



# GSI ARTICLETTER

A SEMINAL PUBLICATION OF GÖKSU SAFI IŞIK ATTORNEY PARTNERSHIP

## THE FORCE MEASURE IN LABOR LAW WITH THE CHANGES IN LABOR LAW LEGISLATION DUE TO COVID-19 IN THE FRAMEWORK OF COVID-19

COVID-19'UN İŞ HUKUKU'NDAKİ  
ZORLAYICI SEBEP  
KAVRAMI ÇERÇEVESİNDE  
DEĞERLENDİRİLMESİ

## VALIDITY AND ENFORCEMENT OF SMART CONTRACTS IN TURKISH LAW

AKILLI SÖZLEŞMELERİN TÜRK  
HUKUKUNDA GEÇERLİLİĞİ VE  
İCRA EDİLEBİLİRLİĞİ

## THE RIGHT OF RETENTION AND FORECLOSURES ON AIRCRAFT UNDER TURKISH LAW

**TÜRK HUKUKU TAHTINDA HAPİS HAKKI VE UÇAK HACZİ**

**Administration Address Yönetim ve İdare Adresi**

iTower 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](http://www.goksusafiisik.av.tr) | [info@goksusafiisik.av.tr](mailto:info@goksusafiisik.av.tr)

**Owned and Published by Sahibi ve Yayınlayan**

Göksu Safi İşık Attorney Partnership

**Authorized Representative Yetkili Temsilci**

Av. Dr. Ali Göksu

Av. Hasan Akıcıoğlu

**Editorial Board Yayın Kurulu**

Av. Dr. Ali Göksu

Dr. Emek Toraman Çolgar

Dr. Av. İşık Önay

Prof. Dr. Aydın Çelen

Mahmut Z. Erbay

Nuray Sümer

Ahmet Ersin Genç

Serda Cerrah

Aylin Altundal

**Managing Editor Yönetici Editor**

Av. Hasan Akıcıoğlu

**Design Tasarım**

Elif Yaman

yaman.elf@gmail.com

| Selman Hoşgör

| selmanhosgor@gmail.com

**Print Baskı**

Print Center

**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 İşık 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

[www.goksusafiisik.av.tr](http://www.goksusafiisik.av.tr)

## | ARTICLES | MAKALELER

**8** **PART 1** THE EVALUATION OF THE CONCEPT OF THE FORCE MAJEURE IN LABOR LAW WITH THE CHANGES IN LABOR LAW LEGISLATION DUE TO COVID-19 IN THE FRAMEWORK OF COVID-19

COVID-19'UN İŞ HUKUKU'NDAKİ ZORLAYICI SEBEP KAVRAMI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ VE COVID-19 SEBEBİYLE İŞ HUKUKU MEVZUATINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

**34** **PART 2** VALIDITY AND ENFORCEMENT OF SMART CONTRACTS IN TURKISH LAW

AKILLI SÖZLEŞMELERİN TÜRK HUKUKUNDA GEÇERLİLİĞİ VE İCRA EDİLEBİLİRLİĞİ

**50** **PART 3** LEGAL EVALUATION OF TIME EXTENSION CLAIMS DUE TO FORCE MAJEURE PURSUANT TO CODE REGARDING THE UTILIZATION OF RENEWABLE ENERGY RESOURCES FOR GENERATING ELECTRICAL ENERGY NUMBERED 5346

5346 SAYILI YENİLENEBİLİR ENERJİ KAYNAKLARININ ELEKTRİK ENERJİSİ ÜRETİMİ AMAÇLI KULLANIMINA İLİŞKİN KANUN ÇERÇEVESİNDE MÜCBİR SEBEP DOLAYISIYLA SÜRE UZATIM TALEPLERİNİN HUKUKİ OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

**58** **PART 4** THE RIGHT OF RETENTION AND FORECLOSURES ON AIRCRAFT UNDER TURKISH LAW

TÜRK HUKUKU TAHTINDA HAPİS HAKKI VE UÇAK HACZI

**80** **PART 5** THE SECRET PARTNERSHIP RELATIONSHIP AND RESPONSIBILITIES OF SECRET PARTNERS UNDER THE SCOPE OF JOINT-STOCK AND LIMITED LIABILITY COMPANIES

ANONİM ŞİRKET VE LİMİTED ŞİRKET KAPSAMINDA GİZLİ ORTAKLIK İLİŞKİSİ VE GİZLİ ORTAKLARIN SORUMLULUĞU

**96** **PART 6** DELIVERY AND ACCEPTANCE OF THE WORK IN CONTRACTS OF WORK

ESER SÖZLEŞMELERİNDE ESERİN TESLİMİ VE KABULÜ

**108** **PART 7** DETERMINATION OF THE LAW APPLICABLE TO ELECTRONIC CONSUMER AGREEMENTS MADE THROUGH WEBSITES

İNTERNET SİTELERİ ARACILIĞIYLA KURULAN ELEKTRONİK TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

**120** **PART 8** ADAPTATION OF PECUNIARY DEBTS UNDER ARTICLE 138 OF THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS

PARA BORÇLARININ TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN 138. MADDESİ UYARINCA UYARLANMASI

**138** **PART 9** EVALUATION UNDER TURKISH CRIMINAL LAW OF CRIMES COMMITTED IN THE CYBER WORLD

SİBER DÜNYADA İŞLENEN SUÇLARIN TÜRK CEZA KANUNU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

**152** **PART 10** SEQUESTRATION OF MUNICIPAL PROPERTY

BELEDİYE MALLARININ HACZI

**168** **PART 11** PROTECTION OF DIGITAL PUBLICATIONS UNDER THE INTELLECTUAL PROPERTY LAW

DIJİTAL YAYINLARIN FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU ÇERÇEVESİNDE KORUNMASI

**190** **PART 12** DISTRIBUTION OF DIVIDENDS AND OBLIGATION OF ALLOCATION OF RESERVE FUND IN JOINT-STOCK COMPANIES

ANONİM ŞİRKETLERDE KÂR PAYI DAĞITIMI VE YEDEK AKÇE AYRILMASI ZORUNLULUĞU

**202** **PART 13** LESION AND DURESS UNDER THE TURKISH LAW OF OBLIGATION

TBK KAPSAMINDA GABİN VE İKRAHIN UYGULANABİLİRLİĞİ

**218** **PART 14** EVALUTION OF CONVERTIBLE BONDSS

PAYA DÖNÜŞTÜRÜLEBİLİR TAHVİLLERİN İHRACINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

**234** **PART 15** TERMINATION OF THE LEASE CONTRACT ON THE BASIS OF EXTRAORDINARY TERMINATION REASONS

KİRA SÖZLEŞMESİNİN OLAĞANÜSTÜ FESİH SEBEPLERİNE DAYANILARAK SONA ERDİRİLMESİ

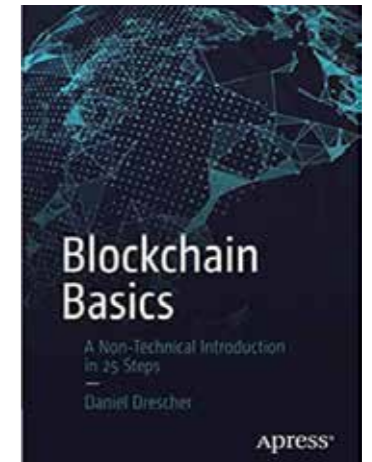
**258** **PART 16** JURISDICTION AND ENFORCABILITY OF EMERGENCY ARBITRATOR DECISIONS

ACİL DURUM HAKEM KARARININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE İCRA EDİLEBİLİRLİĞİ

## | BOOK REVIEW | KİTAP İNCELEMESİ

**272** BLOCKCHAIN BASICS: A NON-TECHNICAL INTRODUCTION IN 25 STEPS

BLOCKCHAIN TEMELLERİ: 25 ADIMDA TEKNİK OLMAYAN GİRİŞ



## | LEGAL TECH | HUKUK TEKNOLOJİLERİ

**278** CYBER-ATTACKS AGAINST LAW FIRMS

HUKUK FİRMALARINA YÖNELİK SİBER SALDIRILAR

## FOREWORD AND ACKNOWLEDGMENT

2020 has been a hard time for the world. I do hope that 2021 will be the year in which the world would leave the outbreak behind and return to a new normal.

Releasing the new issue of GSI Articleletter has always been a special joyful moment for me, as it reflects our joint effort and commitment for production of knowledge and sharing it our dear colleagues and clients.

As usual, in this issue, we covered a wide variety of topics in all areas but you will also find timely issues in consideration of unusual times due to Covid-19 or impact of digitalization on law.

In that context, we have specifically looked at some questions that have become hot items in the agenda of professional life, such as 'the assessment of Covid-19 as force majeure in terms of employment law and of the new regulations made in employment law due to Covid-19' or 'Extraordinary termination of lease agreements', or 'execution and enforcement of Emergency Arbitration and its legal status'.

Similarly, we continued to look at the new issues generated from digitalization and artificial intelligence and we analysed enforceability of smart contracts, or how to determine the law to be applied for disputes generated from electronic contracts. We also discussed how our regulations address cyber crimes or protection of copyright for digital publications.

2020 has been a hard time for the world. I do hope that 2021 will be the year in which the world would leave the outbreak behind and return to a new normal.

And I wish and pray for 'peace of mind' for all of us.

**Ali Göksu, J.S.D**  
Founding Partner

## TAKDİM VE TEŞEKKÜR

2020 dünya için zor bir yıldır. 2021'in bu salgını geride bıraktığımız ve dünyanın yeni normaline döneceği bir yıl olmasını diliyorum.

GSI Articleletter'in her bir yeni sayısının çıkışı benim için özel bir keyif; zira her yeni sayı, bizim ortak bir çaba ile bilgi üretip onu siz değerli müvekkil ve meslektaşlarımızla paylaşmak noktasında sergilediğimiz kararlılığımızı temsil ediyor.

Her zaman olduğu gibi, bu sayıda da her alandan pek çok konuyu ele aldık ama Covid-19'dan kaynaklı olarak içinden geçtiğimiz sıradışı zamanlar veya dijitalizasyonun hukuka etkisi bağlamında güncel konular da bulacaksınız.

Bu bağlamda, iş hayatının sıcak gündemleri haline gelen 'Covid-19'un İş Hukuku'ndaki zorlayıcı sebep kavramı çerçevesinde değerlendirilmesi ve Covid-19 sebebiyle İş Hukuku mevzuatında yapılan değişiklikler' veya 'Kira Sözleşmelerinin Olağanüstü Feshi' veya 'Acil Durum Hakem Kararını İcra Edilebilirliği Ve Acil Durum Hakem Kararının Hukuki Niteliği' gibi konulara özel olarak baktık.

Benzer şekilde, Siber Suçların Mevzuatımızdaki Karşılığı, veya 'Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümüne Uygulanacak Hukukun Tespiti' konusunu, 'Dijital Yayınların Fikri Mülkiyetin Korunması', 'Akıllı Sözleşmelerin Uygulanabilirliği' gibi dijitalizasyon veya yapay zeka kaynaklı yeni meseleleri bu sayımızda da ele almaya devam ettik.

2020 dünya için zor bir yıldır. 2021'in bu salgını geride bıraktığımız ve dünyanın yeni normaline döneceği bir yıl olmasını diliyorum.

Ve herkese 2021 için 'huzur' diliyorum.

**Av. Dr. Ali Göksu**  
Kurucu Ortak





| **ARTICLES**  
| **MAKALELER**



## PART 1

# THE EVALUATION OF THE CONCEPT OF THE FORCE MAJEURE IN LABOR LAW WITH THE CHANGES IN LABOR LAW LEGISLATION DUE TO COVID-19 IN THE FRAMEWORK OF COVID-19

COVID-19'UN İŞ HUKUKU'NDAKİ ZORLAYICI SEBEP KAVRAMI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ VE COVID-19 SEBEBİYLE İŞ HUKUKU MEVZUATINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

BEDİR BERKAY KARADOĞAN  
YUNUS EMRE BAŞ

### ABSTRACT

Due to the coronavirus ("Covid-19") epidemic that emerged in the People's Republic of China and affected the whole world, the concept of force majeure which is defined in Labor Law numbered 485, has occurred, and the concept of compelling reason was examined within the scope of the employment contract between the employee and the employer. The legal measures taken due to Covid-19, which has been declared as a pandemic by the World Health Organization, and this led to changes in Labor Law which will also be examined within the scope of this article.

### ÖZET

Çin Halk Cumhuriyeti'nde ortaya çıkan ve tüm dünyayı etkileyen Koronavirüs (Covid-19) salgını sebebiyle 4857 sayılı İş Kanun'unda yer alan zorlayıcı sebep kavramı vuku bulmuş olup çalışan işveren arası ilişkide, iş sözleşmesi kapsamında, zorlayıcı sebep kavramı irdelenmiştir. Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi ilan edilen Covid-19 sebebiyle alınan hukuki önlemler ise İş Hukuku'nda meydana gelen değişiklikler de bu yazı kapsamında irdelenecektir.



#### KEYWORDS

COVID-19, FORCE MAJEURE,  
PANDEMIC, LABOR LAW



#### ANAHTAR KELİMELER

COVID-19, ZORLAYICI SEBEP,  
MÜCBİR SEBEP, PANDEMI, İŞ  
HUKUKU

## PART 1

With the development of the technology, it has become very easy for people to access and retrieve other people's data, especially via the internet. The personal data of anyone with an internet connection can become exposed to unlimited dangers through the internet.

12 Mart 2020 tarihi itibarıyla Dünya Sağlık Örgütü salgının küresel pandemi olduğunu ilan etmiştir. Ülkemizde ise, ilk vaka 11.03.2020 tarihinde tespit edilmiş olup, ilerleyen süreçte Covid-19 salgını günlük hayatın yanı sıra, işveren-çalışan ilişkisi üzerinde de önemli ölçüde etkilerini göstermiştir.

## I. INTRODUCTION

The cases regarding Coronavirus ("Covid-19") firstly had been diagnosed in the city of Wuhan in the last days of December 2019, which is also has affected many other countries. At first, Chinese officials reported that 41 people have a disease which has a similar structure as pneumonia on December 31, 2019; after which it has been declared that this is a new disease, not pneumonia on January 7, 2020. As of 12.03.2020 World Health Organization has explained that there has been a global pandemic. With regard to Turkey, the first coronavirus case has been confirmed on March 11, 2020 after which Covid-19 has a significant impact on daily life as well as on the employer-employee relationship.

Several precautions have been taken in Turkey in order to prevent wide-spread of Covid-19. Firstly, flight bans had been imposed to the countries where Covid-19 were spreading. On 15 March, the Ministry of the Interior issued an Additional Circular ("Additional Circular-1") stating that pavilions, discotheques, bars and night clubs will be closed temporarily, which has followed by another Additional Circular ("Additional Circular-2") theatre, cinema, wedding hall, pub, coffee shop, sports centers internet cafe, will be temporarily suspended on 16.03.2020,

## I. GİRİŞ

Çin Halk Cumhuriyeti'nin Vuhan kentinde ortaya çıkan ve birçok ülkeyi de etkileyen yeni tip Koronavirüs'e ("Covid-19") ilişkin vakalar ilk kez 2019 yılında Aralık ayının son günlerinde görülmeye başlanmıştır. İlk olarak 31 Aralık 2019 günü Çinli yetkililer Vuhan'da 41 kişide zatürre benzeri bir hastalık olduğunu bildirmiş, 7 Ocak 2020'de ise söz konusu hastalığın zatürre olmayıp, yeni bir hastalık çeşidi olduğunu resmen açıklamışlardır. 12 Mart 2020 tarihi itibarıyla de Dünya Sağlık Örgütü salgının küresel pandemi olduğunu ilan etmiştir. Ülkemizde ise, ilk vaka 11.03.2020 tarihinde tespit edilmiş olup, ilerleyen süreçte Covid-19 salgını günlük hayatın yanı sıra, işveren-çalışan ilişkisi üzerinde de önemli ölçüde etkilerini göstermiştir.

Covid-19 salgınının kontrol altına alınması için ülkemizde çeşitli önlemler alınmıştır. 14.03.2020 tarihi itibarıyla İçişleri Bakanlığı tarafından hastalığın yayıldığı ülkelere yolcu girişleri durdurulmuştur. İçişleri Bakanlığının 15.03.2020 tarihinde yayınladığı Ek Genelge ("Ek Genelge-1") ile umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinin faaliyetlerinin geçici süreliğine durdurulmasına karar verilmiş, 16.03.2020 tarihinde yayınlanan Ek Genelge ("Ek Genelge-2") ile 81 ilde tiyatro, sinema, konser salonu, gibi işyerlerinin faaliyetleri geçici süreliğine durdurulmuş, 21.03.2020 tarihinden itibaren



Turkish citizens who are older than 65-year-old and suffering from chronic illnesses will be restricted from leaving their homes amid coronavirus measures by Additional Circular ("Additional Circular-3") on 21.03.2020, at the same date with another Additional Circular ("Additional Circular-4") when the high level of physical contact is considered, the activities of barbers, hairdressers and beauty centers were temporarily suspended as of 21.03.2020 and with another restaurants, It has been decided that restaurants, patisseries and similar establishments can only serve as take-away or take-away services.

At this stage, with the positive developments, Ministry of Internal Affairs Circular issued on 06.05.2020 in line with the recommendations of the Health Ministry's Coronavirus Scientific Advisory Board, it was decided that hairdressers and barbers will continue their activities as of 11.05.2020, provided that they comply with the rules to be determined by considering the effects of the epidemic. In addition, within the scope of the normalization plan, the President declares that cinemas, theatres, performance centres and similar enterprises are allowed to operate according to certain rules as of 01.07.2020 and citizens over the age of 65 can go out at certain hours every day of the week, and the curfews of citizens under 18 It has been lifted.

de yayınlanan Ek Genelge ("Ek Genelge-3") ile 65 yaş üstü vatandaşların ve kronik rahatsızlığı bulunan vatandaşlar ile 20 yaş altında bulunan gençlerin sokağa çıkması geçici süreliğine yasaklanmış, yine aynı tarihteki bir başka Ek Genelge ("Ek Genelge-4") ile fiziksel temasın yüksek seviyede olması gözetilerek berber, kuaför ve güzellik merkezlerinin faaliyetleri 21.03.2020 tarihi itibarıyla geçici süreliğine durdurulmuş, aynı tarihli bir başka Ek Genelge ("Ek Genelge-5") ile lokanta, restoranlar, pastane ve benzeri işyerlerinin sadece paket servis veya gel-al şeklinde hizmet verebileceğine karar verilmiştir. Gelinen noktada kaydedilen olumlu gelişmeler ile Bilim Kurulu'nun önerileri doğrultusunda 06.05.2020 tarihinde çıkartılan İçişleri Bakanlığı Genelgesi ile kuaför ve berberlerin 11.05.2020 tarihinden itibaren salgının etkileri gözetilerek belirlenecek kurallara uymak şartıyla faaliyetlerine devam edilmesi kararı alınmıştır. Buna ek olarak, Cumhurbaşkanı tarafından, normalleşme planı kapsamında sinema, tiyatro, gösteri merkezi ve benzeri işletmelerin 01.07.2020 tarihi itibarıyla belirli kurallara göre faaliyete geçebileceklerine, 65 yaş üstü vatandaşların haftanın her günü belirli saat aralıklarında sokağa çıkabileceklerine, 18 yaş altı vatandaşların sokağa çıkma yasaklarının kaldırılmasına karar verilmiştir.

Süreç içerisinde birçok sektörün yavaşlaması hatta durma noktasına gelmesi işletmeler üzerinde ciddi ekonomik sonuçlar

## PART 1

The slowdown or even halt of many sectors in the process has caused serious economic consequences for businesses, accordingly, such matters has pushed the government to take measures in every field and it has been inevitable that this process has various impacts in terms of labor law. In accordance with the measures was taken by the government, the Law on Decrease of Effects of New Coronavirus (Covid-19) Epidemic on Economic and Social Life and Law on Amendment of Certain Laws numbered 7244 ("Amendment Law") was published in the Official Gazette and entered into force in 17.04.2020; and the Law on The Establishment of The Digital Media Commission and Making Amendments on Some Laws Numbered 7252 was published in the Official Gazette and entered into force in 28.07.2020.

