/1 regulates the subrogation of the guarantor. According to this provision, if the guarantor pays off a debt secured by a mortgage, they will succeed to the rights of the creditor in proportion to the amount paid. In other words, the mortgage right dependent on the receivable will pass to the guarantor in that proportion. While this issue was regulated with an uncertain provi-

sebeplerle borçluya karşı sahip olduğu alacaklar, rehin sözleşmesinde böyle bir hüküm bulunmadığı takdirde, yalnızca rehin kaydına dayalı olarak ipoteğin sağladığı güvenceden yararlanamazlar⁵².

Şimdiye kadar söylemiş olduklarımız, bir alacağın kanuni halefiyet ile kazanılması durumunda da geçerli olacaktır. Üçüncü kişi, TBK madde 127 uyarınca ödediği miktar oranında alacaklının haklarına halef olacağından, alacak da ona bağlı olan ipotek hakkıyla birlikte üçüncü kişiye geçecektir. Kısmi ödeme halinde ise, bu durumda ipotek hakkından yine ödediği oranda yararlanacaktır.

TBK m. 596/1'da kefilin halefiyeti düzenlenmiştir. Bu hükme göre kefilin, ipotekle güvence altına alınmış bir borcu ödediği durumda, ödeme oranında alacaklının haklarına halef olacaktır. Yani alacağa bağlı olan ipotek hakkı bu oranda kefile geçecektir. 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda kesinliğe sahip olmayan bu husus, TBK ile netliğe kavuşturulmuştur. Kefilin ipoteklerini elde edebilmesi için, bu ipoteklerin ya kefalet sözleşmesi yapılmadan önce mevcut olması ya da daha sonradan oluşturulmuş olması, fakat kefalet sözleşmesinde belirtilen alacak için kurulmuş olması gerekmektedir. Kefalet verildiği zaman, kefil, asıl borçlunun veya üçüncü şahısların verdiği tüm rehinleri kapsar; fakat kefaletten sonra üçüncü bir kişi tarafından verilen rehinlerde kefilin sorumluluğu bulunmaz. Asıl borçlu tarafça genel kapsamda verilmiş bir rehin de kefilin halefiyeti dışında kalacaktır. "Aksi kararlaştırılmadıkça" ifadesiyle, ödeme yapan

DİPNOT

48 Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 953; Sirmen, a.g.e., s. 644; Nomer/ Ergüne, a.g.e., s. 356; Ertaş, a.g.e., s. 566; Aybay/ Hatemi, a.g.e., s. 39; Erman, a.g.e., s. 182; Karahasan, a.g.e., s. 237; Sirmen, a.g.e., s. 644; Ayan, a.g.e., s. 219; Nazif Kaçak, İpotek ve İpoteğin Paraya Çevrilmesi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, p. 174; Nomer/ Ergüne, a.g.e., s. 352-353; Altay/ Eskioçak, a.g.e., p. 221; Akıntürk, a.g.e., p. 786; Akıntürk, a.g.e., p. 790; Şener, a.g.e., p. 14; İsmail Küçükçopur, "İpotekli Taşınmazın Devri, İpotekli Alacağın Temlikli", Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Turgut Özal Üniversitesi SBE, 2014, p. 72; Gören, a.g.t., p. 50.

49 Özçelik, a.g.m., s. 172.

50 Aybay/ Hatemi, a.g.e., s. 40; Akıntürk, a.g.e., s. 786.

51 Aktepe, a.g.m., s. 182; Ayan, a.g.e., s. 219; Nomer/ Ergüne, a.g.e., s. 356; Altay/ Eskioçak, a.g.e., s. 221; Şener, a.g.e., s. 15.

52 Özçelik, a.g.m., s. 173.

FOOTNOTE

48 Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, a.g.e., p. 953; Sirmen, a.g.e., p. 644; Nomer/ Ergüne, a.g.e., s. 356; Ertaş, a.g.e., p. 566; Aybay/ Hatemi, a.g.e., p. 39; Erman, a.g.e., p. 182; Karahasan, a.g.e., s. 237; Sirmen, a.g.e., p. 644; Ayan, a.g.e., p. 219; Nazif Kaçak, İpotek ve İpoteğin Paraya Çevrilmesi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, p. 174; Nomer/ Ergüne, a.g.e., p. 352-353; Altay/ Eskioçak, a.g.e., p. 221; Akıntürk, a.g.e., p. 786; Akıntürk, a.g.e., p. 790; Şener, a.g.e., p. 14; İsmail Küçükçopur, "İpotekli Taşınmazın Devri, İpotekli Alacağın Temlikli", Yüksek Lisans Tezi, Ankara, Turgut Özal Üniversitesi SBE, 2014, p. 72; Gören, a.g.t., p. 50.

49 Özçelik, a.g.m., p. 172.

50 Aybay/ Hatemi, a.g.e., p. 40; Akıntürk, a.g.e., p. 786.

51 Aktepe, a.g.m., p. 182; Ayan, a.g.e., p. 219; Nomer/ Ergüne, a.g.e., s. 356; Altay/ Eskioçak, a.g.e., p. 221; Şener, a.g.e., p. 15.

52 Özçelik, a.g.m., p. 173.



PART 19

sion in the repealed Law No. 818, it has been clarified by the Turkish Civil Code. In order for the guarantor to obtain the mortgages, these mortgages must either exist before the guarantee agreement is made or be established later, but they must be established for the receivable specified in the guarantee agreement. When the guarantee is provided, the guarantor covers all mortgages given by the principal debtor or third parties; however, the guarantor's liability does not extend to mortgages given by a third party after the guarantee. A general mortgage given by the principal debtor will also remain outside the scope of the guarantor's subrogation. The phrase "unless otherwise agreed" should indicate that the liability of the guarantor who makes the payment may be extended to include mortgages and other securities. However, the guarantor may gain subrogation rights over mortgages given by third parties after the guarantee through an agreement between the guarantor and the creditor.

While it is accepted that the guarantor needs to carry out certain legal procedures to acquire the mortgage right, the mortgage right passes to the guarantor automatically. The record in the "thoughts" column in the land registry is explanatory rather than constitutive even in this case.

1. Dependence on Receivables with in the Scope of Contracts

The assignment of contracts is regulated in Article 205 of the Turkish Civil Code (TCC). The assignment of contracts is a sui generis tripartite agreement with its own legal nature⁵³. For a contract to be assignable, there must be a debt relationship that is capable of being transferred, and the parties must have appropriate declarations of intent.

For a debt relationship to be considered assignable, the rights and obligations arising from it must be transferable. If the contract relationship consists of personal rights and obligations, the rights and obligations cannot be transferred. In contracts involving personal rights, the transfer of the contract is not possible. Therefore, the concept of the transfer of the contract applies to contracts that are not person-specific⁵⁴. For example, a contract cannot be made for the assignment of one's name, honor, and dignity⁵⁵. Unlike the legal assignment of the contract, where the interests of the parties (the third party and the remaining party to the contract) are pro-

tekted by law, the assumption of the contract cannot occur solely through an agreement between the transferor and the party assuming the contract. In order to bind the remaining party to the contract, either this party must participate in a sui generis tripartite contract, or they must express their consent to the agreement between the transferor and the party assuming the contract, either before or after such agreement. In other words, the consent of all three parties is required for the assumption of the contract⁵⁶. Unlike the assignment of a receivable, the consent of the remaining party to the contract is also required⁵⁷.

Kefilin ipotek hakkına sahip olabilmesi için belirli hukuki işlemler yapılması gerektiği kabul edilse de, ipotek hakkı kendiliğinden kefile geçmektedir. Tapuda, düşünceler sütunundaki kayıt bu halde de kurucu değil açıklayıcı bir kayıttır.

1. Sözleşmenin Devrinde Alacağa Bağlılık

TBK'da sözleşmenin devri m. 205'te düzenlenmiştir. Sözleşmenin devri, hukuki niteliği bakımından kendine özgü (sui generis) bir üç taraflı sözleşmedir⁵³. Bir sözleşmenin devredilebilmesi için; devredilebilir nitelik taşıyan bir borç ilişkisinin varlığı, tarafların uygun irade açıklamaları mevcut olmalıdır.

Bir borç ilişkisinin devredilebilirliğinden sözü edilebilmesi için kendisinden doğan hak ve borçların devredilebilir olması gerekmektedir. Sözleşme ilişkisinin şahsa bağlı olacak ve borçlardan oluşması durumunda hak ve borçlar devredilemeyecektir. Şahsa bağlı sözleşmelerde sözleşmenin yüklenilmesi söz konusu olmaz. Bu nedenle, sözleşmenin yüklenilmesi kavramı, şahsa bağlı olmayan sözleşmelerde geçerlidir⁵⁴. Meselâ adın, onur ve izzetin devrine ilişkin devir sözleşmesi yapılamaz⁵⁵. Tarafların menfaatlerinin (üçüncü kişinin ve sözleşmede kalan tarafın) kanun tarafından korunduğu sözleşmenin kanuni devrinden farklı olarak, sözleşmenin yüklenilmesi, sadece devreden taraf ile yüklenen ta-

raf arasındaki bir anlaşma ile mümkün değildir. Sözleşmede kalan kişiyi bağlayabilmek için, ya bu kişinin kendine özgü üç taraflı bir sözleşmeye katılması ya da devreden ile yüklenen arasında kurulan sözleşmeye rızasını, bu anlaşmadan önce veya sonra, beyan etmesi gerekir. Bir başka deyişle, üç tarafın da rızası sözleşmenin yüklenilmesi için aranır⁵⁶. Alacağın devrinden farklı olarak sözleşmede kalanın rızası da aranmaktadır⁵⁷.

Sözleşmenin devri ile ipotek hakkı da sözleşmeyi devralan tarafa geçebilir. Sözleşmede kalan taraf lehine üçüncü kişinin verdiği rehin hakları sözleşmede kalan taraf lehine varlığını devam ettirecektir. Örneğin, kredi verenin kredi alan aleyhine kurduğu azami meblağ ipoteği, kredi alan tarafın değişmesi halinde devam etmelidir. Devir anlaşması sırasında, sözleşmeyi devreden veya devralan taraf, kalan taraf lehine bu tür güvenceler verebilirler⁵⁸.

Üçüncü bir kişinin, devreden taraf lehine verdiği teminatın devam edebilmesi içinse rızası aranmaktadır⁵⁹.

E. Dependence on Receivables in Protecting Security in the Land Registry

Article 1023 of the Turkish Civil Code states, "The acquisition of ownership or another real right based on registration in the land registry in good faith is protected." The protection mentioned refers to the acquisition of real rights based on appearance in the land registry. It is possible for the mortgage to be acquired under Article 1023 of the Turkish Civil Code due to its nature as a real right.

Trust in the land registry for mortgages only covers the scope and existence of the mortgage on real property⁶⁰. In this case, the registration of a mortgage right does not confirm the existence of the debt; similarly, indicating a specific amount as the mortgage burden does not imply that the creditor has a debt of that amount⁶¹. In such a case, if a mortgage has been established for a non-existent debt or if the encumbered debt has ceased to

exist, the mortgage right cannot be exercised. The assignment of a contract can also transfer the mortgage right to the party assuming the contract. The rights of the remaining party under third-party mortgages given in favor of the remaining party in the contract will continue to exist. For example, the maximum amount mortgage established by the lender against the borrower should continue if the borrower changes. During the assignment agreement, either the party assigning or the party assuming the contract can provide such assurances in favor of the remaining party⁵⁸.

For the third party's security given in favor of the transferring party to continue, the consent of the third party is required⁵⁹.

E. Tapu Sicilinde Güvenin Korunmasında Alacağa Bağlılık

TMK m. 1023, *Tapu kütüğündeki tescile iyi niyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur.* şeklinde. Sözü edilen koruma, aynı hakların tapu sicilindeki görünüşe göre kazanılma durumunu ifade eder. İpoteğin aynı hak niteliği gereği TMK m. 1023 uyarınca kazanılması mümkündür.

İpotekte tapu siciline güven, yalnızca taşınmaz rehininin kapsamını ve varlığını kapsar⁶⁰. Bu durumda, bir ipotek hakkının tescil edilmiş olması, alacağın varlığını doğrulamaz; aynı şekilde, ipotek yükü olarak belirli bir meblağın gösterilmesi de alacaklının o meblağ tutarında bir alacağa sahip olduğuna işaret etmez⁶¹. Bu durumda, mevcut olmayan bir alacak için ipotek kurulmuşsa veya rehinli alacak sona ermişse ve mevcut olmayan bu alacak devredilmişse, yeni alacaklının tapu

FOOTNOTE

⁵³ Berna Öztürk, "Sözleşmenin Devri, TBB Dergisi, S: 125, 2016, p. 267.

⁵⁴ Hasan Ayrancı, "Türk Borçlar Hukukunda Sözleşmenin Yüklenilmesi", Doktora Tezi, Ankara, 1999, p. 97-98.

⁵⁵ Zeynep Bahadır, "Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 17, S: 3, 2013, p. 15.

⁵⁶ Ayrancı, a.g.t., p. 99-100.

⁵⁷ The view that the transfer of the contract is achieved through a combination leads to the conclusion that the consent of the remaining party is only related to the transfer of the debt. (kombinasyon ve birlik görüşleri için bkz. Ayrancı, a.g.t., p. 17 vd.).