Due to these events, in many workplaces, the activities had to be suspended temporarily due to force majeure and as a natural result of these, many incidents occurred within the scope of labor law. In this article, we will mention the issues related to labor law which have affected from the Covid-19 epidemic, such as suspension of the activities in the workplaces, application of remote work, employees' wages and leaves.

doğurmuş, bu durum hükümeti her alanda önlemler almaya itmiş ve bu sürecin, iş hukuku bakımından muhtelif sonuçlar doğurması kaçınılmaz olmuştur. Alınan tedbirler kapsamında çıkarılan 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ("Değişiklik Kanunu") 17.04.2020 tarihli ve 31102 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak; 7252 sayılı Dijital Mecralar Komisyonu Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ise 28.07.2020 tarihli ve 31199 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu gelişmelere bağlı olarak birçok iş yerinde, görülmekte olan faaliyetlere zorlayıcı sebep dolayısıyla geçici süreliğine ara verilmek zorunda kalınmış, tüm bunların doğal sonucu olarak iş hukukunun kapsamına giren pek çok olay meydana gelmiştir. Covid-19 sebebiyle işyerlerinin faaliyetlerinin durdurulması, çalışmaya ara verilmesi, uzaktan çalışma uygulamasına geçilmesi, çalışanların ücretleri ve izinleri gibi salgın hastalığın iş hukukunu etkileyen noktalarına bu yazımızda değineceğiz.



## II. EVALUATION OF THE COVID-19 WITHIN THE FRAMEWORK OF FORCE MAJEURES IN LABOR LAW

### A. Force Majeure in Labor Law

Although there are many regulations in the Labor Law numbered 4857 ("Law") regarding the effects of the force majeure on the execution of the performance arising from the employment relationship; the definition of the force majeure is not mentioned in the Law. Even the definition is not mentioned in the Law, it is defined in article 3-h of the Regulation on Short-Time Work and Short-Time Work Allowance ("Short-Time Work Regulation") as follows; "Periodic situations that are not caused by the employer's own management and administration but from external events, not predictable, and as a result, not possible to be eliminated, that results in a temporary reduction on working hours or a complete or partial cessation of the activities in workplace; or, situations such as earthquakes, fires, floods, landslides, epidemics and mobilization."

Although the definition of the force majeure is not included in the Law, the limits of it determined in the doctrine and the Supreme Court decisions. In order for an event to be considered as a force majeure, the event must have taken place outside the control of the parties, that such event must be unforeseeable at the time the legal relationship is established between the parties or even if the event is foreseeable at that time, consequences of it must be unforeseeable, and the effects of it must not be eliminated although all measures was taken by the parties. It should be noted that the situations that are considered as force majeure may sometimes be clearly regulated in the contracts.

### B. Whether Covid-19 Epidemic Constitutes Force Majeure or Not

The force majeure must not necessarily and always be related to the employee or the employer himself; on the contrary, it can be said that force majeure has occurred in case of failure to go to workplace due to natural

## II. COVID-19'UN İŞ HUKUKU'NDA ZORLAYICI SEBEP KAVRAMI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

### A. İş Hukukunda Zorlayıcı Sebep Kavramı

4857 sayılı İş Kanunu'da ("Kanun") zorlayıcı sebebin, işçi ve işveren ilişkisindeki edimlerin ifasına yönelik etkileri hakkında birçok düzenleme yapılmış olmasına rağmen; bu kavramın tanımına yer verilmemiştir. Zorlayıcı sebep kavramı Kanun'da yer almamakla birlikte, Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmeliği ("Kısa Çalışma Yönetmeliği") madde 3-h'de ise zorlayıcı sebep kavramı "İşverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirelemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine imkân bulunmayan, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması veya faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması ile sonuçlanan dışsal etkilerden kaynaklanan dönemsel durumları ya da deprem, yangın, su baskını, heyelan, salgın hastalık, seferberlik gibi durumları" olarak tanımlanmıştır.

Her ne kadar zorlayıcı sebep veya mücbir sebebin tanımına Kanun'da yer verilmemişse de doktrinde ve Yargıtay kararlarında mücbir sebebin sınırları belirlenmiştir. Bir olayın mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi için olayın, tarafların kontrolleri dışında gerçekleşmesi, hukuki ilişkinin kurulduğu anda böyle bir olayın taraflarca öngörülemez olması, öngörülse bile sonuçlarının bu denli ağır olacağına öngörülememesi, tüm önlemler alınsa bile mücbir sebebin etkilerinin ortadan kaldırılamayacağı durumların varlığı gerekir. Belirtmek gerekir ki, mücbir sebep sayılacak durumlar bazen sözleşmelerde açıkça düzenlenmiş olabilmektedir.

### B. Covid-19'un Zorlayıcı Sebep Teşkil Edip Etmeyeceği

Zorlayıcı nedenin mutlaka ve her zaman işçinin veyahut işverenin kendisine ilişkin olması zorunluluğu söz konusu değildir. Aksine; sel, deprem vb. doğal olaylar, sıkıyönetim veya karantina gibi sebeplerle işyerine gi-



## PART 1

events such as flood, earthquake etc. and martial law or quarantine. Likewise, epidemic diseases are counted as force majeure in article 3-h of Regulation of Short Work. Quarantine due to epidemic diseases is accepted as a force majeure also in accordance with the established case law of the Supreme Court.<sup>1</sup>

Based on above explanations, it may be thought that Covid-19 will constitute a force majeure for employees who can not go their workplaces and can not perform their duties as a natural consequence of the measures taken by the administration due to epidemic (closure of workplaces, declaration of curfew and etc.). However, the termination of the contract by the employer due to Covid-19 will not be considered as termination on the basis of just cause in cases where the workplace is closed on the own initiative of the employer instead of measures taken by administration.

Covid-19 has made serious impacts on social life and economy that if it is accepted that such impacts constitutes force majeure on the employment relationship between employer and employee, it may result in the below mentioned consequences. However, it should be noted that the Labor Law legislation has amended with certain Circulars and Laws due to Covid-19. In our topic below, after explaining the Labor Law legislation in force when Covid-19 was first seen in Turkey, we will mention in following topics that what kind of changes have been made through Labor Law legislation.

### C. Articles Refers to Force Majeure in The Law

The concept of force majeure is regulated in the 3rd subclause of 24th article and 3rd subclause of 25th article of the Law and it was stated that force majeure may arise from the employer of the employee. In this context, the employer or employee will have right to terminate the employment contract in case of force majeure that require the cessation of work for more than a week in the workplace where the employee perform his duties within the scope of the contract.

Again in the 40th article of the Law, concept of the force majeure is mentioned as follows; "The employee who can not work or who is not engaged in work due to the reasons set forth in subclause III of articles 24 and 25 shall

dilememesi durumunda zorlayıcı nedenin vuku bulunduğu söylenebilecektir. Aynı şekilde Kısa Çalışma Yönetmeliği madde 3-h'de de salgın hastalıklar zorlayıcı sebep olarak sayılmışlardır. Yargıtay'ın yerleşik içtihatları gereği de salgın hastalık sebebi ile karantina uygulaması zorlayıcı neden olarak kabul edilmektedir.<sup>1</sup>

Yukarıdaki açıklamadan hareketle, salgın sebebiyle idarece alınan tedbirler (işyerlerinin kapatılması, sokağa çıkma yasağı ilan edilmesi vb.) ile işyerlerine gidemeyen ve bunun doğal sonucu olarak görevlerini ifa edemeyen işçiler için Covid-19'un zorlayıcı sebep teşkil edeceği düşünülebilir. Ancak işyerinin işverenin kendi inisiyatifi ile kapatıldığı, başka bir deyişle idarece alınan önlemler kapsamında kapatılmadığı durumlarda iş sözleşmesinin işveren tarafından Covid-19 sebebiyle feshedilmesi hali haklı neden teşkil etmeyecektir.

Covid-19 sosyal hayatta ve ekonomide ciddi etkiler yaratmış olup, işçi ve işveren ilişkisinde zorlayıcı sebep teşkil ettiğinin kabulü halinde aşağıda açıklayacağımız sonuçları doğurabilecektir. Ancak önemle belirtmek isteriz ki Covid-19 sebebiyle İş Hukuku mevzuatında, çıkartılan Genelge ve Yasalar ile değişikliğe gidilmiştir. Aşağıdaki başlığımızda, İş Hukuku mevzuatında yapılan söz konusu değişikliklerden önce, Covid-19'un ülkemizde ilk görüldüğü anlarda yürürlükte olan İş Hukuku mevzuatını açıkladıktan sonra, takip eden başlıklarımızda İş Hukuku mevzuatında ne gibi değişikliklerin yapıldığına değineceğiz.

### C. Kanun'da Zorlayıcı Sebebe Atıfta Bulunulan Maddeler

Kanun'un 24. maddesinin 3. fıkrası ile 25. maddesinin 3. fıkralarında zorlayıcı sebep kavramı düzenlenmiş olup; zorlayıcı sebebin işveren veya işçiden kaynaklanabileceği ifade edilmiştir. Bu kapsamda, işçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması halinde işçi veya işverenin iş sözleşmesini fesih hakkı doğmaktadır.

Yine Kanun'un 40. maddesinde "24 ve 25 inci maddelerin (III) numaralı bentlerinde gösterilen zorlayıcı sebepler dolayısıyla çalışmayan veya çalıştırılmayan işçiye bu bekleme süresi içinde bir haftaya kadar her gün için yarım ücret ödenir." denilerek zorlayıcı

be paid, up to one week, half his wages for each day." As per this article, the employment contract of the employee who can not work or who is not engaged in work due to force majeure, up to one week, is suspended and the said employee is paid half of his daily wage.

One of the articles of the Law that mentions force majeure is the subparagraph (d) of the 55th article. In accordance with the said provision, "Fifteen days of any period during which the employee has not worked because of the temporary but interrupted suspension of operations for longer than one week owing to force majeure, on condition that he has subsequently resumed work."

sebeb kavramına yer verilmiştir. Bu hüküm doğrultusunda zorlayıcı sebepler dolayısıyla iş yerinde işin durduğu bir haftaya kadar olan süre içerisinde işbu zorlayıcı sebepler nedeniyle çalışmayan yahut çalıştırılmayan işçinin iş sözleşmesi askıya alınır ve söz konusu işçiye günlük ücretinin yarısı ödenir. Kanun'un zorlayıcı sebebe yer verilen maddelerinden bir diğeri 55. Maddenin (d) bendidir. Söz konusu hüküm uyarınca; işçinin "çalışmakta olduğu işyerinde zorlayıcı sebepler yüzünden işin aralıksız bir haftadan çok tatil edilmesi sonucu olarak çalışmadan geçirdiği zamanın on beş günü (işçinin yeniden işe başlaması şartıyla) yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılır."

The termination of the contract by the employer due to Covid-19 will not be considered as termination on the basis of just cause in cases where the workplace is closed on the own initiative of the employer instead of measures taken by administration.

İşyerinin işverenin kendi inisiyatifi ile kapatıldığı, başka bir deyişle idarece alınan önlemler kapsamında kapatılmadığı durumlarda iş sözleşmesinin işveren tarafından Covid-19 sebebiyle feshedilmesi hali haklı neden teşkil etmeyecektir.

It is stated in the 64th article of the Law that the employer can make compensatory work for unworked periods within four months, in case the work is stopped for force majeure, by saying "In case where... operations are stopped entirely for reasons of suspending work due to force majeure... the employer may call upon compensatory work within two months in order to compensate for the time lost due to unworked periods. President is entitled to increase the length of the compensatory work period up to double. Such work shall not be considered overtime work or work at extra hours. Compensatory work shall not exceed three hours daily, and must not exceed the maximum daily working time in any case. Compensatory work shall not be carried out on holidays"

Kanun'un 64. maddesinde ise "Zorunlu nedenlerle işin durması,...., halinde, işveren dört ay içinde çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabilir. Cumhurbaşkanı bu süreyi iki katına kadar artırmaya yetkilidir. Bu çalışmalar fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma sayılmaz. Telafi çalışmaları, günlük en çok çalışma süresini aşmamak koşulu ile günde üç saatten fazla olamaz. Tatil günlerinde telafi çalışması yaptırılmaz." denilerek zorlayıcı nedenlerle işin durması halinde işverenin, dört ay içerisinde çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabileceği düzenlenmiştir.

Kanun'un 22. Maddesi'nde açıkça zorlayıcı nedene atıfta bulunulmasa da, söz konusu madde, amacı gereği zorlayıcı

## FOOTNOTE

<sup>1</sup> 9th Civil Chamber of The Supreme Court's Decision Numbered 2016/12874 E. 2018/20402 K. and Dated 13.11.2018

9th Civil Chamber of The Supreme Court's Decision Numbered 2016/9116 E. 2019/16141 K. and Dated 18.09.2019

9th Civil Chamber of The Supreme Court's Decision Numbered 2016/14140 E. 2018/21011 K. and Dated 20.11.2018

## DİPNOT

<sup>1</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 13.11.2018 Tarihli 2016/12874 E. 2018/20402 K. Sayılı Kararı

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 18.09.2019 Tarihli 2016/9116 E. 2019/16141 K. Sayılı Kararı

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 20.11.2018 Tarihli 2016/14140 E. 2018/21011 K. Sayılı Kararı

## PART 1

IN THE ABSENCE OF THE APPROVAL OF THE EMPLOYEE WITH REGARD TO FLEXIBLE WORKING METHODS THAT WILL BE APPLIED BY THE EMPLOYER DURING THE COVID-19 PANDEMIC, IT MAY BE CONCLUDED THAT BOTH PARTIES WILL HAVE RIGHT TO TERMINATE THE EMPLOYMENT FOR JUST CAUSE.

Although there is no explicit reference to the force majeure in the 22nd article of the Law, the article in question may be considered as an article that may be benefited by both the employer and the employee as per the aim of the article, in the event of a force majeure. Namely, "Any change by the employer in working conditions based on the employment contract, on the rules of work which are annexed to the contract, and on similar sources or workplace practices, may be made only after a written notice is served by him to the employee. Changes that are not in conformity with this procedure and not accepted by the employee in written form within six working days shall not bind the employee. If the employee does not accept the offer for change within this period, the employer may terminate the employment contract by respecting the term of notice, provided that he indicates in written form that proposed change is based on a valid reason or there is another valid reason for termination".

#### D. Evaluation Of Tlc A.24.3 And 25.3. Under Covid-19

##### 1. Termination And The Principle Of Termination As A Last Resort

As described above, many measures have been taken by the administration to prevent the spread of Covid-19 pandemic. Reasons such as partial curfew, temporary closure of workplaces in certain sectors and curfew for certain age groups may be considered as force majeure that occur between the employer and the employee.

Although, as described above, TLC a.24 and 25 provides the parties the right to terminate the labor contract for just cause in this context, in accordance with the established case law of the Supreme Court, core principles of labor law, the principle of honesty and the principle of termination as a last resort, must be observed. According to the "principle of termination as a last resort" that put forward by the Supreme Court, the employer shall consider alternative ways instead of termination, milder measures than termination should be taken at first place or there should be no possibility of taking such

neden haline getirilecek uygulamalar karşısında hem işçinin hem de işverenin yararlanabileceği bir madde olarak değerlendirilebilir. Şöyle ki, "İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir".

#### D. Kanun'un 24.3 ve 25.3 Maddelerinin Covid-19 Kapsamında Değerlendirilmesi

##### 1. Fesih Ve Feshin Son Çare Olma İlkesi

Yukarıda açıklandığı üzere Covid-19 salgınının yayılmasını engellemek amacıyla idare tarafından pek çok önlem alınmıştır. Bunlardan bazıları olan kısmi sokağa çıkma yasağı, belirli sektörlerdeki işyerlerinin geçici olarak kapatılması, belirli yaş gruplarına yönelik sokağa çıkma yasağı gibi nedenler işçi ve işveren açısından gerçekleşen zorlayıcı nedenler arasında sayılabilecektir.

Her ne kadar, yukarıda açıklandığı üzere İş Kanunu m. 24 ve 25 bu kapsamda taraflara iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi hakkı veriyor ise de, Yargıtay'ın yerleşik içtihatları uyarınca iş hukukunun temel ilkeleri olan dürüstlük ilkesi ve feshin son çare olması ilkesinin gözetilmesi gerekmektedir. Yargıtay'ın ortaya koyduğu "feshin son çare olması ilkesi" gereğince, işveren tarafından fesihten kaçınma yolları düşünülmeli, ilk olarak feshe nazaran daha hafif tedbirler alınmalı veya

measures in order for terminating the labor contract. Employer may apply for short-time work allowance by shorten the working hours of the employee, may leave the employee on unpaid leave or put remote working on practice before terminating an employment contract. But it should be noted that, with regard to the putting remote working on practice, the unilateral decision of the employer on such change may be considered as a essential change in working conditions as per TLC a.22, which have explained above. Based on this, in the absence of the approval of the employee with regard to flexible working methods that will be applied by the employer during the Covid-19 pandemic, it may be concluded that both parties will have right to terminate the employment for just cause.

#### 2. Alternative Ways To Be Applied Before Termination

##### 2.1. Short-Time Work

In accordance with the additional second article of the Unemployment Insurance Law numbered 4447, putting short-time working on practice in the workplace may be possible in the following cases:

"In the events such as general economic, sectoral or regional crisis and significant abatement on weekly working hours temporarily or temporary cessation of activity in the workplace in whole or in part due to force majeure, short-time working may be put on practice at the workplace up to three months."

In order to put short-time working on practice, in addition to the conditions counted in the scope of below mentioned article, the working hours applied in the workplace shall have been reduced temporarily by at least one-third in part or in whole of the workplace, or activities in the workplace shall have been fully or partially stopped for at least four weeks without seeking for a condition of continuity.

Regulation on Short-Time Working and Short-Time Working Allowance, which entered into force by publishing in the Official Gazette numbered 27920 in 30.04.2011 is regulated in order for determining the payment of the short-time work allowance to the

daha hafif tedbirler alınmıyor olmalıdır. İşverenin iş sözleşmesini feshetmekten önce başvurabileceği yollara örnek olarak, işçinin çalışma saatlerinde kısaltmaya gidilerek kısa çalışma ödeneğine başvurulması, işçinin ücretsiz izne çıkartılması, uzaktan çalışma uygulamasına geçilmesi verilebilir. Ancak uzaktan çalışma konusunda dikkat edilmesi gereken husus, işin bu şekilde görülmesi ile ilgili böyle bir değişikliğin işverence tek taraflı olarak kararlaştırılması, yukarıda açıkladığımız Kanun'un 22. maddesi kapsamında çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik olarak kabul edilebilecektir. Bundan hareketle, Covid-19 sürecinde işveren tarafından başvurulacak esnek çalışma yöntemleri karşısında işçinin onayının bulunmadığı hallerde, her iki tarafın da iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği sonucuna ulaşılabilecektir.

#### 2. Fesihten Önce Başvurulabilecek Yollar

##### 2.1. Kısa Çalışma Uygulaması

İşyerinde kısa çalışma uygulamasına geçilmesi 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun Ek 2. maddesi uyarınca aşağıdaki durumlarda mümkün olabilecektir:

"Genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması veya işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durdurulması hallerinde, işyerinde üç ayı aşmamak üzere kısa çalışma yapılabilir."

Kısa çalışma uygulamasına geçilebilmesi için, bu madde kapsamında sayılan koşullara ek olarak, işyerinde uygulanan çalışma süresinin; işyerinin bir kısmında veya tamamında geçici olarak en az üçte biri oranında azaltılmasını veya işyerindeki faaliyetlerin, süreklilik koşulu aranmaksızın en az dört hafta süre ile tamamen veya kısmen durdurulması gerekmektedir.

30.04.2011 tarihli ve 27920 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebepler dolayısıyla işyerinde var olan haftalık çalışma süresinin geçici olarak

COVID-19 SÜRECİNDE İŞVEREN TARAFINDAN BAŞVURULACAK ESNEK ÇALIŞMA YÖNTEMLERİ KARŞISINDA İŞÇİNİN ONAYININ BULUNMADIĞI HALLERDE, HER İKİ TARAFIN DA İŞ SÖZLEŞMESİNİ HAKLI NEDENLE FESHEDİLECEĞİ SONUCUNA ULAŞILABİLECEKTİR.



## PART 1

employees who work in a workplace where the weekly working hours has extraordinarily decreased temporarily or the activities conducted in the work place has stopped partially or wholly due to economic, sectoral or regional crisis.

The employer shall apply to affiliated Turkish Employment Agency (İŞKUR) for short-time working by explaining the general economic, sectoral or regional crisis and force majeure that he exposed due to Covid-19 pandemic. The employer presents a list of employees who will benefit from short-time working application; employees can not make claims for themselves, for them, the employer shall apply for short-time working on behalf of employees. In the event that it is claimed by the trade union confederations of employees and/or employers that there are force majeure arising from the general economic, sectoral or regional crisis and periodic situations caused by external effects, the matter is evaluated by the Board of Directors of İŞKUR. In case a decision is not taken by the Board of Directors of İŞKUR, the request submitted by the employer to institution will be rejected. If conformity is granted as a result of examination conducted by labor inspectors, if the list of employees who will benefit from short-time working application or the time period that short-time working application to be applied changes, the employer's application for them will be considered as a new application. The employer should indicate the effects of the general economic, sectoral or regional crisis and force majeure to the workplace, address, title İŞKUR registry number and social security registry number of the workplace, employee trade union which is the party of the collective labor contract (if any) and present the list of the employees who will benefit from short-time working application, which indicates the information regarding to employees and prepared in a magnetic and written environment in the form determined by institution.

In a workplace that short-time working has put on practice, the employer request employees to do compensatory work for day offs during short-time working application in accordance with TLC a.64, as described above.

önemli oranda azalması veya işyerindeki faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durması durumlarında, kısa çalışma uygulamasının benimsenerek işçilere kısa çalışma ödeneği ödenmesine ilişkin usulün belirlenmesi için yürürlüğe girmiştir.

İşveren, Covid-19 sebebiyle maruz kaldığı genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebepleri açıklayarak bağlı bulunduğu Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü (İŞKUR) şubesine kısa çalışma başvurusunda bulunmalıdır. İşveren, başvuruda kısa çalışmadan yararlanarak işçileri liste halinde sunar. İşçiler kendileri için talepte bulunamaz, onlar için işveren kısa çalışma talebinde bulunabilir. Genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile dışsal etkilerden kaynaklanan dönemsel durumlardan dolayı ortaya çıkan zorlayıcı sebeplerin bulunduğu işçi ve işveren sendika konfederasyonları tarafından iddia edilirse, konu İŞKUR Yönetim Kurulu'na değerlendirilerek bir karara varılır. İŞKUR Yönetim Kurulu'na bir karar alınmadığı takdirde işverenin kuruma ilettiği talep reddedilecektir. İş müfettişleri tarafından yapılan inceleme sonucunda uygunluk verilmesi halinde, kısa çalışma uygulanacak işçi listesi değişirse veya işyerinde uygulanacak kısa çalışma süresinde bir değişiklik olursa bunlara ilişkin işverenin talebi yeni bir başvuru gibi değerlendirilecektir. İşveren, başvuruda bulunurken genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerin iş yerine ne gibi etkileri olduğunu, işyerinin unvanını, adresini, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı işçi sendikasını, işyeri İŞKUR numarasını ve sosyal güvenlik işyeri sicil numarasını belirtmeli, manyetik ve yazılı ortamda Kurumca belirlenen formatta hazırlanan kısa çalışma yaptıracak işçilere ilişkin bilgileri içeren listeyi Kuruma ibraz etmelidir.

Kısa çalışma uygulamasına geçen bir işyerinde, işveren, yukarıda açıklandığı üzere Kanun'un 64. maddesine istinaden, kısa çalışma süresince çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabilir.

## 2.2. Taking Employees on Annual Paid Leave

One of the first ways that comes to mind is the use of accumulated annual leaves that employees did not have used. Annual paid leave is a right that arising from the law is a disposition within the scope of employer's management right. It is stated in 8th article of the Regulation of Annual Paid Leave that the employer is not bound by the request of the employee in terms of the use of annual paid leave. According to related article, "Permission board or the employer is not bound by the date of leave requested by the employee. However, the charts to be drawn up by the said board to show the order and alternation of leave are prepared by taking into account the request and the employment status of the employee.". It is clearly stated in the Supreme Court's decision numbered 2014/27000 E. and 2016/2328 K. that the determining of the time to use of annual paid

## 2.2. İşçilere Yıllık Ücretli İzinlerinin Kullanılması

Akla ilk gelen yöntemlerden biri de işçilerin kullanmadığı birikmiş yıllık izinlerinin kullanılmasıdır. Yıllık izin kanundan doğan bir hak olup işverenin yönetim hakkı kapsamında kalan bir tasarruftur. Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin ("Yönetmelik") 8. maddesinde "İzin kurulu veya işveren, işçinin istediği izin kullanma tarihi ile bağlı değildir. Ancak, izin sıra ve nöbetleşmesini göstermek üzere söz konusu kurulca düzenlenecek çizelgeler işçinin talebi ve iş durumu dikkate alınarak hazırlanır." denilerek yıllık izin kullanımı açısından işverenin, işçinin talebiyle bağlı olmadığı ifade edilmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 28/01/2016 tarih 2014/27000 E. 2016/2328 K. Sayılı kararında "...Yıllık ücretli izin yönetmeliğinde de belirtildiği üzere yıllık izin kullanılacağı zamanı belirlemek işverenin

One of the first ways that comes to mind is the use of accumulated annual leaves that employees did not have used. Annual paid leave is a right that arising from the law is a disposition within the scope of employer's management right.

Akla ilk gelen yöntemlerden biri de işçilerin kullanmadığı birikmiş yıllık izinlerinin kullanılmasıdır. Yıllık izin kanundan doğan bir hak olup işverenin yönetim hakkı kapsamında kalan bir tasarruftur.

leave is within the scope of the management right of the employer as follows; "...As stated in the Regulation of Annual Paid Leave, determining the time to use of annual paid leave is within the scope of the management right of the employer. It is clear that this right of employer should be used within the framework of good will. In other words, the right to rest of the employee which arises from the Constitution should be used in accordance

yönetim hakkı kapsamında kalmaktadır. İşverenin bu hakkının iyi niyet kuralları çerçevesinde kullanılması gerektiği açıktır. Bir başka anlatımla, işçinin anayasal temeli olan dinlenme hakkının, işyerinin gereklerine uygun biçimde ve mümkün olduğunca işçinin talebi çerçevesinde kullanılması gerekir..." denilerek işçinin yıllık ücretli izin kullanacağı zamanı belirleme hakkının işverenin yönetim

## PART 1

IN TODAY'S TECHNOLOGY, IT IS ALSO POSSIBLE TO EXPAND THE CONCEPT OF WORKPLACE AND ADOPT REMOTE WORK APPLICATION.

with the needs of the workplace and within the framework of the employee's request as much possible...". However, afterwards of the relevant decision, it was stated that the employer should not use such right maliciously. Accordingly, during the Covid-19 pandemic, it is possible for employers to force employees to use their annual paid leaves, within the bounds of principle of honesty.

### 2.3. Leaving Employees on Unpaid Leave

Another way that comes to mind is leaving employees on unpaid leave. Unpaid leave means the suspension of the employment contract; during this period, the employee does not obligated to fulfill his duties arising from the contract, while the employer is relieved from his obligation to pay wage. In order to operate this way, the employment contract signed by and between the parties shall be examined at first place. In the event there is a regulation on the contract that gives employer to leave employees on unpaid leave, employer make leave employees on unpaid leave in accordance with such regulation. However, no such regulation exists in the contract, it will only be possible for employer to leave employees on unpaid leave via mutual agreement of the parties since leaving employees on unpaid leave considered as substantial alternation of working conditions. In this respect, unless there is a regulation under the contract for such matter, it will not possible for employer to leave employees on unpaid leave unilaterally and against the request of employees. In the event that employer leave employees on unpaid leave unilaterally and against their will, this means the termination of the employment contract by the employer and at the same time, the employee will have right to terminate the contract for a just cause.

The principle of termination should be the last resort" (ultima ratio), which is essential for the protection of the employee states that lighter measures should be applied to prevent termination. In preamble of 22th article of Labor Code, it is stated that "the purpose of the article is to ensure the continuation of the employment relationship by making certain changes in the working conditions instead of terminating the contract directly in the presence of certain negative

yetkisi kapsamında kaldığı açıkça ortaya konulmuştur. Ancak ilgili kararın devamında işverenin, bu hakkı kötü niyetli olarak kullanmaması gerektiği ifade edilmiştir. Bu doğrultuda, Covid-19 salgını süresince işverenlerin, dürüstlük kuralı sınırları dahilinde işçilere, kendi insiyatifleri doğrultusunda yıllık ücretli izinlerini kullandırmaları mümkündür.

### 2.3. İşçilerin Ücretsiz İzne Ayrılması

Bir diğer akla gelen yol ise, işçilerin ücretsiz izne çıkartılması yöntemidir. Ücretsiz izin, iş sözleşmesinin askıya alınması anlamına gelmektedir; bu süre boyunca işçi, iş görme edimini yerine getirmemekte, buna karşılık işveren de ücret ödeme yükümlülüğünden kurtulmaktadır. Bu yolun işletilebilmesi için öncelikle taraflar arasındaki iş sözleşmesi incelenmelidir, iş sözleşmesinde işverenin işçileri ücretsiz izne çıkarabileceğine dair bir düzenleme bulunmaktaysa işbu düzenlemeye uygun olarak işçiler, işverence ücretsiz izne çıkarılabileceklerdir; ancak, sözleşmede buna yönelik bir düzenleme bulunmuyorsa ücretsiz izin uygulaması, Kanun'un 22. maddesi kapsamında çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak kabul edileceğinden ancak tarafların karşılıklı mutabakatı ile mümkün olacaktır. Bu minvalde iş sözleşmesinde buna yönelik bir düzenleme bulunmadıkça işverenlerin, işçinin isteği dışında ve tek taraflı olarak ücretsiz izin kullandırması söz konusu olamayacak, kullandırılması iş sözleşmesinin işverence haksız feshi anlamına gelecek, aynı zamanda işçinin de iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkı doğacaktır.

İş hukukunda işçinin korunması adına önem arz eden "feshin son çare olması" (ultima ratio) ilkesi, feshi önleyebilecek daha hafif önlemlerin denemesi gerektiğini ifade etmektedir. İş Kanunu madde 22'nin gerekçesinde, "madde ile amaçlanan, belirli olumsuz koşulların varlığında, işçinin sözleşmesinin doğrudan feshedilmesi yerine, çalışma koşullarında belirli değişiklikler yapılması yoluyla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin sağlanmasıdır" denilmek suretiyle, feshin için

conditions.". Accordingly, even a valid reason for termination exists, it is aimed ensure the continuation of the contract by making changes in the working conditions instead of termination. In a nutshell, although employer has not right to leave employees on unpaid leave via unilateral decision, it can be argued that the unpaid leave application is in accordance with the principle of termination is the last resort, by presenting the existing conditions in possible court cases that may be filed by the employees who do not accept such practice. At this point, it is important that the unpaid leave application shall be carried out in a consistent measured within the framework of the principle of equality.

### 2.4. Adoption of Remote Work

In today's technology, it is also possible to expand the concept of workplace and adopt remote work application. Remote work is specified in 14th article of the Labor Law as follows; "Remote work is a contractual work relationship in which employees perform their work, which is within the scope of the employers' work organization, at home or away from the workplace by means of technological communication devices.". During remote work, the employee still works within the scope of the employers' work organization, in line with employer's orders and instructions, in accordance with the working hours and for wage that specified in the employment contract by the parties but outside the boundaries of the workplace. In the same way with the unpaid leave application, adoption of remote work with the unilateral decision of the employer depends on a regulation for such adoption in the employment contract between employer and employee. In the absence of such regulation, in the event that remote work is adopted via unilateral decision of the employer, it should be evaluated whether this means substantial alteration on working conditions or not. With adoption of remote work, (i) if there will be a change in the working conditions of the employee such as wage, working hours, such adoption must be notified to the employee in writing and written consent of the employee must be obtained, (ii) if there will be no substantial alteration on working conditions of the employee, the consent of

geçerli neden olsa dahi, fesh yerine çalışma koşullarında değişiklik yapılarak sözleşmenin devam ettirilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. Sonuç olarak, her ne kadar işverenin tek taraflı kararı ile çalışanları ücretsiz izne çıkarma hakkı yasal olarak mevcut olmasa da, bu uygulamayı kabul etmeyecek çalışanlar tarafından açılacak olası davalarda, mevcut koşullar ortaya konularak, ücretsiz izin uygulamasının feshin son çare olma ilkesine uygun olduğu savunulabilecektir. Bu noktada, ücretsiz izin uygulamasının eşitlik ilkesi çerçevesinde, tutarlı ve ölçülü bir şekilde gerçekleştirilmesi önem arz edecektir.

### 2.4. Uzaktan Çalışma Usulünün Benimsenmesi

Günümüz teknolojisinde, işyeri kavramının genişletilerek evden/uzaktan çalışma esasının benimsenmesi de mümkündür. Uzaktan çalışma, Kanun'un 14. maddesinde "Uzaktan çalışma; işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisidir." denilerek tanımlanmıştır. Uzaktan çalışma süresince işçi, hala işverenin iş organizasyonu kapsamında, işverenin emir ve talimatları doğrultusunda, taraflarca iş sözleşmesinde belirlenen çalışma saatleri içerisinde ve yine sözleşmede belirlenen ücret karşılığında iş görme edimini işyeri sınırları dışarısında yerine getirmektedir. İşçilerin ücretsiz izne çıkarılması uygulamasında olduğu gibi işverenin tek taraflı kararıyla uzaktan çalışma uygulamasına geçilebilmesi tarafların arasındaki iş sözleşmesinde buna yönelik bir düzenlemeye yer verilmesine bağlı olmakla birlikte; böyle bir düzenleme olmadığı takdirde, işverenin tek taraflı kararı ile uzaktan çalışma uygulamasına geçilmesi halinde bunun çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişikliğe sebep olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Uzaktan çalışmaya geçiş ile (i) işçinin, ücret, çalışma saatleri gibi çalışma koşullarında işçi aleyhine değişiklik gerçekleşecek ise, bu durumun işçiye yazılı olarak bildirilmesi ve işçinin yazılı rızasının alınması gerektiği, (ii) esaslı değişiklik gerçekleşme-

GÜNÜMÜZ TEKNOLOJİSİNDE, İŞYERİ KAVRAMININ GENİŞLETİLEREK EVDEN/UZAKTAN ÇALIŞMA ESASININ BENİMSENMESİ DE MÜMKÜNDÜR.



## PART 1

the employee will not be required, but yet the employee should have been notified on such adoption.

### 3. Termination

In the event that expected efficiency can not be achieved despite the above mentioned methods other than termination is tried, or if the one-week period specified in Article 40 of Law is exceeded, employment contract may be terminated at this point.

#### 3.1. Termination of The Employment Contract Within The Scope of Articles 24 and 25

In order for the employment contract to be terminated by the employer, Covid-19 epidemic must have occurred in the employee's near environment and it shall prevent the employee from working for a week. If these conditions are met, the employment contract may be terminated by employer for just cause. Such situation, which constitutes a just cause in terms of termination of the employment contract, removes the employer's obligation to notice but yet, it does not affect the severance payment obligation. Likewise, in the event quarantined due to an epidemic and if the employee is unable to perform his duties as a result of the quarantine, the employee will also be able to terminate the employment contract for just reason. In accordance with the 40th article of the Law, during this one-week period, the employer pays half of the wage to the employee as explained in more detail above. In this way, the employment contract of the employee will be suspended if the contract is not terminated by the employee following the expiry of the one-week period despite the force majeure that require the cessation of the work for more than a week at the workplace, and the employer will not be obligated to make any payment to the employee during the suspension period. The Law grants the employee the right to terminate the employment contract for this reason at the end of the one-week period, while the same right is not granted for the employer.

For workplaces such as sports halls, cinemas and show centers, entertainment venues whose activities were suspended within the

scope of circulars of the Ministry of Internal Affairs due to Covid-19 outbreak, it can be argued that a force majeure has arisen and therefore, employees may have right to terminate the employment contract for just cause. However, it can not be thought that the force majeure has arisen for the workplaces that have not been closed due to Covid-19 outbreak.

### 3. Fesih

Yukarıda sayılan fesih harici yollar denenmesine rağmen beklenen verimin sağlanamaması veya Kanun'un 40. maddesinde yer alan bir haftalık sürenin aşılması durumunda iş sözleşmesinin feshi söz konusu olacaktır.

#### 3.1. Kanun'un 24 ve 25. Maddelerine Göre İş Sözleşmesinin Feshi

İş sözleşmesinin işveren tarafından feshi için, Covid-19 salgınının, çalışanın çevresinde meydana gelmesi ve çalışanın bir hafta boyunca çalışmaktan alıkoyması şartlarının bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir, bu şartların gerçekleşmesi halinde iş sözleşmesi işveren tarafından haklı nedenle fesih edilebilecektir. İş sözleşmesinin feshi açısından haklı neden teşkil eden bu durum, işverenin ihbar yükümlülüğünü ortadan kaldırmakta ve fakat kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğünü herhangi bir şekilde etkilememektedir. Aynı şekilde, salgın hastalık sebebi ile işyerinin karantina altına alınması durumunda işçinin işini bir hafta süre ile ifa edememesi halinde, işçi de iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir. Bu bir haftalık süre zarfında Kanun'un 40. Maddesi gereği, yukarıda daha detaylı açıkladığımız sebeplerle işveren tarafından işçiye ücretinin yarısı kadar ödeme yapılır. Bu şekilde işçinin çalıştığı iş yerinde bir haftadan uzun bir süre için işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebeplerin meydana gelmesine rağmen iş sözleşmesinin işçi tarafından bir haftalık sürenin dolmasından sonra feshedilmemiş olması halinde iş sözleşmesi askıda kalacak, askı süresi boyunca işverenin işçiye ücret ödeme yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır. Bir haftalık sürenin sonunda Kanun, işçiye bu sebeple iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı verirken işverene bu sebepten dolayı iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı tanımamaktadır.

Covid-19 salgını kapsamında İşçileri Ba-

scope of circulars of the Ministry of Internal Affairs due to Covid-19 outbreak, it can be argued that a force majeure has arisen and therefore, employees may have right to terminate the employment contract for just cause. However, it can not be thought that the force majeure has arisen for the workplaces that have not been closed due to Covid-19 outbreak.

#### 3.2. Termination of The Contract Due to Employer or Another Employee to Get Caught With Covid-19

It has been stated in Article 25/1-b of the Law that "If the Health Care Committee has determined that the suffering is incurable and incompatible with the performance of the employee's duties. In cases of illness or accident which are not attributable to the employee's fault and which are due to reasons outside those set forth in (a) above and in cases of pregnancy or confinement, the employer is entitled to terminate the contract if recovery from the illness or injury continues for more than six weeks beyond the notice periods set forth in Article 17. In cases of pregnancy or confinement, the period mentioned above shall begin at the end of the period stipulated in Article 74. No wages are to be paid for the period during which the employee fails to report to work due to the suspension of his/her contract." and in Article 76 of the Public Health Law that "Those who are certain to transmit one of the epidemic diseases to those around his/her are temporarily banned from the execution of professional arts by the decision of sanitation councils until this is lost.". Accordingly, the employment contract of the employee may be terminated by the employer for just cause if the mentioned conditions are met. Hereunder, the employer may terminate the employment contract for just cause if the disease that the employee get caught reaches a level that can not be cured, and the Health Board determines that the employee is inconvenient to work in the workplace, and duration of this situation exceeds the notification periods stated in the Article 17 of the Law which depend on the employee's seniority. However, it should be noted that whether it is possible to terminate

kanlığı genelgeleriyle faaliyetlerine ara verilen spor salonları, sinema ve gösteri merkezleri, eğlence mekanları gibi işyerleri için zorlayıcı nedenin ortaya çıktığı ve dolayısıyla işçinin haklı nedenle fesih hakkının bulunduğu ifade edilebilecektir. Ancak Covid-19 salgını nedeniyle kapatılmamış işyerleri için zorlayıcı sebebin ortaya çıktığı düşünülemez.