⁵⁸ Ayrancı, a.g.t., p. 170.

⁵⁹ Ayrancı, a.g.t., p. 171.

⁶⁰ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, a.g.e., p. 954.

⁶¹ Özçelik, a.g.m., p. 176.

DİPNOT

⁵³ Berna Öztürk, "Sözleşmenin Devri, TBB Dergisi, S: 125, 2016, s. 267.

⁵⁴ Hasan Ayrancı, "Türk Borçlar Hukukunda Sözleşmenin Yüklenilmesi", Doktora Tezi, Ankara, 1999, s. 97-98.

⁵⁵ Zeynep Bahadır, "Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 17, S: 3, 2013, s. 15.

⁵⁶ Ayrancı, a.g.t., s. 99-100.

⁵⁷ Sözleşmenin devrinin kombinasyon yolu ile gerçekleştiği görüşü, kalan tarafın rıza beyanının yalnızca borcun nakline ilişkin olduğuna yol açmaktadır. (kombinasyon ve birlik görüşleri için bkz. Ayrancı, a.g.t., s. 17 vd.).

⁵⁸ Ayrancı, a.g.t., s. 170.

⁵⁹ Ayrancı, a.g.t., s. 171.

⁶⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 954.

⁶¹ Özçelik, a.g.m., s. 176.

PART 19

exist and this non-existent debt has been assigned, the new creditor will not be able to acquire the debt and the mortgage in good faith through reliance on the land registry entry. In this situation, they will not be protected under Article 1023 of the Turkish Civil Code⁶². If the debtor is faced with the assignment of a non-existent encumbered debt, they can assert against the new creditor that the debt has not arisen, is invalid, or has been extinguished through subsequent payment⁶³. Since the purpose of a mortgage is to secure a debt, in a situation where the existence of a valid debt cannot be established, a mortgage cannot be acquired independently of the debt, even through reliance on the registration appearing in the land registry in good faith.

However, if there is a valid debt, and the registration regarding the mortgage is fraudulent, the good faith of the third party acquiring the debt should be protected under Article 1023 of the Turkish Civil Code⁶⁴. In this regard, according to a decision of the General Assembly of Civil Chambers of the Court of Appeal, even if the mortgage given by the owner spouse of the family home as security for a valid debt is invalid and fraudulent, the transfer of the debt to a third party entitles them to acquire the mortgage under Article 1023 of the Turkish Civil Code.

In terms of protecting trust in the land registry, there is a difference between the transfer of a mortgaged debt through legal succession compared to other methods. The transfer of both the debt and the mortgage

kaydına iyi niyetle güvenerek, alacağı ve ipoteği kazanması mümkün olmayacaktır; böyle bir durumda, Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi uyarınca korunmayacaktır⁶². Borçlu, mevcut olmayan rehlinli alacağın devrinin söz konusu olması durumunda, yeni alacaklıya karşı, alacağın doğmamış olduğunu, geçersiz olduğunu veya sonradan ödeme yoluyla sona erdiğini ileri sürebilir⁶³. İpoteğin amacı alacağı teminat altına almak olduğundan, geçerli bir alacağın varlığından söz edilemeyen durumda, şekli olarak tapuda görünen tescille iyi niyete dayanılması suretiyle, alacaktan bağımsız olarak ipotek kazanılamaz.

Ancak geçerli bir alacaktan söz ediliyorsa, ipoteğe ilişkin tescilin yolsuz olması halinde, alacağı devralan üçüncü kişinin iyi niyeti TMK m. 1023 çerçevesinde korunmalıdır⁶⁴. Bu nokta ile ilgili olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu bir kararında, aile konutunun malik olan eşin, geçerli bir borcun teminatı olarak verdiği ipotek geçersiz ve yolsuz olsa da alacağın üçüncü kişiye devri halinde, ipoteği TMK m. 1023 uyarınca kazanmıştır.

Kanuni halefiyet yoluyla kazanma halinde ise, tapu siciline güvenin korunması açısından, ipotekli alacağın devrine göre farklılık bulunmaktadır. Kanuni halefiyet ile bir alacak ve ipoteğin halefe geçişi, kanunen borcun ifasına bağlanmıştır. Bu duruma bağlanmış olduğundan dolayı, alacağın ve ipoteğin geçişi kendiliğinden gerçekleşecektir. Halefin ipotek hakkını elde etmesi, tapu siciline güvenmesi ile gerçekleşmemektedir. Geçersiz bir ipotekle güvence altına alınmış geçerli

through legal succession is legally tied to the performance of the debt. As it is tied to this condition, the transfer of the debt and the mortgage will occur automatically. The successor obtaining the mortgage right does not happen through reliance on the land registry. We observe that the Court of Cassation exhibits different attitudes regarding whether a guarantor who succeeds to the creditor by paying off a valid debt secured by an invalid mortgage, even in good faith, can acquire the mortgage right.

When we look at the latest decisions of the Court of Appeal, it can be observed that the status of the family home annotation as constitutive or explanatory is a highly debated issue. We see that the Court of Appeal currently considers the family home annotation to be explanatory in nature.

In conclusion, in our opinion, in the case of legal succession, since the acquisition of the mortgage right by the successor does not occur through reliance on and trust in the land registry, it should not be considered to take place under Article 1023 of the Turkish Civil Code. Legal succession is tied to the performance of the debt and is a consequence that arises automatically upon performance.

IV. DEPENDENCE OF RECEIVABLES IN CASE OF TERMINATION

A. Generally

The complete termination of the legal relationship that constitutes the source of the debt secured by a mortgage within the scope of a mortgage contract means the elimination of the debt itself. In the case of a principal mortgage, where a specific debt is secured, the mortgage will cease to exist effectively upon the payment of that debt⁶⁵. If the mortgage in question is a maximum amount mortgage and secures fluctuating debts like those in a current account agreement or multiple debts based on a general credit agreement, the payment of any one or several of the debts secured by the collateral will not lead to the termination of the mortgage itself⁶⁶.

The question of whether the mortgage terminates upon the cessation of the debt, i.e., whether the mortgage definitively terminates

bir borcu ödeyerek alacaklıya halef olan kefilin -iyi niyetli olsa da- ipotek hakkını kazanıp kazanamayacağı hakkında Yargıtay'ın farklı tutumlar gösterdiğini görmekteyiz.

Aile konutu şerhinin kurucu mu yoksa açıklayıcı mı olduğu da oldukça tartışmalı bir konudur. Yargıtay'ın en son verdiği kararlara baktığımızda, aile konutu şerhini açıklayıcı nitelikte kabul ettiğini görmekteyiz.

Sonuç olarak kanaatimizce de kanuni halefiyet halinde, tapu siciline dayanılarak ve güvenilerek gerçekleşmediğinden halefin ipotek hakkını elde etmesi TMK m. 1023 uyarınca gerçekleşmemelidir. Kanuni halefiyet hali, borcun ifasına bağlanmış ve ifanın gerçekleşmesiyle kendiliğinden ortaya çıkan bir sonuçtur.

IV. SONA ERME HALİNDE ALACAĞA BAĞLILIK

A. Genel Olarak

Bir rehin sözleşmesi kapsamında ipoteğin güvence altına aldığı borcun kaynağını oluşturan hukuki ilişkinin tamamen bitmesi, söz konusu borcun da ortadan kalkması anlamına gelir. Anapara ipoteği durumunda, özel bir borcun güvence altına alınması söz konusu olduğundan, o borcun ödenmesiyle birlikte ipotek de fiilen son bulacaktır⁶⁵. Eğer söz konusu ipotek, bir üst sınır ipoteği ise ve cari hesap sözleşmesindeki gibi dalgalanan bir borcu ya da genel bir kredi sözleşmesine dayalı birden fazla borcu güvence altına alıyorsa, teminat altındaki borçlardan herhangi birinin veya birkaçının ödenmiş olması, ipoteğin kendisinin sona ermesine yol açmayacaktır⁶⁶.

Alacağın bitimi durumunda ipoteğin de sona erip ermediği, yani ipoteğin borca olan bağlılığının ve alacağın sona ermesiyle ipoteğin

DİPNOT

62 Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 954; Özçelik, a.g.m., s. 176; Erman, a.g.e., s. 182; Karahasan, a.g.e., s. 242; Sirmen, a.g.e., s. 644; Ayan, a.g.e., s. 220; Nomer/ Ergüne, a.g.e., s. 353; Ertaş, a.g.e., s. 565-566; Y. 14. HD., 5.5.1999 T., 1999/2761 E., 1999/3370 K. "The lawsuit concerns the request for the cancellation of the mortgage in the land registry records..." (Kazancı İçtihat Bankası) (E.T. 02.12.2023).

63 Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 954; Karahasan, a.g.e., s. 242; Ertaş, a.g.e., s. 565-566; Borçlu, devri öğrendiği anda muaccel olmayan alacağını, devredilen alacaktan önce veya onunla aynı anda muaccel olması koşuluyla borcu ile takas edebilir.

64 Gürsoy/ Eren/ Cansel, a.g.e., s. 1100-1101; Erman, a.g.e., s. 182; Karahasan, a.g.e., s. 242; Sirmen, a.g.e., s. 645; Ayan, a.g.e., s. 220; Nomer/ Ergüne, a.g.e., s. 353; Ertaş, a.g.e., s. 566; Altay/ Eskiocak, a.g.e., s. 218.

65 Aybay/ Hatemi, a.g.e., s. 40; Ayriter, a.g.e., s. 181.

66 YHGK, 22.3.2017 T., 2017/13-606 E., 2017/532 K. "...Üst sınır ipoteğinin izahında taşınmaz rehin hukukunda hakim olan ilkelerden belirlik ilkesine değinmek gerekir. Rehin hakkı kural olarak fer'i bir haktır...". Y. 19. HD., 13.9.2011 T., 2011/2111 E., 2011/10663 K. (Kazancı İçtihat Bankası) (E.T. 10.12.2023).

FOOTNOTE

62 Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 954; Özçelik, a.g.m., s. 176; Erman, a.g.e., s. 182; Karahasan, a.g.e., s. 242; Sirmen, a.g.e., s. 644; Ayan, a.g.e., s. 220; Nomer/ Ergüne, a.g.e., s. 353; Ertaş, a.g.e., s. 565-566; Y. 14. HD., 5.5.1999 T., 1999/2761 E., 1999/3370 K. "The lawsuit concerns the request for the cancellation of the mortgage in the land registry records..." (Kazancı İçtihat Bankası) (E.T. 02.12.2023).

63 Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 954; Karahasan, a.g.e., s. 242; Ertaş, a.g.e., s. 565-566; The debtor, upon learning of the transfer, may offset his non-due debt against the transferred debt before or at the same time it becomes due, provided that it becomes due simultaneously with or before the transferred debt.

64 Gürsoy/ Eren/ Cansel, a.g.e., s. 1100-1101; Erman, a.g.e., s. 182; Karahasan, a.g.e., s. 242; Sirmen, a.g.e., s. 645; Ayan, a.g.e., s. 220; Nomer/ Ergüne, a.g.e., s. 353; Ertaş, a.g.e., s. 566; Altay/ Eskiocak, a.g.e., s. 218.

65 Aybay/ Hatemi, a.g.e., s. 40; Ayriter, a.g.e., s. 181.

66 YHGK, 22.3.2017 T., 2017/13-606 E., 2017/532 K. "...In explaining the upper limit mortgage, it is necessary to refer to the principle of certainty, which is dominant in real estate mortgage law. The right of mortgage is generally an accessory right...". Y. 19. HD., 13.9.2011 T., 2011/2111 E., 2011/10663 K. (Kazancı İçtihat Bankası) (E.T. 10.12.2023).



PART 19

with the cessation of the debt's obligation and the end of the receivable, is a subject of debate.

According to one view, even upon the payment and thus cessation of the debt, the mortgage will not automatically terminate⁶⁷. For the mortgage right to be terminated, it needs to be officially removed from the land registry, i.e., a cancellation process must take place. The cessation of the mortgage right is a separate process from the end of the debt and should be treated independently. This view is based on the idea that the termination of the mortgage does not automatically occur with the end of the debt and requires an official procedure, namely cancellation⁶⁸. According to this article, when the debt is terminated, the owner of the mortgaged property can request the creditor's consent for the removal of the mortgage from the land registry, i.e., its cancellation⁶⁹. If the mortgage had terminated automatically outside of official records due to the end of the debt, it would have been accepted that the mortgage ended without requiring the creditor's consent.

Another view argues that since a mortgage can only secure a debt and there is no recognized type of mortgage independent of the debt, with the cessation of the debt, the mortgage also terminates automatically outside of official records⁷⁰. According to Article 833 of the Turkish Civil Code, the owner of immovable property may request consent from the creditor to cancel the mortgage; however, this does not mean that the termination of the mortgage is only possible through the cancellation process in the land registry. If the creditor does not respond positively to the owner's request for cancellation, the owner has the right, under Article 1025 of the Turkish Civil Code, to file a lawsuit based on real rights to correct the land registry. This lawsuit aims to bring the registry in line with the actual situation and is related to the real rights on the property⁷¹. In the event that the mortgage right terminates along with the debt, a court decision and the subsequent cancellation process based on this decision will clarify the current legal situation. In practice, courts decide on the cancellation of the mortgage through lawsuits known as "action for the annulment of the mortgage".