#### 3.2. İşverenin ya da Bir Başka İşçinin Covid-19 Olması Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshi

Kanun'un 25/1-b hükmünde "İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğuun Sağlık Kurulunca saptanması durumunda (a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimlessiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17'nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74'üncü maddedeki sürenin bitiminde başlar. Ancak işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği süreler için ücret işlemez." denilerek, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 76. Maddesinde ise "Etrafında bulunanlara sari ve salgın hastalıklardan birini nakle vasıta olduğu muhakkak olan kimseler muvakkaten ve bu zail oluncaya kadar meslek sanatlarının icrasından hıfzıssıhha meclisleri kararıyla menolunur." denilerek sayılan şartların gerçekleşmesi halinde işçinin iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle feshedilebileceği ifade edilmiştir. Buna göre işçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek düzeye ulaşması, işçinin işyerinde çalışmasının sakıncalı olduğunun Sağlık Kurulunca tespit edilmesi ve bu durumun, işçinin işyerindeki çalışma süresine göre Kanun'un 17. maddesinde yer alan bildirim sürelerini altı hafta aşması halinde işveren, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki işyerinde, koronavirüse yakalanan işçinin iş sözleşmesinin Kanun'un belirtilen maddesi kapsamında feshinin mümkün olup olmadığı her

## PART 1

the employment contract of the employee get caught with coronavirus within the scope of the article specified in the Law should be evaluated by considering the conditions of each event. In addition, although it is possible to say that the disease caused by the Covid-19 outbreak is extremely contagious, it does not seem possible to say that it is certainly incurable; in this context, the effects of disease on the employee and the nature of the job that the employee is obligated to do should be evaluated together. Lastly, it should be emphasized that if the employer terminates the employment contract on the basis of this reason, his obligation to pay severance payment will stand.

The situation that the employee continues to work despite the contagious disease that he/she caught poses a great risk for both the employer and other employees work in the workplace. It has been regulated in the Article 24/1-b that the employees can terminate the employment contract for just cause if another employee who works in the workplace or the employer get caught with a contagious and/or a disease which is incompatible with the work conducted in the workplace, by saying "If the employer, his representative or another employee who is constantly near the employee and with whom he is in direct contact is suffering from an infecting disease or from a disease incompatible with the performance of his duties."

The employment contract has a different nature than other private law contracts since it establishes a personal relationship between the employee and the employer. As a result, it is crucial to protect the employee against the employer through regulations to be made in the legislation. In the second subclause of Article 417 of the Turkish Code of Obligations ("TCO") numbered 6098, it is stated that "The employer shall be responsible from taking all the measures required for ensuring work health and safety in the workplace, to keep the necessary equipment and materials, whereas the employees shall be responsible for observance of all the measures taken for work health and safety.". Accordingly, employer is obligated to take all necessary measures in order for protect the employee and also obligated to supervise the employee. Likewise, the employer's obligation to protect the body integrity of the employee is regulated in detail in the provisions of Article 4 and following articles of the Occupational Health and Safety Law ("OHSL") numbered 6331. In the 13th article of the OHSL, it is explained how

somut olay bakımından olayın koşulları dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Ayrıca her ne kadar Covid-19 salgınından kaynaklanan hastalığın son derece bulaşıcı olduğunu söylemek mümkün olsa da tedavi edilemeyecek düzeyde olduğunu kesin olarak söylemek mümkün gözükmemektedir; bu minvalde, hastalığın işçi üzerindeki etkileri ve işçinin yapmakla yükümlü olduğu işin niteliği birlikte ele alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Son olarak belirtmek gerekir ki işverenin, iş sözleşmesini bu sebebe dayanarak feshetmesi halinde işçiye kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü ortadan kalkmayacaktır.

İşçinin, yakalandığı bulaşıcı hastalığa rağmen çalışmaya devam etmesi durumu hem işveren için hem de iş yerinde çalışan diğer işçiler için büyük risk taşımaktadır. Kanun'un 24/1-b hükmünde "İşçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulursa." denilerek işçilerin, işyerinde çalışan başka bir işçinin yahut işverenin bulaşıcı ve/veya işyerinde görülmekte olan iş ile bağdaşmayan bir hastalığa yakalanması halinde iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecekleri düzenlenmiştir.

İş Sözleşmesi işçi ve işveren arasında kişisel ilişki kurduğundan dolayı diğer özel hukuk sözleşmelerinden daha farklı bir nitelik taşımaktadır. Bunun sonucunda işçinin, mevzuatta yapılan düzenlemeler ile işveren karşısında korunması büyük önem taşımaktadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun ("TBK") 417. maddesinin ikinci fıkrasında "İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür" denilerek işverene işçiyi koruma ve gözetme borcu yüklemiştir. Aynı şekilde 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun ("İSGK") 4. maddesi ve devamı hükümlerinde de işverenin, işçinin vücut bütünlüğünü koruma borcu ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. İSGK'nin 13. maddesinde işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının kullanımının nasıl uygulama alanı bulacağı açıklanmıştır. Bu

the exercise of the employee's right to refrain from working will find an application area. As per this provision, in order to use the right to refrain from working, a serious and imminent danger shall exist, an application must have been made to determine the danger, the necessary measures must have not been taken and the work must not have been stopped due to the continuing danger.

### III. AMENDMENTS ON LABOR LAW LEGISLATION DUE TO COVID-19

#### 1. Amendments through law numbered 7226 and dated 25.03.2020

##### 1.1. Termination Ban in Workplaces That Benefit From Short-Time Work

In the provisional article 23 of the law, "valid until 30/6/2020, for short work applications made due to force majeure originating from the new coronavirus (Covid-19), in the third paragraph of the additional article 2, in order for the worker to be entitled to short

hükme göre çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığı, bu tehlikenin tespit edilmesi için başvuru yapılmış olması, gerekli tedbirlerin alınmamış ve tehlikenin halen devam ediyor olması ile işin durmamış olması gerekmektedir.

### III. COVID-19 SEBEBİYLE İŞ HUKUKU MEVZUATINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

#### 1. 25.03.2020 Tarihinde kabul edilen 7226 sayılı yasa kapsamında yapılan değişiklikler

##### 1.1. Kısa Çalışma Uygulaması Bulunan İşyerlerinde Fesih Yasağı

Yasada yer alan geçici madde 23'te "30/6/2020 tarihine kadar geçerli olmak üzere, yeni koronavirüs (Covid-19) kaynaklı zorlayıcı sebep gerekçesiyle yapılan kısa çalışma başvuruları için, ek 2 nci maddenin üçüncü fıkrasında

The employment contract has a different nature than other private law contracts since it establishes a personal relationship between the employee and the employer.

İş Sözleşmesi işçi ve işveren arasında kişisel ilişki kurduğundan dolayı diğer özel hukuk sözleşmelerinden daha farklı bir nitelik taşımaktadır.

work allowance The provision of fulfilling the conditions of entitlement to unemployment insurance, except for the termination of the prescribed service contract, is applied as those who are subject to service contract for the last 60 days before the start of short-term employment, working as insured for 450 days in the last three years and paying

işçinin kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için öngörülen hizmet akdinin feshi hariç işsizlik sigortası hak etme koşullarını yerine getirmesi hükmü, kısa çalışma başlama tarihinden önceki son 60 gün hizmet akdine tabi olanlardan son üç yıl içinde 450 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası



## PART 1

## THE TERMINATION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT ON THE BASIS OF JUST CAUSE DUE TO FORCE MAJEURE IS REGULATED UNDER THE 3RD SUBCLAUSE OF 24TH AND 25TH ARTICLES.

unemployment insurance premium. Those who do not meet this condition continue to benefit from the short work allowance for the period remaining from the last unemployment benefit entitlement, not exceeding the short working period.

In order to benefit from the short-work practice within the scope of this article, the employee should not be fired by the employer, except for the reasons stated in sub-clause (II) of the first paragraph of Article 25 of Law No. 4857, in the period of short-time work at the workplace. Applications made under this article are concluded within 60 days from the date of application."

The President is authorized to extend the application date made under this article until 31/12/2020 and to differentiate the days specified in the first paragraph."

According to the regulation, employers, in workplaces where short work practice is in question, will not be able to terminate the employment contracts of the employees for reasons other than the reasons listed in the second paragraph titled "Situations that do not comply with the rules of ethics and goodwill and the like" of Article 25 of the Law. The termination ban stated in the text of below mentioned article has been extended for two months as of the date of 17.09.2020 with the Presidential Decision numbered 2930 and published in the Official Gazette dated 04.09.2020. Accordingly, until the date of 17.11.2020, employment contracts of the employees shall not be terminated for reasons other than the reasons stated in the 25th article's 2nd subclause named "For immoral, dishonorable or malicious conduct or other similar behavior".

### 1.2. Amendments on Working Time of Compensatory Work

In the 64th article of the Law, the employer has been given the right to make compensatory work within four months for unworked periods in cases where employees works considerably lower than the normal working hours or operations are completely stopped for reasons of suspending work due to force majeure, by saying "In cases where time worked has been considerably lower than the normal working

primi ödenmiş olması şeklinde uygulanır. Bu koşulu taşımayanlar, kısa çalışma süresini geçmemek üzere son işsizlik ödeneği hak sahipliğinden kalan süre kadar kısa çalışma ödeneğinden yararlanmaya devam eder.

Bu madde kapsamında kısa çalışma uygulamasından yararlanabilmek için, iş yerinde kısa çalışma uygulanan dönemde 4857 sayılı Kanunun 25 inci maddesinin birinci fıkrasının (II) numaralı bendinde yer alan sebepler hariç olmak kaydıyla işveren tarafından işçi çıkarılmaması gerekir. Bu madde kapsamında yapılan başvurular, başvuru tarihinden itibaren 60 gün içinde sonuçlandırılır.

Bu madde kapsamında yapılan başvuru tarihini 31/12/2020 tarihine kadar uzatmaya ve birinci fıkrada belirlenen günleri farklılaştırmaya Cumhurbaşkanı yetkilidir." düzenlemesi uyarınca işverenler, kısa çalışma uygulamasının söz konusu olduğu işyerlerinde Kanun'un "25. maddesinin "Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" başlıklı ikinci fıkrasında yer alan sebepler dışında kalan sebeplerle işçilerin iş sözleşmelerini feshedemeyeceklerdir. Madde metninde belirtilen söz konusu fesih yasağı, gelinen nokta itibarıyla, 04.09.2020 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 2930 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile 17.09.2020 tarihinden itibaren geçeli olmak üzere iki ay uzatılmıştır. Buna göre 17.11.2020 tarihine kadar Kanun'un "25. maddesinin "Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" başlıklı ikinci fıkrasında yer alan sebepler dışında kalan sebeplerle işçilerin iş sözleşmeleri feshedilemeyecektir.

### 1.2. Telafi Çalışma Süresinde Yapılan Değişiklik

Kanun'un 64. maddesinde "Zorunlu nedenlerle işin durması, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi veya benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi ya da işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi hallerinde, işve-

time or where operations are stopped entirely for reasons of suspending work due to force majeure or on the days before or after the national and public holidays or where the employee is granted time off upon his request, the employer may call upon compensatory work within two months in order to compensate for the time lost due to unworked periods.". With this Law numbered 7226, the upper mentioned provision's "...employer may call upon compensatory work within two months in order to compensate for the time lost due to unworked periods." part has changed as "employer may call upon compensatory work within four months in order to compensate for the time lost due to unworked periods". Thus, the employer may call upon compensatory work for the time that the employee has not worked, within four months.

### 2. Amendments enter into force in 17.04.2020 Through the law on decrease of effects of new coronavirus (covid-19) epidemic on economic and social life and law on amendment of certain laws numbered 7244

#### 2.1. Termination Ban

The termination of the employment contract on the basis of just cause due to force majeure is regulated under the 3rd subclause of 24th and 25th articles. Curfews and quarantines announced due to epidemic diseases may be considered as force majeure and relevant provisions of these articles may be applied. As detailedly explained above, while the employer's right to terminate the employment contract for just causes was limited with the workplaces where short-time work practice has started and application period within the scope of Law numbered 7226, such right is further limited with the Law numbered 7244, which entered into force on 17.04.2020. In this respect, provisional article 10 has been added to the 10th article of the Law through 9th article.

"PROVISIONAL ARTICLE 10 - All kinds of employment contracts of any employee covered or not covered by the Labor Law will not be terminated by the employer for

ren iki ay içinde çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabilir." denilerek işverene, zorunlu nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması yahut çalışmanın tamamen durdurulması durumlarında, çalışılmayan süreler için dört ay içerisinde işçilere telafi çalışması yaptırma hakkı tanınmıştır. İşbu 7226 sayılı kanunla, "...iki ay içinde çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabilir." hükmü, "...dört ay içinde çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabilir." olarak değiştirilmiştir. Böylece işveren, işçiden işçinin çalışmadığı zamanlar için telafi çalışması yapmasını dört ay içerisinde isteyebilecektir.

### 2. 17.04.2020 Tarihinde yürürlüğe giren 7244 sayılı yeni koronavirüs (covid-19) salgınının ekonomik ve sosyal hayata etkilerinin azaltılması hakkında kanun ile bazı kanunlarda değişiklik yapılmasına dair kanun ile getirilen değişiklikler

#### 2.1. Fesih Yasağı

Kanun'un 24. ve 25. maddelerinin üçüncü fıkralarında iş sözleşmesinin zorlayıcı sebep nedeniyle haklı nedenle feshi hali düzenleme altına alınmıştır. Salgın hastalık nedeniyle ilan edilen sokağa çıkma yasağı ve karantina uygulamaları zorlayıcı sebep kabul edilebilecek ve bu maddelerin ilgili hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Yukarıda detaylıca açıklanmış olduğu üzere, 7226 sayılı kanun kapsamında işverenin, iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı yalnızca kısa çalışma uygulamasına geçilen işyerlerinde ve uygulama süresiyle sınırlandırılmış iken, 17.04.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7244 sayılı kanun ile işverenin iş sözleşmesini fesih hakkı daha da sınırlandırılmıştır. Bu minvalde, 7244 sayılı kanunun 9. maddesi ile Kanun'a geçici 10. Madde eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 10 - Bu Kanunun kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın her türlü iş veya hizmet sözleşmesi, bu madde-

KANUN'UN 24. VE 25. MADDELERİNİN ÜÇÜNCÜ FIKRALARINDA İŞ SÖZLEŞMESİNİN ZORLAYICI SEBEP NEDENİYLE HAKLI NEDENLE FESHİ HALİ DÜZENLEME ALTINA ALINMIŞTIR.

## PART 1

three months from the effective date of this article, except in cases that do not comply with the rules of ethics and goodwill, and similar causes, which are specified under item (II) of second subclause of 25th article. In three months period mentioned above, the employer can leave the employees completely or partially on unpaid leave. In this context, leaving the unpaid leave does not give employee the right to terminate the contract based on the valid reason.

The employer or the employer's representative who terminates the employment contract contrary to the provisions of this article is given an administrative fine equal to the monthly gross minimum wage on the date of the act for each employee whose contract is terminated.

The President is entitled to extend the three-month periods up to six months specified in the first and second paragraphs of this article."

Within the scope of this article, regardless of whether short-time work practice is applied in the workplace or not, the employer's right to terminate the employment contract is abolished for three months, except for the situations regulated in the second subclause of the 25th article of the Law. Again, within the scope of same article, in cases where the employer leave the employees on unpaid leave within the framework of his own unilateral declaration, the right of the employee to terminate the employment contract is abolished.

nin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay süreyle 25 inci maddenin birinci fıkrasının (II) numaralı bendinde ve diğer kanunların ilgili hükümlerinde yer alan ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzeri sebepler dışında işveren tarafından feshedilemez.

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç aylık süreyi geçmemek üzere işveren işçiyi tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayırabilir. Bu madde kapsamında ücretsiz izne ayrılmak, işçiyi haklı nedene dayanarak sözleşmeyi fesih hakkı vermez.

Bu madde hükümlerine aykırı olarak iş sözleşmesini fesheden işveren veya işveren vekiline, sözleşmesi feshedilen her işçi için fiilin işlendiği tarihteki aylık brüt asgari ücret tutarında idari para cezası verilir.

Cumhurbaşkanı birinci ve ikinci fıkrada yer alan üç aylık süreleri altı aya kadar uzatmaya yetkilidir."

Bu madde kapsamında işyerinin kısa çalışma uygulamasında olup olmadığına bakılmaksızın işverenin üç ay boyunca Kanun'un 25. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen durumlar hariç işçinin iş sözleşmesini fesih hakkı kaldırılmıştır. Yine aynı madde kapsamında işçinin, işverenin tek taraflı beyanı kapsamında ücretsiz izne çıkartıldığı durumlarda, işçinin iş sözleşmesini fesih hakkı ortadan kaldırılmıştır.



## 2.2. Amendment on Employees to Leave on Unpaid Leave Through Employers Unilateral Decision

Another amendment brought by the Law numbered 7244 is that the employer is entitled to leave the employees on unpaid leave completely or partially for a period three months period at most, without seeking the employee's approval, in accordance with the provision of "In three months period mentioned above, the employer can leave the employees completely or partially on unpaid leave. In this context, leaving the unpaid leave does not give employee the right to terminate the contract based on the valid reason." which is regulated under the provisional article 10. Accordingly, the employer, whose right to terminate the contracts of the employees is abolished for three months period, except in cases that do not comply with the rules of ethics and goodwill, and similar causes, which are specified under item (II) of second subclause of 25th article, will be entitled to leave the employees on unpaid leave for a period of three months without seeking the employee's approval or request.

## 2.3. Amendment on Short-Time Working Allowance

With the provisional article 10, a provision with regard the short-time allowance has added to the Law. Relevant provision is regulated as follows; "For the short-time work applications made by employers for force majeure due to new coronavirus (Covid-19), short-time work payments is made in line with the employers' statement, without waiting for the determination the eligibility of the application. Excessive and unwarranted payments due to the employer providing incorrect information and documents are collected from the employer together with its statutory interest.". In accordance with this provision, with regard to the short-time work applications made by the employers due to the force majeure arising from Covid-19, short-time work payments can be paid with the declaration of the employers without waiting for the determination of the conformity decision to be made by labor inspectors.

## 2.2. İşçilerin İşveren Tarafından Ücretsiz İzne Çıkarılmasına İlişkin Değişiklik

7244 sayılı kanun ile getirilen bir diğer yenilik ise işverene, Kanun'un 9. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç aylık süreyi geçmemek üzere işveren işçiyi tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayırabilir. Bu madde kapsamında ücretsiz izne ayrılmak, işçiyi haklı nedene dayanarak sözleşmeyi fesih hakkı vermez." hükmü ile işçinin onayı aranmaksızın işçileri 3 aylık süreyi geçmemek üzere kısmi veya tamamen ücretsiz izne çıkartma hakkı tanınmasıdır. Buna göre, üç ay boyunca Kanun'un 25. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen durumlar hariç işçinin iş sözleşmesini fesih hakkı kaldırılan işveren, işçinin onayı veya talebi aranmaksızın işçiyi 3 aylık süre ile sınırlı olarak ücretsiz izne çıkarabilecektir.

## 2.3. Kısa Çalışma Ödeneğinde Yapılan Değişiklik

Kanun'a geçici madde 25 ile "Yeni koronavirüs (Covid-19) sebebiyle işverenlerin yaptıkları zorlayıcı sebep gerekçeli kısa çalışma başvuruları için, uygunluk tespitinin tamamlanması beklenmeksizin, işverenlerin beyanı doğrultusunda kısa çalışma ödemesi gerçekleştirilir. İşverenin hatalı bilgi ve belge vermesi nedeniyle yapılan fazla ve yersiz ödemeler, yasal faizi ile birlikte işverenden tahsil edilir." hükmü eklenmiştir. Bu hüküm doğrultusunda Covid-19'dan kaynaklanan zorlayıcı sebep nedeniyle işverenlerin yaptığı kısa çalışma başvurularına ilişkin olarak iş müfettişleri tarafından gerçekleştirilen denetim neticesinde verilebilecek uygunluk tespit kararı beklenmeksizin işverenlerin beyanı ile kısa çalışma ödemesi gerçekleştirilebilecektir.



## PART 1

**2.4. Amendment on Temporary Employment Allowance**

According to article added to the Unemployment Insurance Law numbered 4447 within the scope of Law numbered 7244, employees who have an existing employment contract at the time the article get into force and who are also left to unpaid leave by the employer within the scope of provisional article 10 of the Unemployment Insurance Law and can not benefit from the short-time work allowance and the employees whose employment contracts are terminated pursuant to article 51 of the Unemployment Insurance Law after the date of 15.03.2020 and who can not benefit from unemployment allowance with respect to other provisions of this Law, provided that they do not receive any other old age pension from any social security institution, it is stipulated that they will be given a cash wage support in the amount of TL 39 from the fund for the period of unpaid leave or unemployment for not exceeding the period that termination ban which regulated under the provisional article 10 of the Law numbered 4857 exists. Employees who benefit from the cash wage support within the scope of this article and who are not included in the scope of general health insurance holders or dependents of the general health insurance holders pursuant to the Social Insurance and General Health Insurance Law numbered 5510, are considered to be general health insurance holders in accordance with the article 60/1-g of the same Law and the general health insurance premiums of those are covered from the fund. In accordance with the aforementioned regulation, a net monthly unemployment allowance in the amount of TL 1.168,00 will be paid to the employees who are left on unpaid leave and who can not benefit from short-time work allowance and employees whose employment contracts terminated after the date of 15.03.2020.

**2.5. Extension of The Time Regarding Trade Unions and Collective Labor Contracts**

As stated in article 2/1 of the Law numbered 7244, time periods with regard authorization determinations made within the scope of the Law numbered 6356 on Trade Unions and Collective Labor Contracts, conclusion of collective labor contracts, resolutions of collective labor disputes, strikes and lock-outs are extended for three months as of the date of 17.04.2020, when this article entered into force. President is entitled to extend these time periods for another three more months following the end of this three-months period.

**2.4. Geçici İstihdam Ödeneğinde Yapılan Değişiklik**

7244 sayılı kanun kapsamında 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na eklenen geçici madde ile, maddenin yürürlüğe girdiği tarihte mevcut bir iş sözleşmesi bulunan ve aynı zamanda İşsizlik Sigortası Kanunu geçici madde 10 kapsamında işveren tarafından ücretsiz izne ayrılan ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçiler ile 15.03.2020 tarihinden sonra İşsizlik Sigortası Kanunu'na madde 51'e göre iş sözleşmesi feshedilen ve bu Kanun'un diğer hükümlerine göre işsizlik ödeneğinden yararlanamayan işçilere, herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan başka bir yaşlılık aylığı almamak koşulu ile, 4857 sayılı Kanun'un geçici 10. Maddesinde yer alan fesih yapılamayacak süreyi geçmemek üzere, bu süre içerisinde ücretsiz izinde buldukları veya işsiz kaldıkları süre kadar, fondan 39,40 TL nakdi ücret desteği verileceği hüküm altına alınmıştır. Bu madde kapsamında nakdi ücret desteğinden yararlananlar 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na göre genel sağlık sigortalısı veya genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi kapsamına girmeyen işçiler, aynı Kanun'un 60/1-g bendi uyarınca genel sağlık sigortalısı sayılırlar ve genel sağlık sigortasına ilişkin primleri fondan karşılanır. Belirtilen düzenleme ile ücretsiz izne ayrılan ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçiler ile 15.03.2020 tarihinden sonra iş sözleşmesi feshedilen işçilere aylık net 1.168 TL işsizlik ödeneği ödenecektir.

**2.5. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmelerine İlişkin Sürelerin Uzatılması**

7244 sayılı Kanun'un 2/1 maddesinde belirtildiği üzere, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na kapsamında yapılan yetki tespitlerinin verilmesi, toplu iş sözleşmelerinin yapılması, toplu iş uyuşmazlıklarının çözümü ile grev ve lokavta ilişkin süreler bu maddenin yürürlüğe girdiği 17.04.2020 tarihinden itibaren üç ay süre ile uzatılmıştır. Cumhurbaşkanı bu üç aylık sürenin bitiminden itibaren üç ay daha süreyi uzatmaya yetkilidir.

**2.6. Income Criteria in Care Services and Severe Disability Conditions**

As regulated in Article 5 of Law numbered 7244, in accordance with provisional article 18 that added to the Social Services Law numbered 2828, income criteria and severe disability conditions sought to provide services to those in need in care centers and the income criteria sought to provide care services via purchasing services will not be sought for three months as of the date of 17.04.2020, when this article entered into force, due to force majeure arising from the Covid-19 epidemic. President is entitled to extend this time period up to one year.

**2.6. Bakım Hizmetlerinde Gelir Ölçütü ve Ağır Engellilik Şartları**

7244 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlendiği üzere 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu'na eklenen Geçici Madde 18 uyarınca Covid-19 salgını dolayısıyla zorunlu sebep nedeniyle, bakım merkezlerinde ihtiyaç duyanlara hizmet sunulması için aranan gelir ölçütü ve ağır engellilik şartları ile hizmet alımıyla bakım hizmeti sunulabilmesi için aranan gelir ölçütü şartı bu geçici maddenin yürürlük tarihi olan 17.04.2020'den itibaren üç ay süre ile aranmaz. Cumhurbaşkanının bu süreyi bir yıla kadar uzatma yetkisi mevcuttur.

In accordance with the aforementioned regulation, a net monthly unemployment allowance in the amount of TL 1.168,00 will be paid to the employees who are left on unpaid leave and who can not benefit from short-time work allowance and employees whose employment contracts terminated after the date of 15.03.2020.

Belirtilen düzenleme ile ücretsiz izne ayrılan ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçiler ile 15.03.2020 tarihinden sonra iş sözleşmesi feshedilen işçilere aylık net 1.168 TL işsizlik ödeneği ödenecektir.

**3. Amendments enter into force in 28.07.2020 Through the law on the establishment of the digital media commission and making amendments on some laws numbered 7252****3.1. Termination Ban**

With the regulation made in the Law numbered 7252, the President has been authorized to extend the previously imposed ban on the employer's right to terminate the employment contract for three-months periods each time until the date of 30.07.2021.

**3. 28.07.2020 Tarihinde yürürlüğe giren 7252 sayılı dijital mecralar komisyonu kurulması ile bazı kanunlarda değişiklik yapılması hakkında kanun ile getirilen değişiklikler****3.1. Fesih Yasağı**

7252 sayılı Kanun'da yapılan düzenleme ile, işverenin iş sözleşmesinin fesih hakkına daha önce getirilmiş bulunan sınırlamanın, her defasında üçer aylık süreler ile 30.07.2021 tarihine kadar uzatılması hususunda Cumhurbaşkanına yetki verilmiştir.

## PART 1

**3.2. Amendments on Short-Time Work**

With the provisional article 26 added to Law numbered 4447, due to the force majeure arising from the Covid-19 epidemic, in case employees who work in private sector workplaces and benefit from short-time work allowance and/or cash wage support return to their normal weekly working hours in their workplaces, it has been decided that their monthly insurance premiums will be covered by the Unemployment Fund for 3 months, provided that it will not exceed as the date of 31.12.2020. In addition, the President has been authorized to extend the 3-month period up to 6 months separately for each sector or wholly. Accordingly, the support period to be provided to the employer for each month can not exceed the average number of days in which they receive short-time work allowance, and the average number of days they receive cash wage support for those who receive cash wage support.

**3.3. Amendments on Occupational Health and Safety Obligations Regarding Some Employers**

In accordance with the Occupational Health and Safety Law dated 20.06.2012 and numbered 6331, in public institutions and dangerous workplaces with less than 50 employees, employers are obligated to employ occupational safety experts and workplace doctor. Pursuant the provision brought by the Law numbered 7252, the employer's obligation to employ occupational safety experts and workplace doctor has been postponed until 31.12.2023 in terms of these workplaces. It should be noted that, postponement is only related to the employment obligation of the workplace doctor and occupational safety experts, and other obligations of the employer which are stipulated by the Occupational Health and Safety Law numbered 6331 are not included in the scope of the postponement.

**IV. EVALUATION OF COVID-19 AS OCCUPATIONAL DISEASE/ACCIDENT**

Occupational accident may be defined as an event that causes the insured person to be physically or spiritually harmed by a sudden and external factor due to the job or job he/she operates under the authority of the employer.<sup>2</sup> On the other hand, occupational disease may be defined as a temporary or permanent disease, physical or mental disability, which the insured suffered due to

**3.2. Kısa Çalışma Uygulamasında Yapılan Değişiklik**

4447 sayılı Kanuna eklenen geçici 26. maddede ile COVID-19 salgınından kaynaklanan zorlayıcı sebebe bağlı olarak, kısa çalışma ödeneğinden ve nakit ücret desteğinden yararlanan özel sektör iş yerlerinde çalışan işçilerin çalıştıkları iş yerinde haftalık normal çalışma sürelerine dönülmesi halinde, aylık SGK primlerinin tamamının 31.12.2020 tarihini geçmemek şartıyla 3 ay süreyle işsizlik Sigortası Fonu'ndan karşılanması kararlaştırılmıştır. Ayrıca Cumhurbaşkanı, 3 aylık süreyi sektörel olarak ayrı ayrı veya bir bütün olarak 6 aya kadar uzatmaya yetkili kılınmıştır. Buna göre işverene her bir ay için sağlanacak destek süresi; kısa çalışma ödeneği alanlar için kısa çalışma ödeneği aldığı aylık ortalama gün sayısını, nakdi ücret desteğinden yararlandırılanlar için nakdi ücret desteği aldıkları aylık ortalama gün sayısını geçemeyecektir.

**3.3. Bir Kısım İşverenlere İlişkin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinde Yapılan Değişiklik**

20.06.2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu uyarınca kamu kurumları ile 50'den az çalışanı olan tehlikeli iş yerlerinde, iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi çalıştırma yükümlülüğü bulunmaktadır. 7252 sayılı Kanun ile getirilen hüküm uyarınca, iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi bulundurma yükümlülüğü, kamu kurumları ile 50'den az çalışanı olan tehlikeli iş yerleri bakımından 31.12.2023 tarihine kadar ertelenmiştir. Erteleme, yalnızca işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı istihdam yükümlülüğüne ilişkin olup, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun öngördüğü diğer yükümlülükler erteleme kapsamına dahil edilmemiştir.

**IV. COVID-19'UN İŞ KAZASI/MESLEK HASTALIĞI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**

İş kazası, sigortalının işverenin otoritesi altında bulunduğu bir sırada gördüğü iş veya işin gereği dolayısıyla aniden ve dıştan gelen bir etkenle onu bedence ya da ruhsal olarak zararlandıran bir olay olarak tanımlanabilir.<sup>2</sup> Meslek hastalığı ise, sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli bir hastalık, be-

a recurring reason or the conditions of execution of the work that insured worked or performed.<sup>3</sup>

There is no consensus in the doctrine on whether the coronavirus should be considered as a disease or an occupational disease. According to one opinion, such epidemic diseases shall be considered as a disease, not a occupational accident and/or occupational disease, while opposing opinion argues that they should be accepted as occupational accidents.<sup>4</sup> Considering that the occupational disease is related to "a recurring reason or the conditions of execution of the work" and that the conditions of the work should be done for a certain period of time, the opinion which argues that coronavirus can not be considered as an occupational disease gains importance.<sup>5</sup> However, each incident related to Covid-19 should be evaluated within itself, accordingly, while Covid-19 will not be considered as an occupational accident or occupational disease in terms of some events, it may be considered as a occupational accident or a occupational disease in some cases.<sup>6</sup>

densel veya ruhsal özrürlük halleri olarak tanımlanabilir.<sup>3</sup>

Koronavirüs'ün hastalık mı yoksa meslek hastalığı mı sayılacağı konusunda doktrinde bir fikir birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre bu tür salgın hastalıklar iş kazası veya meslek hastalığı değil, hastalık olarak kabul edilecek iken, diğer bir görüş iş kazası olarak kabul edilmesi gerektiği yönündedir.<sup>4</sup> Meslek hastalığının "tekrarlanan bir sebep veya işin yürütüm şartları" ile ilintili olması ve belirli bir süre o işin yapılması şartları gerektiği dikkate alındığında koronavirüs'ün, meslek hastalığı sayılmayacağı görüşü ağırlık kazanmaktadır.<sup>5</sup> Ancak Covid-19 ile ilgili her olay kendi içinde değerlendirilmelidir, buna göre Covid-19 bazı olaylar bakımından iş kazası veya meslek hastalığı sayılmayacakken bazı olaylarda iş kazası veya meslek hastalığı olarak kabul edilebilecektir.<sup>6</sup>

## FOOTNOTE

<sup>2</sup> Ali Güzel, Ali Rıza Okur, Nurşen Canıklıoğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, p. 361

<sup>3</sup> Sözer, İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, p. 358

<sup>4</sup> Kurt, 250 Soruda Koronavirüs Sürecinde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, p. 236, 237

<sup>5</sup> Kurt, p. 236, 237

<sup>6</sup> Kurt, p. 236, 237

## BIBLIOGRAPHY

Civil Department No.9 of Supreme Court, 2016/12874 E., 2018/20402 K., 13.11.2018.

Civil Department No.9 of Supreme Court, 2016/9116 E., 2019/16141 K., 18.09.2019.

Civil Department No.9 of Supreme Court, 2016/14140 E., 2018/21011 K., 20.11.2018.

GÜZEL (ALİ)/OKUR (ALİ RIZA)/CANIKLIOĞLU (NURŞEN), Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.

SÖZER (ALİ NAZİM), İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.

KURT (RESUL), 250 Soruda Koronavirüs Sürecinde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2020.

## KAYNAKÇA

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2016/12874 E. 2018/20402 K., 13.11.2018.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2016/9116 E. 2019/16141 K., 18.09.2019.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2016/14140 E. 2018/21011 K., 20.11.2018.

GÜZEL (ALİ)/OKUR (ALİ RIZA)/CANIKLIOĞLU (NURŞEN), Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.

SÖZER (ALİ NAZİM), İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.

KURT (RESUL), 250 Soruda Koronavirüs Sürecinde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2020.

## DİPNOT

<sup>2</sup> Ali Güzel, Ali Rıza Okur, Nurşen Canıklıoğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 361

<sup>3</sup> Sözer, İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 358

<sup>4</sup> Kurt, 250 Soruda Koronavirüs Sürecinde İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 236, 237

<sup>5</sup> Kurt, s. 236, 237

<sup>6</sup> Kurt, s. 236, 237



### VALIDITY AND ENFORCEMENT OF SMART CONTRACTS IN TURKISH LAW

#### AKILLI SÖZLEŞMELERİN TÜRK HUKUKUNDA GEÇERLİLİĞİ VE İCRA EDİLEBİLİRLİĞİ

MEHMED FATİH GÖKSU  
BEKİR BERA GÖKSU

#### ABSTRACT

The creation of smart contracts became possible with the development of the technological infrastructure, blockchain technology. This article explains the provision of judgment and execution of smart contracts by the parties, the brief history, features, working principles, and importance of blockchain technology under Turkish law. In addition, issues related to the provisions of a smart contract and contract terms are explained within the scope of Turkish law, and its connection with smart contracts is mentioned.

#### ÖZET

Blockchain teknolojisi sayesinde oluşturulabilen akıllı sözleşmelerin Türk hukuku tahtında kurulumu, hüküm doğurması ve akıllı sözleşmelerin taraflarca icra edilebilirliğinin irdelendiği makalede, bu hususların anlaşılabilirliği için blockchain teknolojisinin ve bu teknolojik altyapı sayesinde oluşturulabilen akıllı sözleşmelerin kısa tarihçesi, özellikleri, çalışma prensipleri ve önemi anlatılmıştır. Bunların yanında Türk hukuku kapsamında sözleşmenin kurulması, sözleşmelerin hüküm ifade etmesi gibi konular açıklanarak, akıllı sözleşmeler ile bağlantısından bahsedilmiştir.

#### → KEYWORDS

BLOCKCHAIN, SMART CONTRACT, SMART CONTRACTS, VALIDITY, HASH CODE, CONTRACT TERMS, CONTRACT TERMS PREVAIL

#### → ANAHTAR KELİMELER

BLOK ZİNCİR, AKILLI SÖZLEŞME, GEÇERLİLİK, HASH KODU, SÖZLEŞME KURULMASI, SÖZLEŞMENİN HÜKÜM DOĞURMASI

## PART 2

Digitalization exists in every field today and is changing the way we do business. These changes came about through the reliable, fast, cheap, and quality digital services aimed at eliminating the most inefficient and risky elements of each sector.

Dijitalleşme günümüzde her alanda kendini göstererek, iş yapış usullerini değiştirmektedir. Bu değişimler her bir sektörün en verimsiz veya riskli unsurlarını ortadan kaldırmaya yönelik güvenilir, hızlı, ucuz ve kaliteli dijital hizmetler sunularak sağlanmaktadır.

## I. INTRODUCTION

Digitalization exists in every field today and is changing the way we do business. These changes came about through the reliable, fast, cheap, and quality digital services aimed at eliminating the most inefficient and risky elements of each sector. A number of technologies applied to legal products and services have been developed and used over time. Nevertheless, until the recent past, contracts establishing legal connections between parties were made physically. Increasingly, however, the preparation and enforcement of contracts, one of the most essential legal products/services, is being carried out on digital platforms.

Digital contracts were created for purchases made through websites and are executed through a reliable third-party tool. Such technological development has brought with it social and commercial developments; commercial relations have expanded, diversified, and become more complicated than ever before. The importance of smart contracts, a part of blockchain technology, is their potential to provide the speed and confidence required in commercial and social life.