According to another viewpoint, while the cancellation process has a constructive effect in creating a new situation vis-à-vis third parties, it serves to clarify the existing situa-

tion in the relationship between the creditor and the debtor⁷². From the perspective of third parties, it is assumed that the mortgage recorded in the land registry both legally exists and materially exists. Therefore, it has been argued that the cancellation to be carried out would also have a constructive effect on third parties.

Bir görüşe göre, borcun ödenmesi ve böylece sona ermesi durumunda dahi, ipoteğin otomatik olarak sona ermesi söz konusu olmayacaktır⁶⁷. İpotek hakkının sonlandırılması için tapu sicilinden resmi olarak silinmesi, yani terkin işleminin yapılması gerekmektedir. İpotek hakkının ortadan kalkması, borcun bitmesinden ayrı bir süreçtir ve birbirinden bağımsız olarak ele alınmalıdır. Bu görüş, ipoteğin sona ermesinin borcun bitmesiyle otomatik olarak gerçekleşmeyeceği ve resmi bir işlem olan terkin gerektirdiği fikrine dayanmaktadır⁶⁸. Bu maddeye göre, borç sona erdiğinde, ipotekli gayrimenkulün maliki, alacaklıya başvurarak ipoteğin tapu kayıtlarından silinmesi yani terkin edilmesi için onay vermesini talep edebilir⁶⁹. Eğer ipotek, borca bağlı olarak resmi kayıtlar dışında kendiliğinden sona ermiş olsaydı, alacaklının onayına gerek kalmadan ipoteğin sonlandırıldığı kabul edilecekti.

Diğer bir görüş, ipoteğin yalnızca bir borcu güvence altına alabileceği ve borçtan bağımsız bir ipotek türünün tanınmadığı gerekçesiyle, borcun sona ermesiyle birlikte ipoteğin de resmi kayıtlar dışında sona erdiğini savunmaktadır⁷⁰. Taşınmaz mal sahibi, TMK m. 833 uyarınca alacaklıdan ipoteğin terkin edilmesi için onay isteyebilir; ancak bu, ipoteğin sona ermesinin yalnızca tapu sicilindeki terkin işlemiyle mümkün olduğu anlamına gelmez. Alacaklı, ipotekli gayrimenkul sahibinin terkin talebine olumlu yanıt vermezse, malik, TMK m. 1025 gereğince tapu sicilinin düzeltilmesi amacıyla aynı hakka dayalı bir dava açma hakkına sahiptir. Bu dava, tapu sicilindeki kaydın gerçek duruma uygun hale getirilmesini amaçlayan ve taşınmaz üzerindeki aynı haklarla ilgili olan bir davadır⁷¹. İpotek hakkının, borçla birlikte sona erdiği durumda, mahkeme kararı ve bu karara istinaden yapılacak olan terkin işlemi, mevcut hukuki durumu açıklığa kavuşturucu bir nitelik taşıyacaktır. Uygulamada da mahkemelerin, "ipoteğin fekki (kaldırılması) davası" adı verilen davalara sonucunda, ipoteğin terkinine karar verilmektedir.

Başka bir görüşe göre, terkin işlemi, üçüncü kişilere karşı yeni bir durum yaratıcı (kurucu) etkiye sahipken, alacaklı ve borçlu arasındaki ilişki bağlamında mevcut durumu açıklar niteliktedir⁷². Üçüncü kişiler açısından, tapu sicilinde yer alan ipoteğin hem yasal şekil şartlarına uygun olarak var olduğu hem de

tion in the relationship between the creditor and the debtor⁷². From the perspective of third parties, it is assumed that the mortgage recorded in the land registry both legally exists and materially exists. Therefore, it has been argued that the cancellation to be carried out would also have a constructive effect on third parties.

According to our view, it would be more accurate to accept that, in line with the principle of the mortgage being tied to the debt, the mortgage ceases to exist outside of official records upon the end of the debt. Article 883 of the Turkish Civil Code, which allows the mortgage right to be removed from the land registry with the consent of the creditor, does not imply that the mortgage cannot cease to exist outside of official records. While this provision outlines the procedure for the termination of the mortgage, it does not directly address whether the mortgage automatically terminates with the end of the debt. The Turkish Civil Code generally states that a registration of a right can be canceled upon the written declaration of the right holder; at the same time, it also regulates in Article 1026 that the cancellation process can be carried out upon the request of the owner of the property when the registration has no legal value anymore.

The reason for the Turkish Civil Code's general rule of requiring the creditor's consent for cancellation is the belief that the end of the debt can be most reliably determined with the creditor's approval. Therefore, it should not be concluded that the mortgage right ceases to exist with the end of the debt and that a cancellation process in the land registry is required based on Article 883 of the Turkish Civil Code.

1. The Discharge of a Term Mortgage

Until recently, there were legal disputes regarding whether the owner could request the discharge of a term mortgage at the end of the term due to the lack of clear legal regulations on this matter. However, with the amendment introduced by Article 19 of Law No. 7181 on the Tapu Law and Amendments to Some Laws, a provision was added to Article 883 of the Turkish Civil Code, putting an end to these debates. As mentioned earlier, obtaining the consent of the creditor has been the safest way to determine the end of the debt. However, in the case of a term mort-

maddi olarak mevcut olduğu kabul edilir. Buna göre, gerçekleştirilecek terkinin de üçüncü kişiler nezdinde kurucu özellik teşkil edeceği savunulmuştur.

Bizim görüşümüze göre, ipoteğin borca bağlılığı ilkesi doğrultusunda, borcun bitmesiyle birlikte ipoteğin de resmi kayıtlar dışında sona erdiğini kabul etmek daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Türk Medeni Kanunu'nun 883. maddesi gereğince, ipotek hakkının alacaklının onayı ile tapu sicilinden silinebileceği hükmü, ipoteğin resmi kayıtlar dışında sona eremeyeceği anlamına gelmez. Bu hüküm, ipoteğin sona ermesi sürecinin nasıl işleyeceğine dair bir prosedürü belirtirken, ipoteğin borca bağlı olarak kendiliğinden sona erip ermediği konusuna doğrudan bir yargı getirmez. Türk Medeni Kanunu, genel olarak bir hakkın tescilinin, hak sahibinin yazılı beyanı ile kaldırılabilirliğini belirtirken; aynı zamanda, bir tescilin hukuki anlamda bir değeri kalmadığında, taşınmazın malikinin talebi üzerine de terkin işleminin gerçekleştirilebileceğini 1026. maddesi ile düzenlemiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun genel kural olarak alacaklının onayını terkin için şart koymasının sebebi, borcun sona erip ermediğinin en güvenilir şekilde alacaklının muvafakatiyle belirlenebileceği düşüncesidir. Bu yüzden, Türk Medeni Kanunu'nun 883. maddesine dayanarak, borcun bitmesiyle ipotek hakkının sona erdiği ve tapu sicilinde terkin işleminin yapılması gerektiği sonucuna varılmamalıdır.

1. Süreli İpotek Terkini

Süreli ipoteklerin terkin bakımından yakın bir tarihe kadar, süre sonunda malik tarafından ipoteğin terkininin istenip istenemeyeceği konusunda açık bir yasal düzenleme olmaması nedeniyle hukuki çekişmeler yaşanmaktaydı. Ancak 7181 Sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 19. maddesi ile TMK m. 883'e düzenleme getirilerek bu husustaki tartışmalar son bulmuştur. Daha önce belirttiğimiz gibi, alacağın sona erdiğini tespit etmenin en güvenli yolu alacaklının muvafakatidir. Ancak, süreli ipotekte, alacağın sona erdiğine yöne-

FOOTNOTE

⁶⁷ Esener/ Güven, a.g.e., p. 508-509; Ertaş, a.g.e., p. 566-567.

⁶⁸ TMK m. 883 : " When the debt is extinguished, the owner of the mortgaged property may request the creditor to cancel the mortgage. (Ek fıkra:4/7/2019-7181/19 md.) If the mortgage is established for a certain period, the mortgage will be cancelled by the land registry office upon the request of the owner if the annotation specified in Article 150/c of the Enforcement and Bankruptcy Law No. 2004 dated 9/6/1932 is not made on the mortgaged property within thirty days from the expiration of the term.

⁶⁹ Ayiter, a.g.e., p. 181; Gürsoy/ Eren/ Cansel, a.g.e., p. 1101; Erman, a.g.e., p. 183.

⁷⁰ Aybay/ Hatemi, a.g.e., p. 40; Ayan, a.g.e., p. 219-220.

⁷¹ Karahasan, a.g.e., p. 244; Özçelik, a.g.m., p. 181.

⁷² Bengisu Özel, "İpotek Hakkının Sona Ermesi", İstanbul, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2019, p. 52-53.

DİPNOT

⁶⁷ Esener/ Güven, a.g.e., s. 508-509; Ertaş, a.g.e., s. 566-567.

⁶⁸ TMK m. 883: " Alacak sona erince ipotekli taşınmazın maliki, alacaklıdan ipoteği terkin ettirmesini isteyebilir. (Ek fıkra:4/7/2019-7181/19 md.) İpotek süreli olarak kurulmuşsa, sürenin bitiminden itibaren otuz gün içinde ipotekli taşınmaz üzerinde 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 150/c maddesinde belirtilen şerhin konulmaması hâlinde ipotek, malikin talebiyle tapu müdürlüğünce terkin edilir.

⁶⁹ Ayiter, a.g.e., s. 181; Gürsoy/ Eren/ Cansel, a.g.e., s. 1101; Erman, a.g.e., s. 183.

⁷⁰ Aybay/ Hatemi, a.g.e., s. 40; Ayan, a.g.e., s. 219-220.

⁷¹ Karahasan, a.g.e., s. 244; Özçelik, a.g.m., s. 181.

⁷² Bengisu Özel, "İpotek Hakkının Sona Ermesi", İstanbul, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2019, s. 52-53.

PART 19

gage, where the importance of consent regarding the end of the debt has diminished, we believe that this provision was appropriate.

V. CONCLUSION

The mortgage right emerges as a collateral right tied to a debt. This characteristic of the mortgage right manifests itself in various stages. The appearance of this characteristic can be either absolute or more flexible, depending on the context.

The real estate mortgage is established through registration in the land registry. Registration serves as a constitutive element in acquiring a real right. For a registration to be valid, three basic elements must be present: the request for registration from the owner of the property, the existence of a valid acquisition reason, and the completion of the registration process. The acquisition reason, as a required legal basis for registration, is independent of the cause of acquisition. However, a fundamental contractual relationship outside of the acquisition reason is necessary for the establishment of the mortgage, in accordance with the accessory nature of the mortgage principle. The registration of the mortgage in the land registry does not constitute evidence of the existence and amount of the debt claim. While the absolute tie of the principal amount mortgage is inherent in the absolute debt, the principle of attachment to the debt appears more flexible in the case of the upper limit mortgage. This is because in the upper limit mortgage, the presence of a basic relationship that would lead to the birth of the debt or make the birth of the debt possible is sufficient.

The attachment of the mortgage to the debt is absolute during the stage of utilizing the right. Even if a mortgage is registered, it is acknowledged that if the debt specified in the mortgage contract does not arise, the mortgage right will not arise in favor of the creditor. In other words, the existence of the debt is required at the time of conversion into cash. The scope of security provided by the mortgage and the degree of security it provides to the creditor are primarily determined by the amount of the debt. In other words, the creditor can only obtain as much as they are owed at the time of conversion into cash.

lik bir muvafakatin önemi kalmamış olmasıyla birlikte kanaatimizce konulan bu hüküm isabetli olmuştur.

V. SONUÇ

İpotek hakkı, alacağa bağlı (fer'i) bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. İpotek hakkının bu özelliği çeşitli aşamalarda gözlemlenmektedir. Bu özelliğin görünümü, bazen mutlak bazen de daha esnek bir şekildedir.

Taşınmaz rehni, tapu kütüğüne tescil ile kurulur. Tescil, aynı bir hakkın kazanılmasında kurucu bir öge olarak işlev görür. Bir tescilin geçerli sayılabilmesi için; taşınmazın malikinin tescil talebinin olması, geçerli bir edinme nedeninin bulunması ve tescil işleminin gerçekleştirilmiş olması gibi üç temel unsurun mevcut olması gerekmektedir. Kazanma sebebi, tescilin gerçekleşebilmesi aranan hukuki sebep iken kazanma sebebinden bağımsız, onun dışındaki bir temel borç ilişkisi, ipoteğin fer'iliği ilkesi gereği, rehlin kurulabilmesi için şarttır. Tapu kütüğündeki ipoteğe ilişkin tescil, alacak hakkının varlığı ve miktarı hakkında bir karine teşkil etmez. Ana para ipoteğin mutlak olan alacağa bağlılık özelliği; üst sınır ipoteğinde daha esnek bir görünümde karşımıza çıkmaktadır. Bu durumun sebebi ise, üst sınır ipoteğinde alacağın doğumuna yol açacak veya alacağın doğmasının ihtimal dahilinde olduğunu gösteren bir temel ilişkinin varlığının yeterli olmasıdır.