Nick Szabo, who first used the term

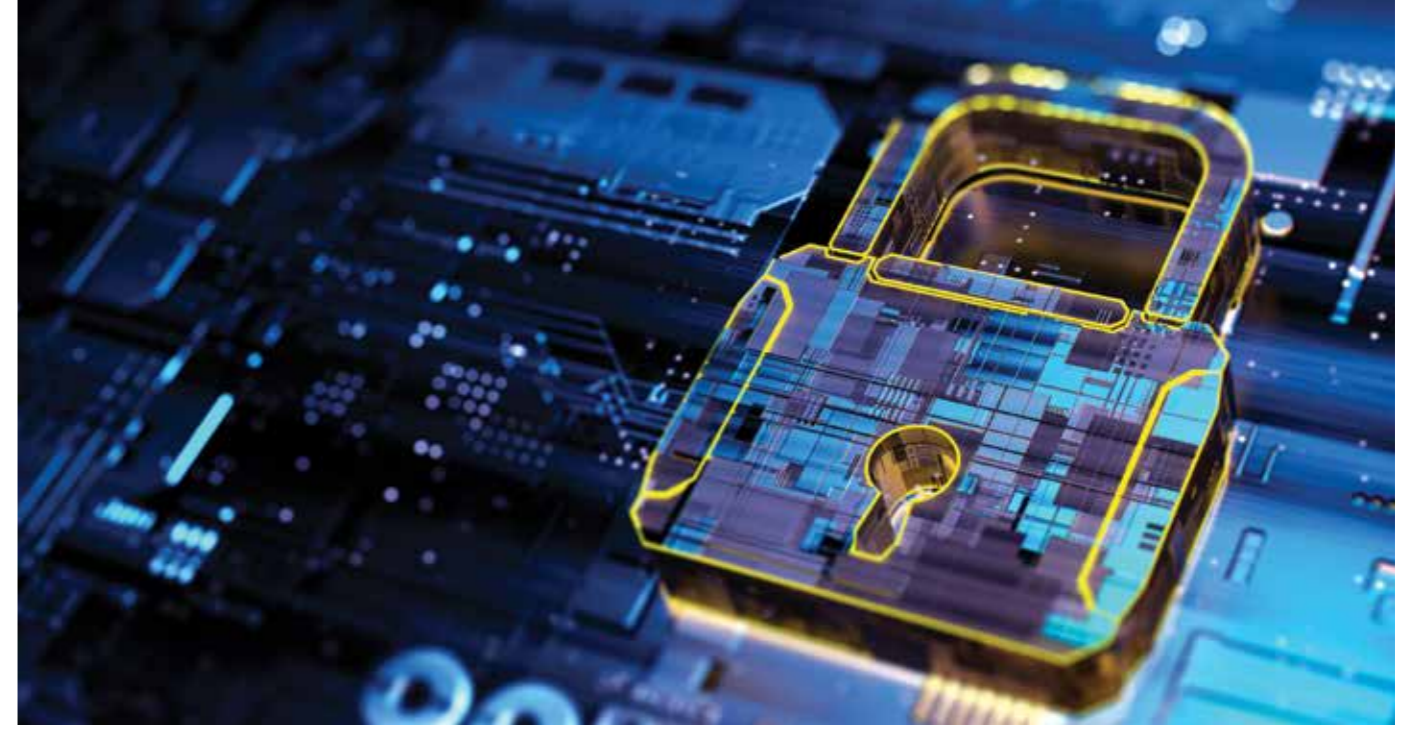
## I. GİRİŞ

Dijitalleşme günümüzde her alanda kendini göstererek, iş yapış usullerini değiştirmektedir. Bu değişimler her bir sektörün en verimsiz veya riskli unsurlarını ortadan kaldırmaya yönelik güvenilir, hızlı, ucuz ve kaliteli dijital hizmetler sunularak sağlanmaktadır. Hukuki ürünlerin ve hizmetlerin de ortaya çıkarılması aşamalarında başvurulan birtakım teknolojiler zamanla geliştirilmiş ve kullanılabilir hale gelmiştir. Ancak taraflar arasındaki hukuki bağları kuran sözleşmeler yakın bir geçmişe kadar ekseriyetle fiziki olarak yapılmıştır. Hukuk teknolojilerinin gelişme ivmesinin artması sonucunda, hukuki ürün/hizmetlerin en esaslılarından biri olan sözleşmelerin de hazırlanması ve icra edilmesi dijital platformlara taşınmaktadır.

İnternetin gelişmesi sonucunda kurulan internet siteleri vasıtasıyla yapılan alışverişlerde dijital sözleşmeler oluşturulsa da bu sözleşmelerin icrası hep güvenilir bir üçüncü kişi aracılığıyla yürütülmüştür. Ayrıca dünyadaki teknolojik gelişim sosyal ve ticari gelişimi de beraberinde getirmiş; ticari ilişkilerin hiçbir döneminde olmadığı kadar genişlemiş, çeşitlenmiş ve karmaşıklaşmıştır. Bu noktada blockchain teknolojisinin bir parçası konumunda olan "akıllı sözleşmeler" ticari ve sosyal hayatın ihtiyaç duyduğu hız ve güveni sağlayabilecek potansiyeli ihtiva

## FOOTNOTE

<sup>1</sup> Mesut Serdar Çekin, "Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzeniminde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?", İstanbul Hukuk Mecmuası, İstanbul, June 2019, p.323



"smart contract", defines them as a "promise system in which the parties also fulfill their commitments". In order to understand how smart contracts work, this article examines the working principles and technological possibilities of blockchain technology, which enables the system to operate. In addition, the article examines the basic conditions of the establishment and validity of contracts within the existing legal structure and legal concepts and whether smart contracts fulfill these principles.

## II. BLOCKCHAIN TECHNOLOGY AND SMART CONTRACTS

## A. Blockchain technology

Blockchain technology is a record that registers the data in encrypted form, which is not kept by a central organization and all information in encrypted form is shared with everyone involved in the system.<sup>1</sup> Although blockchain technology can be defined in many ways, this definition clearly covers the most basic features of blockchain. Accordingly, it is a record, or a ledger, where encrypted data is kept. The records are transactions made on the

etmesi sebebiyle önem arz etmektedir. Akıllı sözleşme kavramını ilk kullanan Nick Szabo'nun "içerisinde tarafların da taahhütlerini ifa ettiği bir vaat sistemi" olarak tanımladığı akıllı sözleşmeleri anlayabilmek için işbu makalede öncelikle bu sistemin çalışmasını sağlayan blockchain teknolojisinin çalışma prensipleri ve teknolojik imkanları irdelenmiştir. Bunun yanında mevcut hukuki yapı ve nosyon içerisinde sözleşmelerin kurulması ve geçerli olmasının temel şartları incelenmiş ve akıllı sözleşmelerin bu esasları sağlayıp sağlamadığı tetkik edilmiştir.

## II. BLOCKCHAIN TEKNOLOJİSİ VE AKILLI SÖZLEŞMELER

## A. Blockchain teknolojisi

Blockchain teknolojisi şifrelenmiş halde ve rilleri kayıt altına alan, merkezi bir müessese tarafından tutulmayan ve şifrelenmiş haldeki bütün bilgilerin sisteme dahil olan herkesle paylaşıldığı bir sicil niteliği taşımaktadır.<sup>1</sup> Blockchain teknolojisinin birçok şekilde tanımlanabileceği olsa da bu tanım blockchainin en temel özelliklerini açıkça ortaya koymaktadır. Buna göre blockchain esasında kayıtların tutulduğu bir defter-i kebir, yani sicildir. Bu defter-i kebirde tutulan kayıtlar, blockchain

## DİPNOT

<sup>1</sup> Mesut Serdar Çekin, "Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzeniminde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?", İstanbul Hukuk Mecmuası, İstanbul Haziran 2019, s.323



## PART 2

blockchain system. In a sense, a bank's log-in transfer transactions for each cryptocurrency to its users in the blockchain system (a blockchain user is called a "Node"), such as its customers' registration of money transfers. However, while bank customers' records are kept only by the banks, the records on the blockchain registry, i.e. each money transfer transaction made by Nodes, are stored in encrypted form on Nodes' computers, not by a single institution/organization.

Blockchain technology is not an international internet company such as Google, Facebook etc, but a database. Accordingly, blockchain technology, which came to the fore as a result of the discovery of Bitcoin cryptocurrency in 2009, is actually a continuation of the historical development of the internet. Before the use of the TCP/IP protocol (transmission control protocol/internet protocol), which began in 1972, data transfers could only be carried out online via pre-installed machines on both sides, allowing TCP/IP data to be digitized and divided into small pieces, or packets. It began to be used mainly for emailing. Since the late 1980s, large companies have begun to create local private net-

sistemi üzerinden yapılan işlemlerdir. Yani bir bankanın, örneğin müşterilerinin para transfer işlemlerini kayıt alması gibi, blockchain sistemi de içerisindeki kullanıcılarının (Blockchain kullanıcılarına "Node" denmektedir.) her bir kriptopara transferi işlemini kayıt altına almaktadır. Ancak banka müşterilerinin kayıtları yalnızca bankalar tarafından tutulurken, blockchain sicili üzerindeki kayıtlar, yani Node'lar tarafından yapılan her bir para transferi işlemi, tek bir kurum/kuruluş tarafından değil, tüm Node'ların bilgisayarlarında, şifrelenmiş bir halde depolanmaktadır.

Blockchain teknolojisi, Google, Facebook vb. gibi bir uluslararası internet şirketi değil, internet teknolojisinin devamı niteliğindeki bir veri tabanıdır. Buna göre, 2009 yılında Bitcoin kripto para biriminin bulunması sonucunda ön plana çıkan blockchain teknolojisi, aslında internetin tarihi gelişiminin devamı niteliğindedir. 1972'de bulunan TCP/IP protokolü (transmission control protocol/internet protocol) kullanılmaya başlanmadan önce veri transferleri ancak her iki tarafta da bulunan önceden kurulmuş makineler aracılığıyla çevrimiçi bir şekilde yapılabiliyordu, TCP/IP verileri dijitalleştirilerek ve küçük parçalara/paketlere bölerek aktarmaya imkan sağlamış ve özellikle e-posta gönderimleri için kullanılmaya başlanmıştır. 1980'lerin sonundan itibaren büyük



## FOOTNOTE

2 Marco Iansiti and Karim R. Lakhani, "The Truth About Blockchain", Harvard Business Review, January-February 2017: [https://hbr.org/2017/01/the-truth-about-blockchain?referral=037586cm\\_vc=rr\\_item\\_page.top\\_right](https://hbr.org/2017/01/the-truth-about-blockchain?referral=037586cm_vc=rr_item_page.top_right) (Date of access, 08.03.2020)

3 Michele Finck, Blockchain Regulation and Governance in Europe, 1st Edition, Munich 2019, p.10

4 Çekin p.320

5 Iansiti/Lakhani

works using TCP/IP, and in the mid-1990s with the advent of the internet (World Wide Web), TCP/IP began to be used publicly. This facilitated the public exchange of information.<sup>2</sup> While the internet offers a protocol that provides the exchange of information, blockchain offers a protocol that provides value/money/property exchange.<sup>3</sup> As information exchange has become easier with the creation of technology companies as the internet grew, the exchange of value (money) with Bitcoin using blockchain technology by-passing the need for financial institutions has become possible.

The blockchain system has five (5) basic principles: (i) a distributed database, (ii) peer-to-peer transmission, (iii) anonymous transparency, (iv) unchangeable records, and (v) numerical logic.

The blockchain system is a distributed database. The feature that distinguishes this database from others is that data and transaction history are gathered centrally in traditional databases, while in the blockchain system they are stored in the computers of all users of the database.

Blockchain sistemi dağıtık bir veri tabanıdır. Bu veri tabanını diğerlerinden ayıran özellik, veriler ve işlem tarihçesi klasik veri tabanlarında merkezi bir yerde toplanırken blockchain sisteminde veri tabanının tüm kullanıcılarında depolanmaktadır.

The blockchain system is a distributed database. The feature that distinguishes this database from others is that data and transaction history are gathered centrally in traditional databases, while in the blockchain system they are stored in the computers of all users of the database. Thus, the need for a central authority collecting the data disappears: everyone who joins the network connects with each other and the validity of each transaction is certified by everyone.<sup>4</sup> In addition, although each transaction made over the blockchain system can be seen by all Nodes in the system, alphanumeric addresses above thirty characters of each Node allow transactions to be made in anonymous transparency.<sup>5</sup> However,

şirketler TCP/IP'yi kullanarak yerel özel ağlar oluşturmaya başlamış ve nihayet 1990'ların ortalarında, internetin (World Wide Web) gelmesiyle TCP/IP kamusal anlamda kullanılmaya başlanmıştır. Bu durum bilginin kamusal anlamda değiş tokuşunu kolaylaştırmıştır.<sup>2</sup> İşte internet bilginin değiş tokuşunu sağlayan bir protokol sunarken, blockchain de sunduğu teknoloji ile, değer/para/mülk değiş tokuşunu sağlayan bir protokol sunmaktadır.<sup>3</sup> Örneğin, nasıl internetin yaygınlaşması sayesinde oluşan teknoloji şirketleri vasıtasıyla bilgi alışverişi kolaylaştıysa, blockchain teknolojisi kullanılarak üretilen Bitcoin ile değer (para) değiş tokuşunu, finans kuruluşlarına ihtiyaç duyulmaksızın yapılmasına imkan sağlamıştır.

Blockchain sisteminin beş (5) temel prensibi vardır: (i) dağıtık bir veri tabanı olması, (ii) aracıya ihtiyaç duymaksızın uçtan uca (peer-to-peer) iletim, (iii) anonim şeffaflık, (iv) kayıtların değiştirilemez olması ve (v) sayısal mantık.

Blockchain sistemi dağıtık bir veri tabanıdır. Bu veri tabanını diğerlerinden ayıran özellik, veriler ve işlem tarihçesi klasik veri tabanlarında merkezi bir yerde toplanırken blockchain sisteminde veri tabanının tüm kullanıcılarında depolanmaktadır. Böylelikle verileri toplayan merkezi bir otorite ortadan kalkmakta, ağa katılan herkes, birbiriyle bağlantı kurmakta ve işlemlerin geçerliliği de herkes tarafından tasdik edilmektedir.<sup>4</sup> Ayrıca blockchain sistemi üzerinden yapılan her bir işlem sistemindeki tüm Node'lar tarafından görülebilse de her bir Node'a ait otuz karakterin üzerindeki alfanumerik adresler işlemlerin anonim bir şeffaflıkta yapılmasına imkan tanımaktadır.<sup>5</sup> Bunların yanında blockchain teknolojisine sunduğu en önemli özelliklerinden biri olarak, blockchain sistemi üzerinden yapılan bir işlem bir önceki

## DİPNOT

2 Marco Iansiti ve Karim R. Lakhani, "The Truth About Blockchain", Harvard Business Review, Ocak-Şubat 2017: [https://hbr.org/2017/01/the-truth-about-blockchain?referral=037586cm\\_vc=rr\\_item\\_page.top\\_right](https://hbr.org/2017/01/the-truth-about-blockchain?referral=037586cm_vc=rr_item_page.top_right) (Erişim Tarihi, 08.03.2020)

3 Michele Finck, Blockchain Regulation and Governance in Europe, 1. Baskı, Munich 2019, s.10

4 Çekin s.320

5 Iansiti/Lakhani

## PART 2

one of the most important features offered by blockchain technology is that, since a transaction made over the blockchain system is connected to the previous transaction, no records reaching the database and the addresses of the Node can be changed.<sup>6</sup> Finally, thanks to the digital nature of the blockchain database, the processes in the blockchain operate with a numerical logic, so they are able to create algorithms and rules that automatically trigger transactions between the Nodes. Thus, dependency on a central authority is eliminated and autonomous applications can develop, increasing the speed, efficiency, cheapness, and reliability of the transactions in practical life.

The transactions between the blockchain system parties are grouped together with other transactions and written to digital blocks using a code called "hash". The hash code of each block is unique and each block contains the hash code of the previous blocks.<sup>7</sup> These blocks are added end to end to create a chain. The system ensures that these blockchains are reliably stored on the computers of the transaction parties and all users in the blockchain database.

Consensus protocols ensure consistency between the records registered in the blockchain registry. Consensus is established when the protocol is sure that each Node is adding the same new block to its records (local blockchain). Actors also update their registers by following these predetermined rules.<sup>8</sup> The most used protocol (including Bitcoin and Ethereum) is the proof-of-work protocol. According to this protocol, transactions approved by 51% of Nodes are considered valid. However, electricity consumption is increasing since each of the Nodes registered in the record must register the new block to the computer in order to access the aforementioned rate. In addition, due to this approval process, it takes a long time to record transactions in the blockchain database. Due to these technological disadvantages, alternative protocols have been developed.<sup>9</sup>

### B. Smart contracts

The term "smart contract" was first used by Nick Szabo in 1994 and is the "computer processing protocol executing the terms of

işleme bağlandığından dolayı, veri tabanına ve Node'ların adreslerine ulaşan hiçbir kayıt değiştirilememektedir.<sup>6</sup> Bu durum blockchain teknolojisinin güvenilirliğinin en önemli unsurlarından birini teşkil etmektedir. Son olarak, blockchain veri tabanının dijital doğası, yani blockchaindeki işlemlerin sayısal bir mantık ile işliyor olması sayesinde Node'lar arasındaki işlemleri otomatik olarak tetikleyecek algoritmalar ve kurallar oluşturabileceklerdir. Bu sayede de otonom uygulamalar gelişebilecek ve pratik hayattaki işlemlerin hızı, verimliliği, ucuzluğu ve güvenilirliği artabilecek ve merkezi bir otoriteye bağımlılık ortadan kalkabilecektir.

Blockchain sistemi taraflar arasında yapılan işlemler, diğer işlemlerle birlikte gruplanarak dijital bloklara yazılır ve bu bloklara "hash" adı verilen bir kod belirlenir. Her bir blokun hash kodu kendine özeldir ve her bir blok kendinden önceki blokların hash kodunu da içerisinde barındırır.<sup>7</sup> Bu blokların uç uca eklenerek blockchain oluşturması; bu blockchainlerin işlemi yapan tarafların ve blockchain veri tabanında bulunan bütün kullanıcıların bilgisayarlarına ayrı ayrı güvenilir bir şekilde kaydedilmesini sağlamaktadır.

Blockchain siciline kaydedilen kayıtlar arasındaki tutarlılığı "konsensus protokolleri" temin etmektedir. Buna göre protokol, her bir Node'un aynı yeni bloku kendi kayıtlarına (yerel blockchainine) eklendiğinden emin olduğunda konsensus kurulmaktadır. Aktörler de bu önceden belirlenmiş kuralları takip ederek sicillerini güncellemektedir.<sup>8</sup> En çok kullanılan protokol (Bitcoin ve Ethereum da dahil) proof-of-work protokolüdür. Bu protokole göre Node'ların %51'i tarafından onaylanan işlemler geçerli kabul edilmektedir. Anılan oranda onaya erişilebilmesi için sicile kayıtlı Node'ların her birinin yeni bloku bilgisayara kaydetmesi gerektiğinden elektrik tüketimi artmaktadır. Ayrıca bu onay süreci sebebiyle işlemlerin blockchain veri tabanına kaydedilmesi uzun sürmektedir. Anılan teknolojik dezavantajları sebebiyle, alternatif protokoller geliştirilmeye başlanmıştır.<sup>9</sup>

### B. Akıllı sözleşmeler

"Akıllı sözleşme" terimi ilk olarak Nick Szabo tarafından 1994 yılında kullanılmış ve "sözleşme hükümlerini icra eden bilgisayar işlemleri protokolü (computerized transactions protocol)" olarak tanımlanmıştır.<sup>10</sup> Akıllı sözleşmeler dijital platformlarda oluşturulan kendi kendine icra/ifa edilebilir hukuki kontratlardır. Bir diğer deyişle, sözleşme hüküm ve şartları bir akıllı

the contract".<sup>10</sup> Smart contracts are self-enforceable/executable legal contracts created on digital platforms. In other words, contract terms and conditions are embedded in the code of the smart contract. Smart contracts are managed by computer programs on the blockchain infrastructure.<sup>11</sup> The first smart contract system was created by Ethereum. The technical operation of this system is the creation of smart contracts as computer codes and storage on Ethereum blockchain.<sup>12</sup> Due to using the blockchain infrastructure, all of the possibilities of that infrastructure - being unchangeable, decentralized, intermediary, peer-to-peer, processing in a certain numerical logic, and being in anonymous transparency - are possible for smart contracts.

The life cycle of a smart contract consists of four (4) stages: creation, freezing, execution, and finalization.<sup>13</sup> In the "creation" phase, the agreement the parties negotiate regarding the terms and conditions, as they do in classical contracts, is written in the code. Then, in the "freezing" phase, the code containing the terms and conditions is added to the chain in accordance with the consensus protocol. This stage is actually the time it takes for the Nodes to confirm the relevant code (transaction), which is the working principle of the blockchain system. In the "execution" stage, the contract is executed according to the agreement written in the code, and the transaction is completed in the "finalization" stage when they are confirmed as new data in accordance with the relevant consensus protocol and the records are stored in public.<sup>14</sup>

Smart contracts differ from conventional contracts in terms of being autonomous. Thanks to the autonomous execution of smart contracts, transactions (i) do not have to be done based on trust of a person or an institution, (ii) transaction costs decrease, (iii) counterparty risk, and (iv) uncertainty due to interpretation decreases.<sup>15</sup> The fact that the transactions do not have to be done through a person or institution is due to not being able to change blockchain technology; transactions can be made thanks to reliable technology instead of a particular reliable tool. Transaction costs are also reduced due to there being no need for an intermediary or follow-up due to the autonomous execution of the transactions. Thanks to their autonomous execution, smart contracts ensure that parties who do not know each other can trade with each other. This is

sözleşme kodunun içine gömülüdür. Akıllı sözleşmeler blockchain altyapısında bulunan bilgisayar programları tarafından yönetilir.<sup>11</sup> İlk akıllı sözleşme sistemi Ethereum şirketi tarafından blockchain altyapısı üzerinde oluşturulmuştur. Bu sistemin teknik işleyişi, akıllı sözleşmelerin bilgisayar kodları olarak oluşturulması ve Ethereum blockchaini üzerinde depolanması şeklindedir.<sup>12</sup> Blockchain altyapısının kullanılıyor olması sebebiyle, blockchain altyapısının değiştirilemez olma, merkezi olmama, aracısız olma, uçtan uca olma (peer-to-peer), belli bir sayısal mantık içerisinde işleme, anonim şeffaflık içerisinde olması gibi imkanlarının hepsi akıllı sözleşmeler için de bir imkan oluşturmaktadır.

Akıllı sözleşmelerin yaşam döngüsü dört (4) aşamadan oluşmaktadır: oluşturulması, donması, icra edilmesi ve nihayete erdirilmesi.<sup>13</sup> "Oluşturma" evresinde taraflar tıpkı klasik kontratlarda olduğu gibi müzakere edilen hüküm ve koşullara ilişkin taraflar arasında oluşan mutabakat koda yazılır. Ardından "donma" evresinde, hüküm ve koşulları içeren kodun konsensus protokolü uyarınca zincire eklenmesi beklenir. Bu aşama aslında blockchain sisteminin çalışma prensibi olan, Node'ların ilgili kodu (işlemi) teyit etmesi için geçen süredir. "İcra" aşamasında kodda yazılı mutabakata göre sözleşme icra edilir ve "nihayete erdirme" aşaması ile de tamamlanan işlemler yeni bir veri olarak ilgili konsensus protokolü uyarınca teyit edilir ve dağıtık defteri kebirde depolanır.<sup>14</sup>

Akıllı sözleşmeler klasik sözleşmelerden, kendi kendine icra edilebilir/ifa edilebilir (otonom) olma yönüyle farklılık göstermeye başlar. Akıllı sözleşmelerin otonom icra/ifa edilebilirliği sayesinde yapılan işlemlerin (i) bir insana veya bir kuruma duyulan güven üzerinden yapılmasına gerek kalmamakta, (ii) işlem maliyetleri düşmekte, (iii) karşı taraf riski ve (iv) yoruma bağlı belirsizlik azalmaktadır.<sup>15</sup> İşlemlerin insan veya kurum üzerinden yapılmasına gerek kalmaması, blockchain teknolojisinin değiştirilemez olması özelliğinden kaynaklanmakta; herhangi güvenilir bir aracı yerine güvenilir teknoloji sayesinde işlemler yapılabilmektedir. İşlem maliyetleri de aracıya ihtiyaç duyulmaması, işlemlerin otonom bir şekilde icra edilmesi sebebiyle takibinin yapılmasına gerek olmaması gibi sebeplerle düşmektedir. Akıllı sözleşmeler birbirini hiç tanımayan tarafların da birbirleriyle işlem yapabilmesini, otonom bir şekilde icra edilebilirliği sayesinde sağlamaktadır. Zira akıllı sözleşme koduna yazılan bir hükmün icrasının durdurulması,

### FOOTNOTE

6 Iansiti/Lakhani

7 Cardozo Blockchain Project. (2018). Smart Contracts & Legal Enforceability. Research Report#2. p.2

8 Finck, p.21

9 Finck, p.21

10 Nick Szabo, "Smart Contracts", 1994; <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinter-school2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html> (Date of access: 08.03.2020)

11 Ezgi Elife Pilavcı, "The Regulation of Smart Contracts: Law, Governance and Practice", İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü Bilişim ve Teknoloji Hukuku Yüksek Lisans Programı, İstanbul 2019, p.4

12 Pilavcı p.5

13 Finck, p.26

14 Finck, p.26

15 Finck, p.25

### DİPNOT

6 Iansiti/Lakhani

7 Cardozo Blockchain Project. (2018). Smart Contracts & Legal Enforceability. Research Report#2. s.2

8 Finck, s.21

9 Finck, s.21

10 Nick Szabo, "Smart Contracts", 1994; <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinter-school2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html> (Erişim Tarihi, 08.03.2020)

11 Ezgi Elife Pilavcı, "The Regulation of Smart Contracts: Law, Governance and Practice", İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü Bilişim ve Teknoloji Hukuku Yüksek Lisans Programı, İstanbul 2019, s.4

12 Pilavcı s.5

13 Finck, s.26

14 Finck s.26

15 Finck s.25



## PART 2

because the execution of a provision written in the smart contract code is not technologically possible if a new code is not established by agreeing to stop the execution of the relevant provision of both parties. This autonomous situation eliminates the risk of the other party not fulfilling its obligations. Finally, since smart contracts are not, as in conventional contracts, enforced based on the interpretation of the parties, any uncertainty regarding obligations disappears and the agreement reached by the parties is applied exactly.

Since smart contracts are artificial intelligence, they cannot understand natural language and cannot confirm whether an event required to be executed has actually taken place. For this reason, "oracles" are needed. Oracles, either a software program or human, act as a bridge between the real world and the blockchain when there is not enough machine intelligence.<sup>16</sup> For example, information on whether the shipment of goods required for payment has taken place or whether interest rates are increasing year by year is transferred to the system by the oracle.

Despite the many advantages and possibilities of smart contracts, there are some shortcomings and weak areas. The weak areas include: (i) the non-modifiable and (ii) non-interpretable code, (iii) they are carried out in anonymous transparency, (iii) confidentiality of smart contracts is not fully ensured, and (iv) it is possible for smart contracts to be used for illegal transactions.<sup>17</sup> Firstly, due to the blockchain technology, the fact that the code and therefore the terms and conditions within it cannot be changed, as smart contracts are processed into blocks, means that it is impossible to change the terms and conditions of a smart contract should the parties wish to do so. In addition, abstract concepts (for example, goodwill, reasonable demands, diligence), whose content needs to be understood according to each concrete event, cannot be implemented by smart contracts. Since smart contracts are built on the blockchain infrastructure, each transaction is processed into the distributed registry and all Nodes are able to see each transaction. Although these transactions appear under usernames, this may not provide sufficient confidentiality. Finally, since smart contracts can be made without any intermediaries, unlawful (e.g. gambling debt) exchanges/borrowings, money transfers can be carried out with these contracts.<sup>18</sup> These

her iki tarafın da ilgili hükmün icrasının durdurulmasını ilişkin mutabakat sağlayarak yeni bir kod tesis edilmemesi durumunda, teknolojik olarak mümkün değildir. Bu otonom durum karşı tarafın yükümlülüklerini ifa etmemesi riskini ortadan kaldırmaktadır. Son olarak, akıllı sözleşmeler, klasik kontratlarda olduğu gibi tarafların yorumuna bağlı olarak icra edilmediğinden dolayı yükümlülüklerle ilişkin belirsizlik ortadan kalkmakta ve tarafların vardıkları mutabakatı aynen uygulamaktadır.

Akıllı sözleşmeler yapay zeka mesabesinde bir akla sahip olmadığından, doğal lisanı anlayamamakta ve icra edilmesi gereken olayın gerçekten gerçekleşip gerçekleşmediğini teyit edememektedir. Bu sebeple "oracle"lara ihtiyaç duyulmaktadır. Bir yazılım, program veya insan olabilecek olan oracle'lar, yeterli makine zekâsı bulunmayan durumlarda gerçek dünya ile blockchain arasında köprü vazifesi göreceklerdir.<sup>16</sup> Buna göre örneğin bir ödemenin yapılması için gerekli mal sevkiyatının gerçekleşip gerçekleşmediği veya yıldan yıla artan faiz oranları oracle'lar tarafından sisteme aktarılabilirlerdir.

Akıllı sözleşmelerin birçok avantajının ve imkanının yanında bazı eksiklikleri ve zayıf noktaları bulunmaktadır. Akıllı sözleşmelerin (i) değiştirilemez ve (ii) yorumlanamaz kodlar olması, (iii) anonim bir şeffaflık içerisinde yapıyor olması, (iii) akıllı sözleşmelerin gizliliğinin tam anlamıyla sağlanmaması ve (iv) akıllı sözleşmelerin hukuka aykırı alışverişlerin/işlemlerin gerçekleşmesi için kullanılabilme ihtimali gibi hususlar akıllı sözleşmelerin zayıf noktalarını oluşturmaktadır.<sup>17</sup> Buna göre ilk olarak, blockchain teknolojisi sayesinde, akıllı sözleşmelerin bloklara işlenmesi durumunda bu kodun ve bu kod içerisindeki hüküm ve şartların değiştirilemeyecek olması akıllı sözleşme kodlarının tarafların iradesiyle ileride değiştirilmesini imkansız kılmaktadır. Bununla birlikte içeriği her somut olaya göre doldurulmaya muhtaç soyut kavramlar (örneğin; iyiniyet, makul talepler, elinden gelen gayret) akıllı sözleşmeler ile uygulanamayacaktır. Akıllı sözleşmelerin blockchain altyapısı üzerinde inşa edilen bir sistem olması sebebiyle, her bir işlem dağıtık sicile işlenecek ve tüm Node'lar bu işlemi görebilecektir. Her ne kadar bu işlemler rumuzlar arasında yapıyor şeklinde gözükse de bu durum yeterli gizliliği sağlayamayabilecektir. Son olarak, akıllı sözleşmeler, herhangi bir aracı olmaksızın yapılabileceğinden, bu sözleşmeler ile hukuka aykırı (örneğin kumar borcu) alışverişler/borçlanmalar, para transferleri gerçekleştirilebilecektir.<sup>18</sup> Bu noktalar, akıllı sözleşmelerin özellikle teknik anlamda zayıflıklar olup bu

points are the particular technical weaknesses of smart contracts and need to be taken into consideration when using them.

Other factors determining a user's trust for smart contracts within Turkish law are whether smart contracts fulfill the terms of a legal contract, whether smart contracts (and the rights and obligations arising from these contracts) can be proved, and whether smart contracts can be upheld against a violating party where a contract is breached.

### III. THE TERMS OF ESTABLISHMENT AND VALIDITY OF A CONTRACT IN TURKISH LAW

#### A. In General

Obligations arising from contracts, other obligations within the law especially of individuals, and the freedom of contract are recognized in the 48th amendment of the Constitution<sup>19</sup> and, more specifically, in the TBK.19 According to the first paragraph of the TBK, a contract is defined as the parties involved in legal proceedings formed by a declaration of will that is mutual and conforming. As can be understood from this, there are certain conditions for the existence of a contract. These conditions are: involving at least two people and a mutual and appropriate expression of their will.<sup>20</sup>

#### B. Establishment of a Contract

The declarations of will required for the establishment of a contract is sorted according to their qualifications. As a result of this sorting process, different obligations and rights are granted to the declarers, so it is important that the declarations are classified as recommendations or acceptances.<sup>21</sup> If the above-mentioned elements (constituent elements) do not exist, there is no existing contract in the rule of law; in other words, there is an absence. Although there is no definitive indication of time in determining a proposal, it is generally considered that the declaration of the will of commitment, declared prior to determining a proposal, is a proposal.<sup>22</sup> This acceptance means that a contract should be made in accordance with the proposal.

hususların giderilip giderilmemesi, akıllı sözleşmelerin kullanıcılar tarafından tercih edilip edilmemesi noktasında önem arz edecektir.

Türk hukukunda akıllı sözleşmelerin hukuki anlamdaki bir sözleşmenin şartlarını sağlayıp sağlamadığı, akıllı sözleşmelerin (ve bu sözleşmelerden doğan hak ve yükümlülüklerin) ispat edilebilip edilememesi, akıllı sözleşmelerin ihlali durumunda ihlal eden tarafa karşı bir müeyyide uygulanıp uygulanmaması gibi hukuki hususlara verilecek cevaplar da kullanıcıların akıllı sözleşmelere duyacağı güven için belirleyici bir diğer faktör olacaktır.

### III. TÜRK HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN KURULMASI VE GEÇERLİLİK ŞARTLARI

#### A. Genel Olarak

Sözleşmelerden doğan borçlar, diğer borçlar gibi dayanaklarını kanunlardan, özellikle de bireylere sözleşme serbestisi tanıyan Anayasa'nın 48. maddesinden ve daha özel olarak TBK'dan alırlar.<sup>19</sup> TBK'nın 1. maddesinin ilk fıkrasına göre, sözleşme tarafların karşılıklı ve birbirine uyan irade beyanı ile oluşan hukuki işlemler olarak tanımlanmaktadır. Buradan da anlaşılacağı üzere bir sözleşmenin mevcudiyeti için gerekli birtakım şartlar söz konusudur. Bu şartlar; en az iki kişinin olması, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklaması olmasıdır.<sup>20</sup>

#### B. Sözleşmelerin Kurulması

Sözleşmelerin kurulabilmesi için gereken irade beyanları niteliklerine göre tasnif edilmektedir. Bu tasnif işleminin sonucu olarak da beyan edenlere farklı yükümlülükler ve haklar tanınmıştır, bu nedenle de beyanların icap (öneri) yahut kabul olarak sınıflandırılması önem arz etmektedir.<sup>21</sup> Yukarıda belirtilen unsurlar (kurucu unsurlar) mevcut değilse hukuk düzeninde var olan bir sözleşmeden bahsedilemez; bir başka deyişle yokluk söz konusudur. Her ne kadar zaman önerinin belirlenmesinde kesin bir emare olmasa da önce olan bağlanma iradesine sahip beyanın öneri olduğu genel olarak doğru kabul edilmektedir.<sup>22</sup> Kabul ise sözleşmenin öneriye uygun olarak yapılması konusunda hemfikir olunması anlamına gelmektedir.

#### FOOTNOTE

<sup>16</sup> Finck, p.25

<sup>17</sup> Primavera De Filippi ve Aaron Wright, Blockchain and the Law: The Rule of Code, 3rd Edition, 2018, p.83

<sup>18</sup> Filippi/Wright p.86

<sup>19</sup> Kemal Oğuzman/Turgut Öz, General Provisions of the Obligations Law, Volume 1, Istanbul 2018, p. 24

<sup>20</sup> Ahmet Kılıçoğlu, General Provisions of the Law on Obligations, Ankara 2019, p. 84

<sup>21</sup> Kılıçoğlu p.84

<sup>22</sup> Oğuzman/Öz p.50; Kılıçoğlu p.84

#### DİPNOT

<sup>16</sup> Finck s.25

<sup>17</sup> Primavera De Filippi ve Aaron Wright, Blockchain and the Law: The Rule of Code, 3. Baskı, 2018, s.83

<sup>18</sup> Filippi/Wright s.86

<sup>19</sup> Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt - 1, İstanbul 2018, s. 24

<sup>20</sup> Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019, s. 84

<sup>21</sup> Kılıçoğlu s.84

<sup>22</sup> Oğuzman/Öz s.50; Kılıçoğlu s.84

## PART 2

Whether the declarations fit together or not is also important for the establishment of a contract. As a matter of fact, while no problem exists when there is mutual agreement on the statements, an issue does arise when the statements are appropriate but in the absence of consensus on the content of the statements, and that needs to be examined.<sup>23</sup> Whether the will of the parties is intended for the establishment of the contract and the issues agreed on what issues the parties agree on if the contract is established, the principle of trust can be determined by taking into account. According to the will of the parties interpretation of the declaration of TBK 2, "If the parties are numb at the fundamental points of the contract, even if the second-degree points are not discussed, the contract shall be deemed to have been established".

### C. Requirements for Express Terms in Contracts (Validity Conditions)

#### 1. General Terms

Some requirements for validity of an agreement apply to all contracts and some only to certain contracts. The parties must have the power to distinguish (TMK m. 15), the subject of the contract should not be impossible, as per TBK Art. 27, and should not be contrary to the provisions, morality, public order, and personal rights, and declarations of will should not be crippled<sup>24</sup> or defective for various reasons.

#### 2. Freedom of Form

One of the most important conditions is the freedom of form. As a matter of fact, TBK Art. 12/I says that "the validity of contracts is not bound by any form unless otherwise predicted in the law", and that, as a rule, contracts are not bound by form. An exception to this rule is that a form requirement is imposed for specific contract types or subjects. Although the benefits and disadvantages of being subject to the form condition of a contract are discussed in the teaching<sup>25</sup>, the fact that the legislator recognizes such a broad freedom means that this freedom is attributed particular importance.

The existence of the above-mentioned conditions are sufficient for a contract that is not

Beyanların birbirine uyup uymaması da sözleşmenin kurulması bakımından önem teşkil eder. Nitekim beyanların uygun olup olmadığına karşılıklı bir mutabakat söz konusu olduğunda bir sorun ortaya çıkmayacaktır ancak tarafların beyanların içeriği hakkında mutabık olmadığı durumlarda beyanların uygun olup olmadığı incelenmeye muhtaç bir konu olacaktır.<sup>23</sup> Tarafların iradelerinin sözleşmenin kurulmasına yönelik olup olmadığı ve sözleşme kurulmuş ise tarafların hangi hususlarda mutabık kaldığı konusu güven ilkesi dikkate alınarak tespit edilebilecektir. Bu noktada, tarafların irade beyanının yorumunda TBK'nın 2. maddesinde düzenlenen "Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır" hükmü esas alınacaktır.

### C. Sözleşmelerin Hüküm İfade Etmesi İçin Aranılan Şartlar (Geçerlilik Şartları)

#### 1. Genel Şartlar

Sözleşmenin geçerli olması için aranılan şartların bir kısmı tüm sözleşmeler, bir kısmı da belirli sözleşmeler için aranmaktadır. Tarafların ayırt etme gücüne sahip olmaları (TMK m. 15), sözleşmenin konusunun TBK m. 27'de sayıldığı üzere imkânsız olmaması ve emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmaması ve irade beyanlarının çeşitli nedenlerle sakat olmaması<sup>24</sup> ve muvazaalı olmaması gerekmektedir.

#### 2. Şekil Özgürlüğü

Bu şartlar arasında önem arz eden şartlardan biri ise şekil özgürlüğüdür. Nitekim TBK m. 12/I'de "Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir" demekte ve bu fıkra aracılığıyla sözleşmelerin kural olarak şekle bağlı olmadıklarını söylemektedir. Bu kurala istisna olarak da bir sözleşme tipine yahut konusuna ilişkin şekil şartı getirilmesi belirlenmiştir. Bir sözleşmenin şekil şartına tabi tutulmasının faydaları ve zararları öğretilmiş olsa da<sup>25</sup>, kanun koyucunun şekil konusunda bunca geniş bir serbesti tanıması bu serbestiye özel olarak bir önem atfedilmiş olması anlamına gelmektedir.

Şekil serbestisine tabi, yani kanun tarafından geçerli olması için şekil şartı öngörülme-

conditioned by the law to be valid. In this case, the arrival at an acceptance declaration in response to a valid proposal, the compliance of those declarations, and the fact that the parties have the power to distinguish apply to this agreement. The most important thing among the complementary elements of contractual freedom, which is one of the foundations on which the TBK is based, is the freedom of form and the matching of wills.

### IV. ESTABLISHING AND PROVISIONING SMART CONTRACTS ACCORDING TO TURKISH LAW

Since there is, as yet, no specific legislation regarding the establishment and provision of smart contracts, it is necessary to consider the general provisions concerning the establishment and provision of contracts under Turkish law.