İpoteğin alacağa bağlılığı, hakkın kullanılma aşamasında ise mutlaktır. Bir ipotek tescil edilmiş olsa dahi, rehin sözleşmesinde öngörülen borç ortaya çıkmazsa, alacaklı adına ipotek hakkının da meydana gelmeyeceği kabul edilir. Yani, paraya çevirme anında alacağın varlığı gerekmektedir. İpotek hakkının sağladığı güvencenin kapsamı ve ipoteğin alacaklıya sağlayacağı teminatın derecesi, öncelikle borcun miktarına bağlı olarak belirlenir. Diğer bir deyişle, alacaklı, paraya çevirme sonunda ancak alacaklı olduğu kadarını elde edebilecektir.

İpotek, güvence altına almak amacıyla kurulduğu belirli bir borç için, sadece o borca yönelik teminat olarak işlev görür.

Genel rehin kayıtları, gelecekte doğması muhtemel her türlü alacağı herhangi bir sınırlama olmaksızın kapsayacak şekilde formüle edilmiş rehin sözleşmesi hükümleridir.

The mortgage serves as security for a specific debt for which it was established.

General lien entries are provisions in mortgage contracts formulated to cover any future receivables without any limitation. There are different opinions regarding the source of this limitation. One view is based on Article 23 of the Turkish Civil Code, while another, which we agree with, argues that the expectations of an average bank customer should be taken into account.

The requirement for registration is necessary for the valid establishment of a mortgage, unlike for the transfer of the receivable. When the debt is transferred, the related mortgage automatically passes to the new creditor without the need for any registration process or changing the name of the mortgagee in the land registry. The person assuming the debt, apart from the debt secured by the mortgage, cannot benefit from the mortgage security based solely on the mortgage entry for other receivables arising from legal relationships with the debtor, unless otherwise stipulated in the mortgage contract.

In case of legal succession, for the guarantor to assume the mortgages, it is required that these mortgages either existed before the guarantee agreement was made or were established after the guarantee agreement specifically for the debt in question.

Bahsedilen sınırlamanın kaynağı noktasında farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş, TMK m. 23'e dayandırırken bir başka ve katıldığımız görüş, ortalama bir banka müşterisinin beklentilerinin esas alınması gerektiğini savunmaktadır.

Tescil şartı, ipoteğin geçerli olarak kurulması için gerekli olmasının aksine alacağın devri için aranmamıştır. Borç devredildiğinde, ilgili ipotek de herhangi bir tescil işlemine gerek kalmadan ve tapu sicilindeki rehinli alacaklı adının değiştirilmesine ihtiyaç duyulmaksızın, kendiliğinden yeni alacaklıya intikal eder. Borcu devralan kişi, ipoteğin güvence altına aldığı borç dışında, borçlu ile arasındaki diğer hukuki ilişkilerden kaynaklanan alacakları için, rehin sözleşmesinde aksi bir hüküm yoksa, sadece rehin kaydına dayanarak ipotek teminatından faydalanamaz.

Kanuni halefiyet durumunda, kefilin ipotekleri devralabilmesi için, bu ipoteklerin ya kefalet sözleşmesi yapılmadan önce oluşturulmuş olması ya da kefalet sözleşmesi yapıldıktan sonra, ancak söz konusu borç için oluşturulmuş olması şarttır.

Var olmayan bir borç için ipotek kurulmuşsa veya rehinli alacak sona ermesine rağmen, mevcut olmayan bu alacak devredilmişse, yeni alacaklının tapu kaydına iyi niyetle güvenerek, alacak ve ipoteği kazanamayacaktır. Ancak geçerli bir alacaktan söz ediliyorsa, ipoteğe ilişkin tescilin yolsuz ise TMK m. 1023 koruması gerçekleşir. Kanuni halefiyet



PART 19

If a mortgage is established for a non-existent debt or if the secured debt is terminated but the non-existent debt is transferred, the new creditor cannot acquire the claim and the mortgage in good faith relying on the land registry entry. However, if there is a valid claim, the protection of Article 1023 of the Turkish Civil Code applies if the registration of the mortgage is fraudulent. In the case of legal succession, the guarantor should not benefit from the protection of Article 1023 of the Turkish Civil Code because the guarantor does not acquire the mortgage right through reliance on the land registry.

The mortgage right can pass to the transferee through the assignment of the contract. The rights granted by a third party in favor of the remaining party in the contract continue to exist. For a third party's guarantee given in favor of the transferring party to continue, the consent of the third party is required.

If multiple debts are secured within the scope of the collateral, the payment of one or more debts that arose earlier does not terminate the mortgage materially.

The termination of the mortgage outside the registry upon the termination of the debt is a contentious issue. One view relies on Article 883 of the Turkish Civil Code (TCC) to argue that the mortgage will not terminate outside the registry without being formally terminated. Another view, which we support, holds that the mortgage right will terminate outside the registry along with the termination of the debt, as a natural consequence of the dependence of the mortgage on the debt. A third view suggests that the termination has a constitutive effect on third parties. Article 883 of the TMK does not preclude termination outside the registry, and if necessary, the owner can file a lawsuit under Article 1025 of the TMK to correct the record. The court decision and the subsequent termination will be explanatory in nature.

Article 883 of the Turkish Civil Code (TCC) introduces a new provision stating that the request of the owner will be sufficient for the termination of fixed-term mortgages. In the case of fixed-term mortgages, there is no need for the consent of the creditor, which is the safest way to prove that the debt has ended, and the regulation introduced is appropriate.

halinde ise, kefilin TMK m. 1023 korumasından yararlanmaması gerektiğini söylemeliyiz. Çünkü kefil, ipotek hakkını tapu siciline güven ile kazanmamaktadır.

İpotek hakkı, sözleşmenin devri ile devralan tarafa geçebilir. Sözleşmede kalan taraf lehine üçüncü kişi tarafından verilen rehin hakları varlığını sürdürür. Üçüncü bir kişinin, devreden taraf lehine verdiği teminatın devam edebilmesi içinse, üçüncü kişinin rızası aranır.

Birden çok alacağı teminat altına alındığı takdirde, teminat kapsamında alacaklardan daha önce doğmuş olan bir veya birkaçının ödenmesi, ipoteği maddi anlamda sona erdirmez.

Alacağın sona ermesiyle birlikte ipoteğin de sicil dışı sona erip ermeyeceği tartışmalı bir husustur. Bir görüş, TMK m. 883 hükmünü dayanak olarak göstermekle, ipotek hakkının tapu kütüğünden terkin yapılmadan sona ermeyeceği görüşündedir. Katıldığımız görüşe göre ise, ipotek hakkı, alacağa bağlılığın gereği olarak alacağın sona ermesi ile birlikte sicil dışı sona erecektir. Üçüncü bir görüş, terkinin üçüncü kişiler nezdinde kurucu özelliği bulunduğunu ifade etmektedir. TMK m. 883 hükmü, sicil dışı sona ermeye engel değildir ve gerektiği takdirde malik, TMK m. 1025 uyarınca kaydın düzeltilmesine yönelik dava açabilir. Açılacak dava sonucu mahkeme kararı ve gerçekleşecek terkin açıklayıcı nitelikte olacaktır.

TMK m. 883'e getirilen yeni hükümlerle süreli ipoteklerin terkin için malikin talebi yeterli olacaktır. Süreli ipotekte, alacağın sona erdiğinin en güvenli ispat yolu olan alacağın muvafakatine ihtiyaç duyulmamaktadır ve getirilen düzenleme isabetli olmuştur.

BIBLIOGRAPHY

- TURGUT AKINTÜRK**, Eşya Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2009.
- TOLGA AKKAYA**, İcra Hukuku Bağlamında Süreli İpotek, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 4, S. 12, 2013.
- SEZİN AKTEPE**, İpotegin Alacağa Bağlı Hak Olması ve Diğer Özellikleri, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 6, S. 12, 2007.
- MEHMET AYAN**, Eşya Hukuku -III-, 8. Baskı, İstanbul, 2017.
- AYDIN AYBAY/ HATEMİ HÜSEYİN**, Eşya Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 2012.
- NUŞİN AYİTER**, Eşya Hukuku, Ankara, 1977.
- HASAN AYRANCI**, Türk Borçlar Hukukunda Sözleşmenin Yüklenilmesi, (Erişim: 24.11.2023) <http://docs.neu.edu.tr/library/2578355267.pdf>
- SÜMER ALTAY/ ALİ ESKİOCAK**, Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni, İstanbul, 2017.
- ZEYNEP BAHADIR**, Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 3, 2013.
- HASAN ERMAN**, Eşya Hukuku Dersleri, 7. Baskı, 2017.
- ŞEREF ERTAŞ**, Eşya Hukuku, 13. Baskı, 2017.
- TURHAN ESENER/ KUDRET GÜVEN**, Eşya Hukuku, 6. Baskı, 2015.
- SERDAR GÖREN**, Rehni Türü Olan İpotek, (Erişim: 24.11.2023) <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/giris.jsp>.
- KEMAL T. GÜRSOY/ FİKRET EREN/ CANSER EROL**, Türk Eşya Hukuku, Ankara, 1978.
- SHEİDA JAVADKHANI**, Türk Hukukunda İpotek, (Erişim: 03.12.2023) <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/giris.jsp>.
- NAZİF KAÇAK**, İpotek ve İpotegin Paraya Çevrilmesi, Ankara, 2009.
- MUSTAFA R. KARAHASAN**, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, C:2, İstanbul, 2007.
- İSMAİL KÜÇÜKÇOPUR**, İpotekli Taşınmazın Devri, İpotekli Alacağın Temliki, (Erişim: 07.12.2023) <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/giris.jsp>.
- HALUK NAMİ NOMER/ MEHMET SERKAN ERGÜNE**, Eşya Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, 2019.
- M. KEMAL OĞUZMAN/ ÖZER SELİÇİ/ SAİBE OKTAY ÖZDEMİR**, Eşya Hukuku, 17. Baskı, 2014.
- Ş. BARIŞ ÖZÇELİK**, İpotegin Alacağa Bağlılığı, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C: 33, S: 4, 2017.
- BENGİSU ÖZEL**, İpotek Hakkının Sona Ermesi, (Erişim: 11.12.2023) <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/giris.jsp>.
- BERNA ÖZTÜRK**, Sözleşmenin Devri, TBB Dergisi, S: 125, 2016.
- RONA SEROZAN**, Eşya Hukuku I, 3. Baskı, İstanbul, 2014.
- RONA SEROZAN**, Taşınmaz Rehni, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIV, S. 2, 2006.
- A. LALE SİRMEN**, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara, 2019.
- Y. SELİM ŞENER**, Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması, 8. Baskı, Ankara, 2010.
- Y. SELİM ŞENER**, Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması, (Erişim: 16.12.2023) <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/giris.jsp>.

KAYNAKÇA

- TURGUT AKINTÜRK**, Eşya Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2009.
- TOLGA AKKAYA**, İcra Hukuku Bağlamında Süreli İpotek, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 4, S. 12, 2013.
- SEZİN AKTEPE**, İpotegin Alacağa Bağlı Hak Olması ve Diğer Özellikleri, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 6, S. 12, 2007.
- MEHMET AYAN**, Eşya Hukuku -III-, 8. Baskı, İstanbul, 2017.
- AYDIN AYBAY/ HATEMİ HÜSEYİN**, Eşya Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 2012.
- NUŞİN AYİTER**, Eşya Hukuku, Ankara, 1977.
- HASAN AYRANCI**, Türk Borçlar Hukukunda Sözleşmenin Yüklenilmesi, (Erişim: 24.11.2023) <http://docs.neu.edu.tr/library/2578355267.pdf>.
- SÜMER ALTAY/ ALİ ESKİOCAK**, Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni, İstanbul, 2017.
- ZEYNEP BAHADIR**, Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 3, 2013.
- HASAN ERMAN**, Eşya Hukuku Dersleri, 7. Baskı, 2017.
- ŞEREF ERTAŞ**, Eşya Hukuku, 13. Baskı, 2017.
- TURHAN ESENER/ KUDRET GÜVEN**, Eşya Hukuku, 6. Baskı, 2015.
- SERDAR GÖREN**, Rehni Türü Olan İpotek, (Erişim: 24.11.2023) <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/giris.jsp>.
- KEMAL T. GÜRSOY/ FİKRET EREN/ CANSER EROL**, Türk Eşya Hukuku, Ankara, 1978.
- SHEİDA JAVADKHANI**, Türk Hukukunda İpotek, (Erişim: 03.12.2023) <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/giris.jsp>.
- NAZİF KAÇAK**, İpotek ve İpotegin Paraya Çevrilmesi, Ankara, 2009.
- MUSTAFA R. KARAHASAN**, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, C:2, İstanbul, 2007.
- İSMAİL KÜÇÜKÇOPUR**, İpotekli Taşınmazın Devri, İpotekli Alacağın Temliki, (Erişim: 07.12.2023) <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/giris.jsp>.
- HALUK NAMİ NOMER/ MEHMET SERKAN ERGÜNE**, Eşya Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, 2019.
- M. KEMAL OĞUZMAN/ ÖZER SELİÇİ/ SAİBE OKTAY ÖZDEMİR**, Eşya Hukuku, 17. Baskı, 2014.
- Ş. BARIŞ ÖZÇELİK**, İpotegin Alacağa Bağlılığı, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C: 33, S: 4, 2017.
- BENGİSU ÖZEL**, İpotek Hakkının Sona Ermesi, (Erişim: 11.12.2023) <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/giris.jsp>.
- BERNA ÖZTÜRK**, Sözleşmenin Devri, TBB Dergisi, S: 125, 2016.
- RONA SEROZAN**, Eşya Hukuku I, 3. Baskı, İstanbul, 2014.
- RONA SEROZAN**, Taşınmaz Rehni, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIV, S. 2, 2006.
- A. LALE SİRMEN**, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara, 2019.
- Y. SELİM ŞENER**, Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması, 8. Baskı, Ankara, 2010.
- Y. SELİM ŞENER**, Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması, (Erişim: 16.12.2023) <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/giris.jsp>.

PART 20

**EVALUATION OF THE DECISION OF
THE CONSTITUTIONAL COURT NOT
TO EXAMINE THE APPLICATIONS
REGARDING THE VIOLATION OF
THE RIGHT TO BE TRIED WITHIN A
REASONABLE TIME DUE TO LACK OF
A JUSTIFIABLE REASON**

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN MAKUL
SÜREDE YARGILANMA HAKKININ
İHLALİNE İLİŞKİN YAPILAN
BAŞVURULARIN İNCELENMESİNİN
HAKLI BİR NEDENİNİN OLMAMASI
SEBEBİYLE İNCELENMEMESİNE DAİR
KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

**GÜRKAN GÜNAÇTI
NURGÜN MERSİNLİOĞLU**

PART 20

ABSTRACT | ÖZET

The issue of whether the applications alleging a violation of the right to a trial within a reasonable time, which continue to be examined at first instance, can be reviewed after the completion of the application process alleging a violation of the right to a trial within a reasonable time as per the pilot judgment, has been evaluated.

Anayasa Mahkemesi'nin makul sürede yargılama yapılmadığı iddiasına ilişkin başvuruların ilk elden incelemeye devam etmesi halinde verilen ihlal kararının sayısı ve pilot karar gereği makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvuru sürecinin tamamlanmasından ardından anılan başvuruların incelenip incelenmeyeceği hususları değerlendirilmiştir.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELE

Reasonable Time, Right To Fair Trial, Pilot Judgement, Pending Determination, Constitutional Court.

Makul Süre, Adil Yargılanma Hakkı, Pilot Karar, Derdest, Makul Sürenin Belirlenmesi, Anayasa Mahkemesi.

I. INTRODUCTION

The fundamental duty of the judiciary is to resolve legal disputes and issues fairly and expeditiously through judicial proceedings. The duration of the trial process is one of the most important factors in performing this duty. Ensuring that disputes are resolved as quickly as possible is essential to maintaining trust and confidence in the judicial organs of your country. Prolonged trials risk undermining justice, either by delaying its realization or rendering it meaningless altogether. Among the most significant risks are the loss of the parties' capacity to cover the costs of litigation and the emotional strain prolonged legal processes impose on them. As a result, confidence in the judiciary is shaken, weakening faith in the resolution of disputes through legal means. The right to a trial within a reasonable time embodies the principle expressed since ancient times that justice should not be delayed or denied, ensuring the timely realization of justice¹.

In the first section of our study, we attempted to elucidate the concept of the right to a fair trial, and in this context, we examined the right to a trial within a reasonable time, which is the most crucial element of the right to a fair trial.

I. GİRİŞ

Yargı erkinin temel görevi, hukuki uyuşmazlık ve problemleri fiili yargılama yoluyla adaletili ve hızlı bir şekilde sonuca ulaştırmaktır. Söz konusu görevi ifa ederken yargılama sürecinin süresi en önemli etkenlerden biridir. Ülkenin yargı organlarına duyulan güvenin ve inancın korunması için temel husus uyuşmazlıkların olabilecek en kısa sürede çözüme ulaştırılmasıdır. Yargılamanın uzun sürmesi, adaletin gerçekleştirilememesi, geç gerçekleştirilmesi veya gerçekleşmenin bir anlamının kalmaması riskini barındırmaktadır. Söz konusu risklerden en önemlileri olarak; uyuşmazlığın süjelerinin yargılama giderlerini karşılayabilme kapasitesini kaybetmesi ve tarafların uzayan yargı süreçlerinden manevi olarak yıpranmasına sebep olmasıdır. Bu nedenler sonucunda yargı erkine duyulan güven sarsılarak yargı marifetiyle uyuşmazlığın giderilmesine olan inancın zayıflamasına yol açmaktadır. Makul sürede yargılanma hakkı, tarihin en eski zamanlardan beri ifade edilen, adaletin tecellisi hususunun geciktirilmemesi veya adalete ulaşılmasının ertelenmemesi düşüncesi yatmaktadır¹.

Çalışmamızın ilk bölümünde, adil yargılanma hakkı kavramı açıklanmaya çalışılmış ve bu doğrultuda adil yargılanma hakkının en



In the second section, we examined the effects of the parameters used to determine a reasonable time on civil and criminal cases.

In the third and final section, we analyzed the decision of the Constitutional Court dated 10.10.2023, which dismissed the individual application made to the Constitutional Court of the Republic of Turkey regarding the violation of the right to a trial within a reasonable time, based on the application of Kesin Altıntaş, on the grounds that there was no justification for continuing the examination of the application. This decision was evaluated within the scope of the Nevriye Kuruç decision dated 05.07.2023 of the Constitutional Court.

II. THE PRINCIPLE OF REASONABLE TIME AND THE RIGHT TO A FAIR TRIAL

The State is not only responsible for the writing of abstract laws, but also for ensuring that the laws drafted by the legislator are enforceable and that the existing order is not disturbed². Additionally, we emphasized that beyond the limitations specified in the Constitution, one of the state's objectives is to eliminate all barriers to funda-

önemli unsuru olan makul sürede yargılanma hakkı irdelenmiştir.

İkinci bölümde, makul sürenin tespit edilmesinde kullanılan parametrelerin hukuk ve ceza davalarına etkileri incelenmiştir.

Üçüncü ve son bölümde ise, Kesin Altıntaş'ın Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'ne yapmış olduğu bireysel başvuruya istinaden verilen 10.10.2023 tarihli "Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali İddiasıyla Yapılan Başvurunun İncelenmesinin Sürdürülmesini Haklı Kılan Bir Neden Olmadığı Gerekçesiyle Düşmesi" kararı Anayasa Mahkemesi'nin 05.07.2023 Tarihli Nevriye Kuruç kararı kapsamında değerlendirilmiştir.

II. MAKUL SÜRE VE ADİL YARGILANMA HAKKI KAVRAMI

Devlet, salt soyut kanunların yazılmasından değil, kanun koyucunun hazırladığı kanunların uygulanabilirliğini ve hali hazırdaki düzenin bozulmamasını sağlamakla yükümlüdür². Bu duruma ek olarak, Anayasa'da belirtilen kısıtlama halleri dışında temel hak ve özgürlükleri ve ekonomik, sosyal tüm engelleri ortadan kaldırmak devletin

DİPNOT

¹ Erol Cihan, "Hakim Unsuru Bakımından Ceza Davalarının Uzamasının Sebepleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 45-47, Sayı 1-4, Yıl 1979-1981, ss. 873-898, p. 877.

² Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özekes, "Medeni Usul Hukuku" İstanbul, Yıl 2023/10 s. 38.

FOOTNOTE

¹ Erol Cihan, "Hakim Unsuru Bakımından Ceza Davalarının Uzamasının Sebepleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 45-47, Sayı 1-4, Yıl 1979-1981, ss. 873-898, p. 877.

² Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özekes, "Medeni Usul Hukuku" İstanbul, Yıl 2023/10 p. 38.

mental rights and freedoms as well as economic and social obstacles. Furthermore, we underscored that among these obligations, ensuring the prevention of violations of rights by public authorities, eliminating restrictions on fundamental rights and freedoms, or imposing deterrent penalties against such violations, ranks foremost³. In parallel with these issues, individuals have the right to a fair trial against the public or the state. This right has become the cornerstone of human rights by being guaranteed by the Constitution of the Republic of Turkey⁴.

The perhaps most fundamental aspect of the principle of the rule of law is the assurance of a fair decision through objective judicial proceedings⁵. As seen, the right to a fair trial can be considered as one of the most important components of the trial process. The minimum requirements for the right to a fair trial, as outlined in the 6th Article of the European Convention on Human Rights, are also broadly echoed in the 36th Article titled "Right to Seek Remedies" of the Constitution. Citizens should be free to decide whether or not to participate in judicial proceedings in order to seek their rights, and to take legal remedies to prevent irreparable damage in the event that their rights are violated⁶.

According to Article 36 of the Constitution, citizens have the right to participate in judicial processes and to be tried fairly as parties before the judiciary. Consequently, individuals' freedom to seek remedies for their rights is safeguarded by the Constitution. Additionally, Articles 14, 37, 38, 40, 125, 138, and 142 of the Constitution also serve as elements of Article 36 titled "Right to Seek Remedies." Article 6(1) of the European Convention on Human Rights states, "In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law". This provision explicitly underscores the necessity for trials to be conducted within a reasonable time.

In general, the right to a fair trial encompasses individuals' right to resort to judicial authorities when they claim that their existing rights have been violated, seeking the cessation of such violations and redress for unlawful acts⁷. The freedom to seek reme-

amaçlarından biridir. Söz konusu yükümlülüklerin en başında; kamu gücü tarafından söz konusu hakkın ihlalinin önüne geçilmesi, temel hak ve özgürlük kısıtlamalarını ortadan kaldırma veya bu ihlallere karşı koymak için caydırıcı müeyyidelere bağlamak gelmektedir³. Bahsedilen konulara paralel olmak üzere bireylerin kamuya veya devlete karşı adil yargılanma hakkı bulunmaktadır. Bu hak Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sı ile güvence altına alınmak suretiyle insan haklarının mihenk taşı haline gelmiştir⁴.

Hukuk devleti ilkesinin belki de en temel unsuru, yapılacak objektif yargılama sonucunda adil bir kararın ortaya çıkmasının güvenceye alınmasıdır⁵. Görüldüğü üzere, yargılama sürecinin en önemli parçalarından biri olarak adli yargılanma hakkı müessesesi değerlendirilebilir. Adil yargılanma hakkının asgari müşterekte olması gerektiği hususları, ana hatlarıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde belirlenmiştir. Söz konusu husus Anayasa'nın 36. maddesinde ise "Hak Arama Hürriyeti" başlığı ile kendisini göstermektedir. Vatandaşların hak aramak saikiyle yargılama faaliyetlerinin içine dahil olup olmaması konusunda özgür olmasını ve kişilerin ihlal edilen haklarının elde edilmemesinde telafisi mümkün olmayan zararların ortaya çıkmasının engellenmesi adına hukuki yollara başvurulabilmesi ifade edilmiştir⁶.

Anayasa'nın 36. maddesine göre vatan- daş, yargı süreçlerine dahil olup yargılama faaliyetleri önünde taraf sıfatıyla katılma ve adil bir şekilde yargılanma hakkına sahiptir. Dolayısıyla, Anayasa tarafından kişilerin haklarını arama özgürlükleri teminat altına alınmıştır. Ayrıca Anayasa'daki 14, 37, 38, 40, 125, 138, 142 maddeleri de "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36. maddenin bir unsuru niteliğindedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1 maddesinde "Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili rızalar, gerek gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir." hükmüne sahiptir. Söz konusu kanun kapsamından da görüleceği üzere yargılamanın makul sürede yapılması gerektiği açıkça ortaya koyulmaktadır.

Genel itibarıyla adil yargılanma hakkı müessesesi, kişilerin mevcut haklarının ihlal

dies not only encompasses the right of individuals who believe their rights have been violated to appeal to judicial authorities but also includes the right to appeal to administrative authorities considering the nature of the violated rights. As a continuation of this situation, it can be said that the right to a fair trial and the right to a fair trial are intertwined. In conclusion, it can be said that the right to a trial within a reasonable time is intricately linked with the right to a fair trial⁸.

III. DETERMINATION AND CRITERIA OF REASONABLE TIME

A. The Beginning And End Of The Period For Determining The Reasonable Period Of Time

1. General Explanation

The completion of a trial within a reasonable time does not imply the termination of proceedings in a short period but rather refers to concluding each individual case within a sufficient timeframe⁹. To determine whether the trial has been conducted within a reasonable time for each individual case, it is necessary to establish when the timeframe begins. The starting point varies between civil and criminal cases. The Constitutional Court considers the date of filing the lawsuit as the start date for civil cases, while for criminal cases, it is either the date when the person is notified of the accusation by the competent authorities or the date when the person first becomes aware of the accusation, such as during detention¹⁰.

Following the determination of the start date, it is essential to note the end date. In civil cases, the end date is when the trial concludes, including the enforcement process, while in criminal cases, it is when the trial concludes based on the accusation against the individual. There is no distinction between civil and criminal cases regarding the date to be considered when assessing an alleged violation of the right to a trial within

edildiğini ileri süren kişilerin, söz konusu ihlallerin durdurulması ve hukuka aykırı fiili durumların ihlal edildiği iddiasıyla, yargı mercilerine başvurma hakkını kapsamaktadır⁷. Hak arama özgürlüğü, haklarının ihlal edildiğini düşünen kişi veya kişilerin, yargı mercilerine başvurulabilmesinin yanında ihlal edildiğini düşündüğü hakların niteliği de göz önünde bulundurularak idari makam ve mevkilere başvurma hakkını içermektedir. Bu durumun devamı olarak söylenebilir ki, makul süre müessesesi ile adil yargılanma hakkının iç içe olduğu söylenebilir. Özetlemek gerekirse; makul sürede yargılanma hakkı, adil yargılanma hakkının alt başlığıdır⁸.

III. MAKUL SÜRENİN TESPİTİ VE ÖLÇÜTLERİ

A. Makul Sürenin Tespit Edilmesindeki Sürelerin Başlangıcı Ve Bitişi

1. Genel Olarak

Yargılamanın makul sürede tamamlanması hususu ile, yargılamanın kısa süre içinde sona erdirilmesi değil, münferit her bir dava için yeterli zaman içinde sonlandırılması ifade edilmektedir⁹. Münferit her dava için yargılamanın makul süre içinde yapılabildiğinin tespitinin yapılabilmesi için, sürenin ne zaman başladığının tespit edilmesi gerekmektedir. Sürenin başlangıcı hukuk dosyalarından ayrı, ceza dosyalarında farklıdır. Anayasa Mahkemesi, hukuk davalarında yargılamanın başlangıç tarihini dava açılış tarihi olarak, ceza dosyalarında ise, şahsa suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından tebliğ edilmesiyle ya da gözaltı gibi başvuru suçun isnadından ilk olarak haberdar olduğu tarihi başlangıç tarihi olarak almaktadır¹⁰.

Başlangıç tarihinin tespitinin ardından bitişinin önem arz ettiğini belirtmek isteriz. Hukuk davalarında sürenin bittiği tarih olarak, icrai süreç de dahil olmak üzere yargılamanın sona erdiği ve kesinleştiği tarih; ceza davalarında ise, şahsa isnat edilen suçta istinaden yargılamanın sona erdiği tarih dikkate alınmalıdır. Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine yönelik bir başvuruda dikka-

FOOTNOTE

3 Öykü Didem Aydın, "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2011, S. 4, p. 122.

4 Pekcanitez/ Atalay / Özekes, "Medeni Usul Hukuku" İstanbul, Yıl 2023/10 p. 38, 39.

5 Sibel İncooğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 3. Baskı, İstanbul 2013, p. 209.

6 İsmail Köküarı, "Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2011, S. 4, p. 165.

7 Tuğba Bayraktar/ Nuran Koyuncu, "Adil Yargılanma Hakkı" <http://www.registericpess.org/index.php/ICPESS/article/view/1271/41>, E.T. 07.12.17., p. 164.

8 Ozan Ergül, "Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında İçtihat İstikrarlılığı", 1. Baskı, Ankara 2016, p. 93.

9 Aksoy, "Türkiye Barolar Birliği 143. Sayısı" p. 50.

10 Hasan Hendek, "Makul Sürede Yargılanma Hakkı" 1. Baskı, Mayıs 2016 p. 217.

DİPNOT

3 Öykü Didem Aydın, "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2011, S. 4, s. 122.

4 Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, "Medeni Usul Hukuku" İstanbul, Yıl 2023/10 s. 38, 39.

5 Sibel İncooğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 209.

6 İsmail Köküarı, "Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2011, S. 4, s.165.

7 Tuğba Bayraktar/ Nuran Koyuncu, "Adil Yargılanma Hakkı" <http://www.registericpess.org/index.php/ICPESS/article/view/1271/41>, E.T. 07.12.17., s. 164.

8 Ozan Ergül, "Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında İçtihat İstikrarlılığı", 1. Baskı, Ankara 2016, s. 93.

9 Aksoy, "Türkiye Barolar Birliği 143. Sayısı" s.50.

10 Hasan Hendek, "Makul Sürede Yargılanma Hakkı" 1. Baskı, Mayıs 2016 s. 217.

a reasonable time. The Constitutional Court considers the date when the applicant's objection is adjudicated¹¹.

2. In Civil Litigation

In civil cases, the general rule is that the timeframe begins when the individual resorts to the judicial process, i.e., when the lawsuit is filed. In other words, in civil cases, the start of the reasonable time period is considered to be the date when the competent judicial authority takes the initial steps regarding the dispute. What should be understood from the first action taken by the competent judicial authority is that the case file has been opened in the court registry. However, in specific cases where recourse to administrative justice is mandatory before resorting to civil courts or where the case is heard in administrative courts before filing a lawsuit, the date of application to the administrative authority is taken into account¹².

In the evaluation of the reasonable time in civil cases, both the attitudes and behaviors of the courts and the parties play a significant role¹³. Prolonging trials due to the misuse of procedural rights and actions provided in civil procedure law is contrary to the principle of fair trial¹⁴. As for the conclusion of the trial, it ends with the decision of the final judicial authority. In simple terms, the date when the judgment becomes final is considered the end of the trial¹⁵.

3. In Criminal Cases

Criminal proceedings progress differently compared to civil proceedings. Besides expediting the trial process, it is essential to clarify all the details of the factual truth thoroughly¹⁶.

In criminal cases, the start of the timeframe does not begin with the filing of the lawsuit or the date of application to administrative authorities before filing the lawsuit, as in civil cases. Ultimately, the time in criminal proceedings starts with the official activity indicating the initiation of the investigation by the law enforcement or prosecution¹⁷. Therefore, in evaluating the start of the reasonable time in criminal proceedings, the date when the suspect is taken into custody and their documents are processed or the date when

te alınacak tarih hususunda hukuk ve ceza dosyaları arasında bir ayırım yapılmamaktadır. Anayasa Mahkemesi başvuru tarafından yapılan itirazın karara bağlandığı tarihi dikkate almaktadır¹¹.

2. Hukuk Davaları Bakımından

Hukuk davalarında kural olarak süre, kişinin yargı yoluna başvurduğu yani davanın ikame edildiği tarihte başlamış olarak kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle, hukuk davalarında makul sürenin başlangıcı, söz konusu uyuşmazlığa ilişkin karar vermeye yetkili yargı mercii tarafından ilk işlemlerin yapılmasıdır. Yetkili yargılama mercii tarafından yapılan ilk işlemde anlaşılması gereken husus, mahkeme kaleminde dosyanın açılmış olması olarak anlaşılmalıdır. Ancak, hukuk mahkemelerine başvurmadan önce idari yargıda görülen ya da dava açılmadan önce idari yargıya başvurunun zorunlu olduğu somut olaylarda ise idari makam başvuru tarihi esas alınmaktadır¹².

Hukuk davalarındaki makul süre değerlendirmesinde gerek mahkemelerin gerekse de taraflar tutum ve davranışlarının büyük önemi bulunmaktadır¹³. Medeni usul hukukunda yer alan yetki ve tasarrufların kötüye kullanılması suretiyle yargılamaların uzamasına sebebiyet vermek dürüstlük kuralına aykırı bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁴. Yargılama ise, son yargı organının verdiği karar ile sona ermektedir. Basit bir ifadeyle söylemek gerekirse; hükmün kesinleştiği tarih yargılamanın sona erdiği tarih olarak kabul edilmiştir¹⁵.

3. Ceza Davaları Bakımından

Ceza yargılamaları hukuk yargılamalarına nazaran farklı şekilde ilerlemektedir. Yargılamanın hızlı bir şekilde sonuçlandırılması kadar maddi gerçeğin tüm detaylarıyla açıklığa kavuşturulması gerekmektedir¹⁶.

Ceza davalarındaki sürenin başlangıcı, hukuk davalarında olduğu gibi davanın açılması veyahut davanın açılmasından önce idari makamlara yapılan başvuru tarihinden başlamamaktadır. Nihayetinde ceza yargılamasındaki süre, kolluk veya savcılık soruşturmasına başlandığına ilişkin yapılan resmi faaliyetle işlemeye başlamaktadır¹⁷. Dolayısıyla, makul sürenin başlangıcı hususunun ceza yargılamalarındaki değerlendirmesinde; şüphelinin gözaltına alınarak evraklarının düzenlendiği tarih, savcılık marifetiyle yürütülmesi talep

the investigation requested by the prosecution begins should be considered¹⁸. As for the conclusion of criminal proceedings, it is calculated based on the date when the judgment becomes final¹⁹.

B. Criteria For The Determination Of Reasonable Time Within The Scope Of Fair Trial

1. General Explanation

Determining a clear timeframe that encompasses all possibilities for establishing a reasonable time is often not feasible. The criteria used to determine the reasonable time include the nature of the specific case, the attitude and intentions of the applicant, and the conduct of the judicial authorities. Because these criteria are abstract, there is no universally agreed-upon reasonable time for all cases²⁰. Therefore, the determination of a reasonable time must be made on a case-by-case basis. In our study, we examine whether the case has been concluded within a reasonable time considering the following criteria: The duration from the beginning to the end of the trial²¹. Whether the applicant who resorts to the judicial process due to the belief that their rights have been violated has any fault that could cause delays in the trial. The nature of the case. Judicial authorities investigate whether the trial has been concluded within a reasonable time by considering these criteria.

2. Whether it can be completed within a reasonable time due to the nature of the case

Disputes seen in judicial authorities are often multifaceted and complex, making it necessary to gather all evidence that will shed light on the specific case for a fair resolution of disputes. Factors such as the complexity of the dispute in the specific case, the inability to collect evidence due to reasons such as the parties or other factors, the large number of parties involved in the case, expert reports, and conducting a discovery process can prolong trials.

As explained above, the complexity of the dispute in the specific case removes the state's responsibility for concluding trials within a reasonable time. When evaluating whether

edilen soruşturmanın savcılığa intikal ettiği tarih olarak kabul edilmelidir¹⁸. Ceza yargılamanın sona erdiği tarih; kararın kesinleştiği tarih üzerinden hesaplanmaktadır¹⁹.

B. Makul Sürenin Adil Yargılanma Kapsamında Tespiti İçin Gerekli Ölçütler

1. Genel Olarak

Makul sürenin tespit edilmesi hususunda somut her olay için ve tüm ihtimallerin yer aldığı net bir sürenin belirlenmesi çok mümkün değildir. Makul sürenin belirlenmesinde kullanılan ölçütler; somut olayın niteliği, başvuru tutumu ve niyeti, yargı mercilerinin tutumu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bahsettiğimiz ölçütlerin soyut olması sebebiyle tüm davalar için mutabık kalınmış ortak bir makul süreden bahsedilmesi söz konusu değildir²⁰. Bu sebeple, makul sürenin her somut olay bazında değerlendirilmesi gerekmektedir. Çalışmamızda, aşağıda belirtilen kriterler göz önünde bulundurularak davanın makul süre içinde bitirilip bitirilmediği hususu incelenmektedir²¹. Yetkili merciler tarafından, davanın makul sürede bitirilip bitirilmediği konusunu araştırılırken; yargılamanın başlangıcından sonuna kadar geçen süre, hakkının ihlal edildiği düşüncesiyle yargı yoluna başvuran kişinin yargılamanın gecikmesine sebebiyet verecek bir konusunun bulunup bulunmadığı ve dava konusunun niteliği incelenmektedir.

2. Dava Konusunun Niteliği Geceği Makul Sürede Tamamlanıp Tamamlanamaması Hususu

Yargı mercilerinde görülen uyuşmazlıkların çok taraflı ve karmaşık olması, uyuşmazlıkların adil bir şekilde sonuçlanması için somut olayı aydınlığa kavuşturacak tüm delillerin toplanması, delillerin toplanması aşamasında taraflarca ya da diğer sebepler neticesinde delillerin toplanamaması, davadaki taraf sayısının fazla olması, bilirkişi raporları, keşfin yapılması gibi birtakım faktörler sebebiyle yargılamalar uzayabilmektedir.

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi somut olaydaki uyuşmazlığın karmaşık nitelikte olması, devletin makul sürede yargılamaların sonuçlandırılmasına ilişkin sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Avrupa İnsan Hakları

DİPNOT

11 Aydın, s. 294, **Aksoy**, "Türkiye Barolar Birliği 143. Sayısı" p. 50, **Sanıvar**, s. 42.

12 Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, "Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler" s. 232, **Kaşıkkara**, **Serhat**: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma", p. 251.

13 Özer, s. 100.

14 Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, "Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler" s. 235, 236.

15 Erşen, s. 69-70, **Kaşıkkara**, s. 177, **İnceoğlu**, s. 377-378.

16 Aksoy, "Türkiye Barolar Birliği 143. Sayısı", s. 51.

17 Kaşıkkara, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma s. 252, **Özdemir**, "Adil Yargılanma Hakkı Ve Makul Süre" s. 6.

18 Sanıvar, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı Ve Sanığa Tanınan Temel Haklar, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Doğu Akdeniz Üniversitesi Öğretim ve Araştırma Enstitüsü, Gazimağusa 2012, s. 42.

19 Sanıvar, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı Ve Sanığa Tanınan Temel Haklar, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Doğu Akdeniz Üniversitesi Öğretim ve Araştırma Enstitüsü, Gazimağusa 2012, s. 42, **Kaşıkkara**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma, s. 177-178, **Özer**, s. 107, **Aydın**, s. 294.

20 Özdemir, "Adil Yargılanma Hakkı Ve Makul Süre", <http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/01.sayi/7kenan.pdf>, E.T. 11.01.18., s. 7, **Özer**, s. 103, **İnceoğlu**, s. 280, **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**, Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler, s. 232.

21 Hendek, Makul Sürede Yargılanma Hakkı" 1. Baskı, Mayıs 2016 s. 80.

FOOTNOTE

11 Aydın, p. 294, **Aksoy**, "Türkiye Barolar Birliği 143. Sayısı" p. 50, **Sanıvar**, p. 42.

12 Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, "Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler" s. 232, **Kaşıkkara**, **Serhat**: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma", p. 251.

13 Özer, p. 100.

14 Pekcanitez / Atalay / Özkes, "Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler" p. 235, 236.

15 Erşen, p. 69-70, **Kaşıkkara**, p. 177, **İnceoğlu**, p. 377-378

16 Aksoy, "Türkiye Barolar Birliği 143. Sayısı", p. 51.

17 Kaşıkkara,: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma s. 252, **Kenan Özdemir** "Adil Yargılanma Hakkı Ve Makul Süre" p. 6.

18 Ramadan Sanıvar, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı Ve Sanığa Tanınan Temel Haklar, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Doğu Akdeniz Üniversitesi Öğretim ve Araştırma Enstitüsü, Gazimağusa 2012, p. 42.

19 Sanıvar, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı Ve Sanığa Tanınan Temel Haklar, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Doğu Akdeniz Üniversitesi Öğretim ve Araştırma Enstitüsü, Gazimağusa 2012, p. 42, **Kaşıkkara**,: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma, p. 177-178, **Özer**, p. 107, **Aydın**, p. 294.

20 Özdemir, "Adil Yargılanma Hakkı Ve Makul Süre", <http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/01.sayi/7kenan.pdf>, E.T. 11.01.18., p. 7, **Özer**, p. 103, **İnceoğlu**, s. 280, **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**, Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler, p. 232.

21 Hendek, Makul Sürede Yargılanma Hakkı" 1. Baskı, Mayıs 2016 p. 80.

EVALUATION OF THE DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT NOT TO EXAMINE THE APPLICATIONS REGARDING THE VIOLATION OF THE RIGHT TO BE TRIED WITHIN A REASONABLE TIME DUE TO LACK OF A JUSTIFIABLE REASON

the reasonable time has been exceeded in specific cases, the European Court of Human Rights takes into account the complexity of the case and all the difficulties encountered during the trial process²².

3. Whether the Applicant Caused the Judicial Prolongation of the Proceedings

In cases where the right to a trial within a reasonable time is believed to have been violated, whether the applicant, as either the defendant or the plaintiff, has contributed to prolonging the trial is examined, both in civil and criminal proceedings²³. The authority determining whether the trial has been conducted within a reasonable time specifically evaluates whether the parties involved in the trial have caused the delay²⁴. However, it is important to emphasize that neither the parties involved in the specific case nor third parties with an interest in the case can be held responsible for the prolongation of the trial solely because they have exercised their legal remedies. Therefore, the use of legal avenues by the parties or third parties with an interest in the specific case does not imply a violation of the principle of a reasonable time²⁵.

In summary, the responsibility for the prolongation of the trial cannot be attributed to the parties or individuals with an interest in the case solely based on their exercise of legal rights²⁶.

Mahkemesi, somut olaylarda makul sürenin aşıldığı aşılmadığı hususunu değerlendirirken, davanın karmaşıklığını ve yargılamanın devam ettiği sırada yaşanan tüm aksilikleri göz önünde bulundurarak karar vermektedir²².

3. Başvurucunun Yargılamanın Uzamasına Sebepiyet Verip Vermediği Hususu

Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini düşünen başvurucunun gerek görülen hukuk davalarında gerekse de ceza yargılama sürecinde sanık veya müşteki olarak yargılamanın uzamasına sebepiyet verip vermemesi konuları incelenmektedir²³. Makul sürede yargılanma yapıp yapılmadığını tespit eden mercii, görülen yargılamanın uzamasına sebepiyet vermiş olup olmamasını özel olarak değerlendirmektedir²⁴. Ancak önemle belirtmek gerekir ki; gerek hukuk davalarında gerekse de ceza davalarında somut olayın tarafları veya somut olaydan menfaati bulunan üçüncü kişilerin kendilerine tanınmış olunan kanun yollarını kullanmaları ve kişilerin bu kanun yollarını kullanmış olmaları sebebiyle davanın uzamış olması sebebiyle tarafların sorumluluğuna gidilmesi mümkün olmayacaktır²⁵.

Dolayısıyla, tarafların veya somut davaya ilişkin menfaati bulunan kişilerin söz konusu haklarını kullanması makul süre ilkesine aykırı davranıldığı anlamına gelmemektedir²⁶.



ANAYASA MAHKEMESİ'NİN MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKININ İHLALİNE İLİŞKİN YAPILAN BAŞVURULARIN İNCELENMESİNİN HAKLI BİR NEDENİNİN OLMAMASI SEBEBİYLE İNCELENMEMESİNE DAİR KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

4. Whether the Authorities Authorized to Conduct the Trial Have Conducted the Trial within a Reasonable Time

Delays or faults attributable to the judicial organs conducting the trial activity are held responsible²⁷. A frequently encountered issue in practice is that the termination of the trial due to errors of the competent authorities responsible for conducting the trial constitutes a violation of the right to a fair trial²⁸. For example, failure to include a petition sent electronically by the parties in the case file, or the failure to write a requested memorandum despite a decision made in the previous session. Another crucial point to emphasize is the interpretation of the term "Competent Authority". This term should not be understood to include the direct errors made by judges who have the responsibility to exercise judicial authority²⁹.

IV. REVIEW OF THE DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT DECISION ISSUED ON 10.10.2023

A. Review of the Constitutional Court's Nevriye Kuruç Decision dated 05.07.2023

In the Nevriye Kuruç decision, the Constitutional Court determined that there is a structural problem regarding the right to a trial within a reasonable time and concluded that an effective remedy should be established before individual applications in accordance with Article 40 of the Constitution to compensate for the damages arising from the violation of the right to a trial within a reasonable time, despite any measures taken to address this structural problem. The Nevriye Kuruç decision found that the applicant's right to a trial within a reasonable time and the associated effective remedy were violated and decided to apply the pilot judgment procedure to address the structural problem. As part of this decision, it was ruled that the decision should be sent to the Turkish Grand National Assembly (TBMM) for legislative action to address the structural problem and that the examination of applications alleging viola-

4. Yargılamayı Yapmakla Yetkili Makamların Makul Sürede Yargılama Yapmış Olup Olmaması Hususu

Yargılama faaliyeti yürüten yargı organları, yüklenebilecek gecikmeler veya kusurlardan sorumlu tutulmaktadır²⁷. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir husus olarak yargılama yapmaya yetkili mercilerin hatası sebebiyle yargılamanın sona ermiş olması adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmektedir²⁸. Örnek vermek gerekirse; taraflar tarafından elektronik ortam üzerinden gönderilmiş olan dilekçenin dosyanın içine alınmamış olması, önceki duruşmada kuruma müzekkere yazılması kararı mevcutken söz konusu müzekkere yazılmamış olması vs. Önemle belirtilmesi gereken bir diğer husus ise; "Yetkili Makam" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğidir. Bu ifadeden yargılama yetkisi yapma sorumluluğu bulunan hakimlerin doğrudan yapmış oldukları hatalar anlaşılmalıdır²⁹.

IV. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 10.10.2023 TARİHLİ KARARININ İNCELENMESİ

A. Anayasa Mahkemesi'nin 05.07.2023 Tarihli Nevriye Kuruç Kararının Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi Nevriye Kuruç kararında, makul sürede yargılanma hakkına ilişkin olarak yapısal bir sorun bulunduğunu, bu yapısal sorunun giderilmesi için alınan her türlü tedbire rağmen makul sürede yargılanma hakkının ihlali nedeniyle ortaya çıkacak zararların tazmin edilmesi için Anayasa'nın 40. maddesi gereğince bireysel başvurudan önce etkili bir başvuru yolunun kurulması gerektiğini tespit etmiştir. Nevriye Kuruç kararında başvurucunun makul sürede yargılanma hakkının ve bu hakla bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine, yapısal sorunun giderilmesi için pilot karar usulünün uygulanmasına karar vermiştir. Kararda yapısal sorunun giderilmesi amacıyla kanuni bir düzenleme yapılması için kararın Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne (TBMM) gönderilmesine ve makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvuruların incelenmesinin dört ay süreyle ertelenmesine hükmedilmiştir³⁰.

DİPNOT

²² Kaşıkara, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma, s. 247, Özdemir, "Adil Yargılanma Hakkı Ve Makul Süre" s. 8.

²³ Sanıvar, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı Ve Sanığa Tanınan Temel Haklar, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Doğu Akdeniz Üniversitesi Öğretim ve Araştırma Enstitüsü, Gazimagusa 2012, p. 46.

²⁴ Özdemir, "Adil Yargılanma Hakkı Ve Makul Süre", s. 9.

²⁵ Aksoy, "Türkiye Barolar Birliği 143. Sayısı" s. 51, Hendek, "Makul Sürede Yargılama Zorunluluğu" Ankara, 2016, s. 85, 86.

²⁶ Kaşıkara, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma, s. 249, Aksoy, "Türkiye Barolar Birliği 143. Sayısı", s. 52, Özdemir, s. 9.

²⁷ Özer, s. 104, Hendek, Makul Sürede Yargılanma Hakkı" 1. Baskı, Mayıs 2016, s. 88.

²⁸ Özdemir, "Adil Yargılanma Hakkı Ve Makul Süre", s. 9, Aksoy, "Türkiye Barolar Birliği 143. Sayısı", s. 52.

²⁹ Kaşıkara, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma, s. 250.

³⁰ Özer, s. 104, Hendek, "Makul Sürede Yargılama Zorunluluğu" Ankara, 2016 s. 88.

FOOTNOTE

²² Kaşıkara, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma, p. 247, Özdemir, "Adil Yargılanma Hakkı Ve Makul Süre" p. 8.

²³ Sanıvar, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı Ve Sanığa Tanınan Temel Haklar, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Doğu Akdeniz Üniversitesi Öğretim ve Araştırma Enstitüsü, Gazimagusa 2012, p. 46.

²⁴ Özdemir, "Adil Yargılanma Hakkı Ve Makul Süre", p. 9.

²⁵ Aksoy, "Türkiye Barolar Birliği 143. Sayısı" p. 51, Hendek, "Makul Sürede Yargılama Zorunluluğu" Ankara, 2016, p. 85, 86.

²⁶ Kaşıkara, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma, p. 249, Aksoy, "Türkiye Barolar Birliği 143. Sayısı", p. 52, Özdemir, p. 9.

²⁷ Özer, p. 104, Hendek, Makul Sürede Yargılanma Hakkı" 1. Baskı, Mayıs 2016 p. 88.

²⁸ Özdemir, "Adil Yargılanma Hakkı Ve Makul Süre", p. 9, Aksoy, "Türkiye Barolar Birliği 143. Sayısı", p. 52.

²⁹ Kaşıkara, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma, p. 250.

PART 20

tions of the right to a trial within a reasonable time should be postponed for a period of four months³⁰.

One of the reasons presented in the decision by the Constitutional Court is that the payment of compensation is not an effective domestic remedy. When it is determined within the scope of individual application that a fundamental right has been violated, the basic rule for being able to speak of the elimination of the violation and its consequences is to restore the situation as much as possible, that is, to return to the state before the violation. For this purpose, it is necessary first to determine the source of the violation, stop the ongoing violation, eliminate the decision or action causing the violation and its consequences, remedy any material and moral damages caused by the violation, and take any other appropriate measures deemed necessary in this context.

B. Review of the Constitutional Court's Keser Altıntaş Decision dated 10.10.2023

The right to a trial within a reasonable time is an important aspect of the right to a fair trial. This right has been the subject of numerous applications to the Constitutional Court. In the application of Keser Altıntaş to the Constitutional Court, it was argued that the right to a trial within a reasonable time was violated by asserting that the lawsuit for cancellation and registration of title filed in the Court of First Instance continued. However, the Constitutional Court rejected the application stating, "In this case, considering the principles and principles in the Nevriye Kuruç pilot decision, according to Article 80 (1) (ç) of the Internal Regulation, ... there is no justified reason to continue the examination of the application alleging violation of the right to a trial within a reasonable time, so the application must be dismissed."

Furthermore, the decision stated, "In this regard, since the possibility of applying to the Compensation Commission for pending applications alleging a violation of the right to a trial within a reasonable time has been introduced by temporary article 2 of Law No. 6384 until 09.03.2023, a dismissal decision should be made for applications made after 10/3/2023."

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararda sunulan gerekçelerden birincisi tazminat ödemesinin etkili bir iç hukuk yolu olmadığıdır.

Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural, mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir.

B. Anayasa Mahkemesi'nin 10.10.2023 Tarihli Keser Altıntaş Kararının Değerlendirilmesi

Makul sürede yargılanma hakkı adil yargılanma hakkının önemli bir unsurudur. Makul sürede yargılanma hakkı Anayasa Mahkemesi'ne gerçekleştirilen birçok başvuruya konu olmuştur. Keser Altıntaş'ın Anayasa Mahkemesi'ne başvurusuna konu husus, Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açtığı tapu iptali ve tescilli davasının devam ettiğini belirterek makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesi tarafından "Bu durumda Nevriye Kuruç pilot kararındaki ilke ve esaslar dikkate alındığında İç Tüzük'ün 80. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendine göre ... makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmediği için başvurunun düşmesine karar verilmesi gerekir." gerekçesiyle başvuru reddedilmiştir.

Kararın devamında ise "Bu doğrultuda 6384 sayılı Kanun'un geçici madde 2 ile 09.03.2023 tarihine kadar Anayasa Mahkemesi önünde makul sürede yargılama yapılmadığı iddiasına ilişkin derdest başvurular için Tazminat Komisyonuna başvuru imkânı getirildiğinden 10/3/2023 tarihinden itibaren yapılan başvurulara düşme kararı verilmesi gerekir." ifadesi ile verdiği karar sonucunda 6384 Sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Sure-

As a result, the Constitutional Court transferred the authority and responsibility to examine individual applications alleging a violation of the right to a trial within a reasonable time to the Ministry of Justice Compensation Commission Presidency in accordance with Law No. 6384 on the Settlement of Some Applications Made to the European Court of Human Rights by Payment of Compensation.

Upon examining the reasons for the dismissal decision in Keser Altıntaş's application by the Constitutional Court, it can be observed that the failure to establish an administrative or judicial remedy before applying to the Constitutional Court, as well as the continued examination of allegations of violation of the right to a trial within a reasonable time by the Constitutional Court without the creation of such a remedy, would undermine the significance and importance of the pilot decision outlined in the Nevriye Kuruç case.

The application was dismissed by the Constitutional Court due to the lack of utility in examining the relevant application.

V. CONCLUSION

In the first part of our study, we attempted to explain the concept of the right to a fair trial, focusing on the right to a trial within a reasonable time as the most crucial element of this right.

The second part delved into the parameters used to determine a reasonable time and their implications on civil and criminal cases.

In the third and final part, we analyzed the decision of the Constitutional Court dated 10.10.2023, titled "Dismissal of the Application due to Lack of Justification for Continuing the Examination of the Application Alleging Violation of the Right to a Trial Within a Reasonable Time," made regarding the individual application submitted by Keser Altıntaş, within the scope of the Nevriye Kuruç decision dated 05.07.2023.

Parties to a legal dispute have the right to demand a trial within a reasonable time under the framework of the right to a fair trial, concerning certain criminal, legal, administrative, or tax disputes they are involved in. However, in our country, legal proceedings often take longer due to the high number of

tiyle Çözümüne Dair Kanun ile makul sürede yargılanma hakkının ihlaline ilişkin bireysel başvuruları inceleme görev ve yetkisi Adalet Bakanlığı Tazminat Komisyonu Başkanlığı'na (Tazminat Komisyonu) devretmiştir.

Anayasa Mahkemesi tarafından Keser Altıntaş başvurusuna düşme kararı verilmesinde yer alan gerekçelere bakıldığında genel ilkeler ve ilkelerin başvuruya uygulanması kapsamında Nevriye Kuruç kararında belirtilen ilkeler doğrultusunda Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılmadan idari veya yargısal bir başvuru yolunun oluşturulmaması, makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddialarının Anayasa Mahkemesi'nce ilk elden incelenmesine devam edilmesi verilen pilot kararın anlam ve önemini ortadan kaldıracaktır.

Anayasa Mahkemesi tarafından, ilgili başvurunun incelenmesinde yarar kalmaması nedeniyle düşme kararı verilmiştir.

V. SONUÇ

Çalışmamızın ilk bölümünde, adil yargılanma hakkı kavramı açıklanmaya çalışılmış ve bu doğrultuda adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olan makul sürede yargılanma hakkı irdelenmiştir.

İkinci bölümde, makul sürenin tespit edilmesinde kullanılan parametrelerin hukuk ve ceza davalarına etkileri incelenmiştir.

Üçüncü ve son bölümde ise, Keser Altıntaş'ın Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'ne yapmış olduğu bireysel başvuruya istinaden verilen 10.10.2023 tarihli "Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali İddiasıyla Yapılan Başvurunun İncelenmesinin Sürdürülmesini Haklı Kılan Bir Neden Olmadığı Gerekçesiyle Düşmesi" kararı Anayasa Mahkemesi'nin 05.07.2023 Tarihli Nevriye Kuruç kararı kapsamında değerlendirilmiştir.

Dava tarafları, adil yargılanma hakkı çerçevesinde, kendilerinin tarafı olduğu bazı cezai, hukuki, idari veya vergi uyuşmazlıklarında makul sürede yargılanma talebinde bulunma hakkına sahiptir. Ancak ülkemizde yargılama süreçleri, dosya sayısının fazlalığı sebebiyle uzun sürmektedir. Bu durumda kişilerin yani

FOOTNOTE

30 Özer, p. 104, Hendek, "Makul Sürede Yargılama Zorunluluğu" Ankara, 2016 p. 88.

PART 20

cases. Consequently, the violation of individuals' right to access justice within a reasonable time may occur.

For long-standing legal disputes that are still under consideration, those involved have the opportunity to assert individual claims in the Constitutional Court. According to the jurisprudence of the Constitutional Court, it is stated that in individual claims regarding the violation of the right to a trial, since there is no recourse for the violation of the right to a trial, an individual application can be made within a reasonable time without exhausting ordinary legal remedies. Both the Constitutional Court and the ECtHR state in their decisions against Turkey that there are long trial processes in our country, this situation is constantly increasing, and there are no effective domestic remedies to prevent long trial processes. In fact, pilot decision-making on this issue has already been carried out many times.

However, it should be noted that this solution method is of a palliative nature; therefore, the legislative body should provide permanent, effective, feasible, and long-term methods to prevent or at least minimize prolonged lawsuits, determine the existence of violations in case of violation, and compensate for the damages instead of merely adding temporary provisions to Law No. 6384 for individual complaints pending before the Constitutional Court at certain dates.

davacıların makul sürede adalete kavuşma hakkının ihlali söz konusu olabilmektedir.

Uzun süredir devam eden ve halen müzakeresi devam eden hukuki uyuşmazlıklarda, sürece dahil olanların Anayasa Mahkemesi'nde bireysel iddia ileri sürme imkânı bulunuyor. Anayasa Mahkemesi içtihatlarına göre, Anayasa Mahkemesi, yargılama hakkının ihlaline ilişkin bireysel iddialarda, yargılama hakkının ihlaline yönelik bir başvuru yolu bulunmadığından, olağan kanun yolu tüketilmeksizin makul süre içinde bireysel başvuru yapılabileceğini belirtmektedir. Hem Anayasa Mahkemesi hem de AİHM, Türkiye aleyhine verdikleri bireysel temyiz kararlarında, ülkemizde uzun yargılama süreçlerinin olduğunu, bu durumun sürekli arttığını ve uzun yargılama süreçlerini engelleyecek etkili iç hukuk yollarının bulunmadığını beyan etmektedir. Aslında bu konuyla ilgili pilot karar alma süreci halihazırda birçok kez yürütülmüştür.

Öte yandan yasama organı, kalıcı ve etkili bir çözüm yöntemi yerine 6384 sayılı Kanuna yalnızca geçici maddeler ekleyerek, belirli tarihlerde Anayasa Mahkemesi'ne intikal eden ve karar bekleyen bireysel şikâyetler için çözüm yöntemi öngörmüştür. Ancak şunu belirtmeliyiz ki bu çözüm yöntemi palyatif niteliktedir; bu nedenle yasama organının uzayan davaları önlemek veya en azından en aza indirmek, ihlal durumunda ihlalin varlığını tespit etmek ve tazminatı tazmin etmek için kalıcı, etkili, uygulanabilir ve uzun vadeli yöntemler sağlaması gerekmektedir.



BIBLIOGRAPHY

EROL CİHAN, "Hakim Unsuru Bakımından Ceza Davalarının Uzmanınin Sebepleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul, Cilt 45-47, Sayı 1-4, Yıl 1979-1981, p. 873-898, p. 877.

PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, "Medeni Usul Hukuku" İstanbul, Yıl 2023/10 p. 38.

ÖYKÜ DİDEM AYDIN, "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, Y.2011, S. 4, p. 122.

PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, "Medeni Usul Hukuku" İstanbul, Yıl 2023/10, p. 39.

SİBEL İNCEOĞLU, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa" 3. Baskı, İstanbul 2013, p. 209.

İSMAİL KÖKÜSARI, "Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2011, S.4, p.165 Cilt 15 Sayı 1.

TUĞBA BAYRAKTAR/ NURAN KOYUNCA, "Adil Yargılanma Hakkı" <http://www.registricpess.org/index.php/ICPESS/article/view/1271/41>, E.T. 07.12.17., p. 164. Cilt 5, Sayı 8.

OZAN ERGÜL, "Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında İchtihat İstikrarsızlığı" 1. Baskı, Ankara 2016, p. 93.

AKSOY, "Türkiye Barolar Birliği 143. Sayısı" p. 50.

HASAN HENDEK, "Makul Sürede Yargılama Zorunluluğu" Ankara, 2016, p. 60, p. 217.

AYDIN, "Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Anonim Tanık" p. 294 Ankara, 2023 Aralık.

PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, "Medeni Usul Hukuku" İstanbul, Yıl 2023/10 p. 232.

PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, "Medeni Usul Hukuku" İstanbul, Yıl 2023/10 p. 235, 236.

AKSOY, "Türkiye Barolar Birliği 143. Sayısı" p. 51.

KENAN ÖZDEMİR, "Adil Yargılanma Hakkı Ve Makul Süre", <http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/01.sayi/7kenan.pdf>, E.T. 11.01.18., p. 7, **ÖZER**, p. 103, **İNCEOĞLU**, p. 280, **PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES**, p. 232.

HENDEK, "Makul Sürede Yargılama Zorunluluğu" Ankara, 2016, p. 80.

RAMADAN SANIVAR, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Sanığa Tanınan Temel Haklar, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Doğu Akdeniz Üniversitesi Öğretim ve Araştırma Enstitüsü, Gazimağusa 2012, p. 46.

ÖZDEMİR, p. 9.

AKSOY, "Türkiye Barolar Birliği 143. Sayısı" s. 51, **HENDEK**, Hasan "Makul Sürede Yargılama Zorunluluğu" Ankara, 2016 p. 85, 86.

ÖZER, p. 104, **HENDEK**, "Makul Sürede Yargılama Zorunluluğu" Ankara, 2016 p. 88.

KAYNAKÇA

EROL CİHAN, "Hakim Unsuru Bakımından Ceza Davalarının Uzmanınin Sebepleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul, Cilt 45-47, Sayı 1-4, Yıl 1979-1981, s. 873-898, s. 877.

PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, "Medeni Usul Hukuku" İstanbul, Yıl 2023/10 s. 38.

ÖYKÜ DİDEM AYDIN, "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, Y.2011, S. 4, s. 122.

PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, "Medeni Usul Hukuku" İstanbul, Yıl 2023/10, s. 39.

SİBEL İNCEOĞLU, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa" 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 209.

İSMAİL KÖKÜSARI, "Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2011, S. 4, s. 165 Cilt 15 Sayı 1.

TUĞBA BAYRAKTAR/ NURAN KOYUNCA, "Adil Yargılanma Hakkı" <http://www.registricpess.org/index.php/ICPESS/article/view/1271/41>, E.T. 07.12.17., s. 164. Cilt 5 Sayı 8.

OZAN ERGÜL, "Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında İchtihat İstikrarsızlığı" 1. Baskı, Ankara 2016, s. 93.

AKSOY, "Türkiye Barolar Birliği 143. Sayısı" s. 50.

HASAN HENDEK, "Makul Sürede Yargılama Zorunluluğu" Ankara, 2016, s. 60, s. 217.

AYDIN, "Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Anonim Tanık" p. 294 Ankara, 2023 Aralık.

PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, "Medeni Usul Hukuku" İstanbul, Yıl 2023/10 s. 232.

PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, "Medeni Usul Hukuku" İstanbul, Yıl 2023/10 s. 235, 236.

AKSOY, "Türkiye Barolar Birliği 143. Sayısı" s. 51.

KENAN ÖZDEMİR, "Adil Yargılanma Hakkı Ve Makul Süre", <http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/01.sayi/7kenan.pdf>, E.T. 11.01.18., s. 7, **ÖZER**, s. 103, **İNCEOĞLU**, s. 280, **PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES**, s. 232.

HENDEK, "Makul Sürede Yargılama Zorunluluğu" Ankara, 2016, s. 80.

RAMADAN SANIVAR, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Sanığa Tanınan Temel Haklar, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Doğu Akdeniz Üniversitesi Öğretim ve Araştırma Enstitüsü, Gazimağusa 2012, s. 46.

ÖZDEMİR, s. 9.

AKSOY, "Türkiye Barolar Birliği 143. Sayısı" s. 51, **HENDEK**, Hasan "Makul Sürede Yargılama Zorunluluğu" Ankara, 2016 s. 85, 86.

ÖZER, s. 104, **HENDEK**, "Makul Sürede Yargılama Zorunluluğu" Ankara, 2016 s. 88.

NOTLAR

Lined writing area for page 350.

NOTLAR

Lined writing area for page 351.

NOTLAR

Lined writing area for page 352.

NOTLAR

Lined writing area for page 353.

NOTLAR

Lined writing area for page 354.

NOTLAR

Lined writing area for page 355.

Native. Integrative. Transformative.



Smart Legal Risk Management Platform

Özgün. Yenilikçi. Dönüştürücü.



 **mecellem**

Akıllı Hukuki Risk Yönetim Platformu