#### A. Establishment of Smart Contracts

In order to establish a smart contract, an offer and acceptance is required, just as in conventional contracts, and the declarations are expected to match. As described above, the establishment of smart contracts takes four (4) stages. In the "creation" phase of a smart contract, the parties agree on mutual negotiations, just as they do in conventional contracts. However, "there will be contracts between people who are not ready because the parties will not be present as a rule, and therefore the issues of the matter with which the benefit will be made in the nature of the declaration of will and the arrival of the other party will need to be examined".<sup>26</sup>

As soon as the Nodes confirm their declaration with their private key, the declaration of will is deemed to have been made and a smart contract will have been established.<sup>27</sup>

#### B. Provision of Smart Contracts (Validity)

In the "freeze" phase after the "creation" phase, the blockchain system requires that the relevant block be added to the block chain, after the parties approve a transaction

miş bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için yukarıda bahsedilen şartların varlığı yeterli olacaktır. Bu durumda geçerli bir öneriye cevaben kabul beyanının gelmesi, söz konusu beyanların birbirlerine uyması ve tarafların ayırt etme gücüne sahip olmaları bu sözleşmeyi geçerli kılacaktır. Bu durumda TBK'nın dayandığı temellerden biri olan sözleşme özgürlüğünün tamamlayıcı unsurları arasında en önemli husus şekil serbestisi ve iradelerin uyuşması olacaktır.

### IV. TÜRK HUKUKU'NA GÖRE AKILLI SÖZLEŞMELERİN KURULMASI VE HÜKÜM DOĞURMASI

Akıllı sözleşmelerin kurulması ve hüküm doğurması ile ilgili henüz herhangi özel bir mevzuat hükmü bulunmadığından Türk Hukuku kapsamında sözleşme kurulması ve hüküm doğurması ile ilgili genel hükümlere başvurmak gerekecektir.

#### A. Akıllı Sözleşmelerin Kurulması

Akıllı sözleşmelerin kurulması için tıpkı klasik sözleşmelerde olduğu gibi icap ve kabul aranması gerekecek ve irade beyanlarının birbiriyle uyuşması aranacaktır. Yukarıda da açıklandığı üzere, akıllı sözleşmelerin kurulması dört (4) aşamada gerçekleşmektedir. "Oluşturma" aşamasında tıpkı klasik sözleşmelerde olduğu gibi akıllı sözleşmelerde de taraflar karşılıklı müzakere ederek mutabakata varmaktadır. Ancak "taraflar kural olarak hazır bulunmayacakları için hazır olmayan kişiler arasında yapılan sözleşmeler söz konusu olacak ve bu sebeple de icabın irade beyanı niteliğiyle yapılması ve karşı tarafa varması hususlarının incelenmesi gerekecektir".<sup>26</sup>

Node'lar özel anahtarlarıyla beyanlarını onayladıkları anda irade beyanının yapılmış sayılabilecek ve akıllı sözleşme kurulmuş olacaktır.<sup>27</sup>

#### B. Akıllı Sözleşmelerin Hüküm Doğurması (Geçerliliği)

"Oluşturma" aşamasının ardından "donma" aşamasında, blockchain sisteminde taraflar bir işlemi özel anahtarlarıyla onayladıktan sonra ilgili bloğun blockchain zincirine ek-

#### FOOTNOTE

23 Oğuzman/Öz p.69

24 Oğuzman/Öz p.90

25 Oğuzman/Öz p.140; Kılıçoğlu p.144

26 Çekin p. 325

27 Çekin p. 326

#### DİPNOT

23 Oğuzman/Öz s.69

24 Oğuzman/Öz s.90

25 Oğuzman/Öz s.140; Kılıçoğlu s.144

26 Çekin s. 325

27 Çekin s. 326



## PART 2

with their private keys, and that it is certified by other Nodes, so "it is necessary to distinguish between the declaration of will, the establishment of the contract, and the stages of the contract's sentencing".<sup>28</sup> Nodes can be deemed to have made a declaration of will as soon as they approve their declarations with a private key, while the smart contract is deemed established at the time of the formation of the new block.<sup>29</sup> At this point, however, if the block, which includes the smart contract code, is not approved by 51% of Nodes, there will be a situation where the block does not form and connect to the blockchain, and the smart contract that the parties wish to establish with declarations of will may be void.<sup>30</sup> It should be noted that 51% of all Nodes are searched in the proof-of-work protocol. In this respect, it is possible to use private blockchains rather than public blockchains or that the weaknesses associated with new protocols already under development can be overcome in the future.

The work of establishing and sentencing smart contracts is part iv of this article. The "creation" and "freezing" are important phases listed under heading A: the steps of the implementation of the provisions and conditions in smart contracts will be important.

Through smart contracts, all contracts can be made under the freedom of form in Turkish law, except for the types of contracts that are not specifically conditioned by the form. Smart contracts will need to meet the requirements under the regulatory principles, particularly TMK and TBK, regarding the provision of provisions.

#### a. Presence of Rights and Verb Licenses of Smart Contract holders

First, it should be noted that the actions of those who do not have the power to distinguish as a rule are the 15th century of the TMK. shall not produce legal consequences in accordance with article 10. Similarly, minors and constrained with the power to distinguish are not able to conduct their own transactions to borrow without the consent of a legal representatives. Accordingly, in order to establish a contract, the parties will need to meet these conditions. However, if the blockchain site is trading with Nodes' usernames (with their own numbers) and these usernames can be obtained without the approval of any intermediary regardless of the Nodes' legal personality, it is important to determine the existence of rights and verb licenses at the point of signing and

lenmesi ve diğer Node'lar tarafından tasdik edilmesi gerektiğinden "irade beyanının karşı tarafa varması, sözleşmenin kurulması ve sözleşmenin hüküm doğurması aşamalarını birbirinden ayırmak gerekmektedir".<sup>28</sup> Node'lar özel anahtarlarıyla beyanlarını onayladıkları anda irade beyanının yapılmış sayılabilecekken akıllı sözleşme yeni bloğun oluşma anında kurulmuş sayılacaktır.<sup>29</sup> Ancak bu noktada, akıllı sözleşme kodunun da içerisinde bulunduğu bloğun Node'ların %51'i tarafından tasdik edilmemesi halinde bloğun oluşup blok zincirine bağlanmaması durumu söz konusu olacak ve tarafların irade beyanlarıyla kurmak istedikleri akıllı sözleşme hüküm doğurmayabilecektir.<sup>30</sup> Belirtmek gerekir ki, tüm Node'ların %51'inin tasdiki proof-of-work protokolünde aranmaktadır. Bu bakımdan, kamusal blockchainler yerine özel blockchainler kullanılması veya halihazırda geliştirilmekte olan yeni protokoller ile anılan zayıflık ileride giderilebilecektir.

Akıllı sözleşmelerin kurulması ve hüküm doğurması ile ilgili işbu makalenin IV.A. başlığı altında sayılan evrelerden "oluşturma" ve "donma" aşaması önem arz etmekte olup; akıllı sözleşmelerdeki hüküm ve şartların uygulanması aşamaları önem arz edecektir.

Akıllı sözleşmeler vasıtasıyla, Türk hukukundaki şekil serbestisi kapsamında, özel olarak şekil şartı öngörülmemiş sözleşme tipleri haricindeki bütün sözleşmeler yapılabilecektir. Akıllı sözleşmelerin hüküm doğurması ile ilgili TMK ve TBK başta olmak üzere mevzuat tahtındaki şartları sağlaması gerekecektir.

#### a. Akıllı Sözleşme Taraflarının Hak ve Fiil Ehliyetlerinin Varlığı

Öncelikle belirtmek gerekir ki kural olarak ayırt etme gücüne sahip olmayan kimselerin fiilleri TMK'nın 15. maddesi uyarınca hukuki sonuç doğurmayacaktır. Benzer şekilde, ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar da yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremeyecektir. Buna göre sözleşmelerin kurulabilmesi için taraflarının bu şartları sağlıyor olmaları gerekecektir. Ancak blockchain sitesinde Node'ların rumuzlarıyla (kendilerine özel sayısal numaralarla) işlem yapıyor olmaları ve bu rumuzların Node'ların hukuki kişiliklerinden bağımsız olarak herhangi bir aracının onayı olmaksızın alınabiliyor olması halinde, bu Node'un ilgili akıllı sözleşmeyi imzalama ve borç altına girme noktasında hak ve fiil ehliyetinin varlığının tespiti önem arz edecektir. Esasında sözleşme taraflarının hak ve

borrowing the relevant smart contract. In fact, if the contract parties do not have the rights and verb license, the contract may be void, as encountered in conventional contracts. However, the reason this issue is important in terms of smart contracts is that smart contracts are made between parties that do not know each other at all and conduct the contract through blockchain technology (without any need for reliable intermediaries) and therefore there is a risk that a smart contract will be voided due to the lack of rights or verb licenses of the parties. It should be noted that in such a situation, because smart contracts are autonomously executable contracts, it is difficult to enforce the consequences in a case of inability to perform the obligations of a smart contract, resulting in a deterioration of the flow of commercial life. In terms of Turkish law, in the event of such a lack of license, the smart contract will be void. To avoid this, the bridge between the blockchain system and real life will prevent unlicensed persons from signing a smart contract by ordering a check of the parties' rights and verb licenses.

#### b. The Subject of Smart Contracts Is Not Impossible and Violates The Imperative Provisions, Ethics, Public Order, and Personality Rights

The subject of smart contracts should not be impossible as counted in TBK Art. 27 and should not be contrary to the provisions, morality, public order, and personal rights. These situations can also be blocked by oracles. However, the fact that smart contracts that constitute a violation of orderly provisions, morality, and public order, the autonomous execution/performance of smart contracts that cannot be stopped, can cause damage of the values that are legally protected.

#### c. Restricted Will of Smart Contract Parties

It is useful to examine the validity of smart contracts so that the parties' declarations of will are not restricted. In the doctrine, the right of one contract party to request the cancellation of a contract in the blockchain system in case of error, deception, or intimidation is restricted if the will of one of the parties to the contract is contradicted by the principle of non-change of transactions.<sup>31</sup> However, it should be noted that if the parties to a smart contract have to suffer from will-be, the issue may be referred to the dispute resolution authorities. Proving that the party's will has been restricted is the responsibility of the party that claims that their will is restricted, just as in

fiil ehliyetine sahip olmaması klasik kontratlarda da karşılaşılabilecek bir hükümsüzlük durumu olabilecektir. Ancak bu hususun akıllı sözleşmeler bakımından önem arz etmesinin sebebi, akıllı sözleşmelerin, blockchain teknolojisi sayesinde (herhangi güvenilir bir aracıya ihtiyaç duymadan) birbirini hiç tanımayan ve bilmeyen taraflar arasında yapılmasının kolaylaşacak olması ve dolayısıyla akıllı sözleşmelerin tarafların hak veya fiil ehliyeti noksanlığı sebebiyle hükümsüz sayılması riskidir. Belirtmek gerekir ki, böyle bir durumun akıllı sözleşme kapsamındaki borçların ifa edilememesi ve ticari hayatın akışının bozulması sonucunu doğurması güçtür. Zira akıllı sözleşmeler otonom bir şekilde icra/ifa edilebilen sözleşmelerdir. Ancak, Türk hukuku bakımından böyle bir ehliyetsizlik durumunda yapılan akıllı sözleşmeler geçersiz olacaktır. Öte yandan blockchain ile gerçek hayat arasındaki köprü vazifesinde olacak oracle'ların tarafların hak ve fiil ehliyetlerini kontrol etmesi istenerek, akıllı sözleşmelerin ehliyetsiz kimselerce imzalanması engellenebilecektir.

#### b. Akıllı Sözleşmelerin Konusunun İmkânsız Olmaması ve Emredici Hükümlere, Ahlaka, Kamu Düzenine ve Kişilik Haklarına Aykırı Olması

Akıllı sözleşmenin konusunun TBK m. 27'de sayıldığı üzere imkânsız olmaması ve emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmaması gerekmektedir. Bu durumlar da oracle'lar sayesinde engellenebilecektir. Ancak, emredici hükümlere, ahlaka ve kamu düzenine aykırılık teşkil eden akıllı sözleşmelerin, otonom icrası/ifası durdurulamayan akıllı sözleşmelere konu olması, hukuken korunmak istenen değerlerin zedelenmesine sebebiyet verebilecektir.

#### c. Akıllı Sözleşme Taraflarının İradelerinin Sakat Olması

Akıllı sözleşmelerin geçerliliğinin, tarafların irade beyanlarının sakat olmaması açısından incelenmesi de faydalı olacaktır. Doktrinde, sözleşme taraflarından birinin yanılma, aldatma veya korkutma sonucu iradesinin sakatlanması durumunda sözleşmenin iptalini isteme hakkının, blockchain sistemindeki işlemlerin değiştirilemezliği ilkesi ile çelişki yarattığı belirtilmektedir.<sup>31</sup> Ancak belirtmek gerekir ki, akıllı sözleşme taraflarının irade sakatlıkları halinde konu uyumsuzluk çözüm mercilerine intikal ettirilebilecektir. İrade sakatlığının söz konusu olduğunun kanıtlanması, tıpkı klasik kontratlarda olduğu gibi iradesinin sakatlandığını iddia eden tarafça ispat edilecektir. Sonuç olarak bu mercilerin

## FOOTNOTE

28 Çekin p. 325

29 Çekin p. 326

30 Çekin s. 326

31 Çekin p.327

## DİPNOT

28 Çekin s. 325

29 Çekin s. 326

30 Çekin s. 326

31 Çekin s.327

## PART 2

conventional contracts. As a result, a new smart contract can be created and added to the block so that the terms and conditions of the relevant smart agreement are in accordance with the relevant authority's decision. In this respect, the original smart contract is not changed, but by amending a new one, the autonomous performances under the cancelled contract can be reversed. Oracles are able to implement the decisions of dispute resolution authorities in the blockchain system.<sup>32</sup>

## V. CONCLUSION

Due to the way the blockchain technology used by these contracts works, the decision of parties to establish smart contracts on which their will is written in computer code takes place at different times. Therefore, the rights and obligations under the smart contract shall be frozen during the period between the provision being expressed and the contract being established. By writing the relevant smart contract to the block, the contract becomes part of the blockchain network. In other words, the obligations set out in the smart contract will now be performed in accordance with its the terms and conditions.

A legal framework for the enforcement and validity of smart contracts has yet to be established. For this reason, the current legal arguments regarding the validity and enforcement of smart contracts are given according to the general law under the TBK and TMK .

Since blockchain technology is not dependent on a central intermediary, it is carried out as required by the smart contracts produced with this technology, i.e. to ensure that the parties fully meet their obligations. It is essential that the resources this technology uses is reliable and that the parties trust that technology. In addition, a serious concern in the execution of a contract within the general rule of law is how it is possible to suspend a contract were that requested, considering that smart contracts are unchangeable, autonomous contracts.

verecekleri kararlar neticesinde ilgili akıllı sözleşmedeki hüküm ve şartların ilgili mercii kararına uygun hale getirilebilmesi için yeni bir akıllı sözleşme oluşturulup bloğa eklenebilecektir. Bu bakımdan ilk akıllı sözleşme yine değiştirilmemiş olacak ancak yeni bir tane ile tadil edilerek, iptal edilen sözleşme kapsamında yapılan otonom ifalar yine otonom olarak aynen geri alınabilecektir. Bu noktada, uyumsuzluk çözümü mercilerinin kararlarının blockchain sisteminde uygulanmasını Oracle'lar yerine getirebilecektir.<sup>32</sup>

## V. SONUÇ

Tarafların iradelerinin bir bilgisayar kodu üzerine yazıldığı akıllı sözleşmelerin kurulması ile hüküm ifade etmesi, bu sözleşmelerin kullandığı blockchain teknolojisinin çalışma usulü sebebiyle farklı zamanlarda gerçekleşmektedir. Sözleşme kurulduktan sonra hüküm ifade edene kadar geçen sürede akıllı sözleşme kapsamındaki hak ve yükümlülükler donmuş vaziyette olacaktır. İlgili akıllı sözleşmenin bloğa yazılması ile sözleşme blockchain ağına katılmış olacaktır. Bir diğer deyişle artık akıllı sözleşmede belirlenen yükümlülükler, yine bu sözleşmedeki hüküm ve koşullara uygun olarak ifa edilmeye başlayacaktır.

Akıllı sözleşmelerin geçerliliği ve icra edilebilirliğine ilişkin halihazırdaki hukuki mütalalar TBK ve TMK kapsamındaki genel hukuk kaidelerine göre verilmekte olup henüz konuyla ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple akıllı sözleşmelerin icra edilebilirliği ve geçerliliğine ilişkin hukuki bir çerçeve henüz oturtulmuş değildir.

Blockchain teknolojisi merkezi bir aracıya bağlı olmadığından, bu teknoloji ile üretilen akıllı sözleşmelerin gereği gibi icra edilmesi, yani tarafların yükümlülüklerini tam olarak yerine getirdiğinden emin olunması gerekecektir. Bu noktada tarafların teknolojiye olan güvenlerinin yanında bu teknolojinin dış dünya ile ilgili olarak beslendiği kaynakların da güvenilir olması elzemdir. Ayrıca akıllı sözleşmelerin değiştirilemez, kendi kendine icra edilen (otonom) sözleşmeler olduğu dikkate alındığında, bir sözleşmenin genel hukuk düzeni içerisinde icrasının çeşitli sebeplerle askıya alınmak istenmesi durumunda bunun nasıl mümkün olacağı hususu akıllı sözleşmelere ilişkin en ciddi endişelerdir.

It should be noted that these concerns are issues that can be overcome over time during the natural development process of smart contracts, and smart contracts will easily take their place in the traditional legal system if the necessary legal infrastructure is established at the national and international level, especially in relation to oracle establishment.

Belirtmek gerekir ki bu endişeler akıllı sözleşmelerin doğal gelişim süreci içerisinde zamanla aşılabilecek hususlar olup, bilhassa oracle müessesesine ilişkin ulusal ve uluslararası seviyede gerekli hukuki altyapılar kurulduğu takdirde akıllı sözleşmeler geleneksel hukuk sistemleri içerisinde genel hukuk kaideleri ile birlikte yorumlanarak kendisine rahatça yer bulabilecektir.

## BIBLIOGRAPHY

- AHMET KILIÇOĞLU, General Provisions of the Obligations Law, Ankara, 2019.
- CARDOZO BLOCKCHAIN PROJECT. (2018). Smart Contracts and Legal Enforceability. Research Report#2.
- EZGİ ELİFE PİLAVCI, "The Regulation of Smart Contracts: Law, Governance and Practice", İstanbul Bilgi University.
- KEMAL OĞUZMAN/TURGUT ÖZ, General Provisions of Obligations Law Volume 1, İstanbul, 2018.
- MARCO IANSİTİ AND KARİM R. LAKHANI, "The Truth About Blockchain", Harvard Business Review, January-February 2017: [https://hbr.org/2017/01/the-truth-about-blockchain?referral=03758&cm\\_vc=rr\\_item\\_page.top\\_right](https://hbr.org/2017/01/the-truth-about-blockchain?referral=03758&cm_vc=rr_item_page.top_right) (Access Date: 08.03.2020).
- MESUT SERDAR ÇEK, "Blockchain Technology and Smart Contracts in Terms of Data Protection Law with Obligations Law: Is There a Paradigm Change in Our Legal Order?", İstanbul Law, İstanbul, June 2019.
- MICHELE FINCK, Blockchain Regulation and Governance in Europe, 1. Print, Munich 2019, p.10.
- NİCK SZABO, "Smart Contracts", 1994: <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html> (Access Date: 08.03.2020).
- PRIMAVERA DE FILIPPI AND AARON WRIGHT, Blockchain and the Law: The Rule of Code, 3rd Edition, 2018.

## KAYNAKÇA

- AHMET KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019
- CARDOZO BLOCKCHAIN PROJECT. (2018). Smart Contracts & Legal Enforceability. Research Report#2.
- EZGİ ELİFE PİLAVCI, "The Regulation of Smart Contracts: Law, Governance and Practice", İstanbul Bilgi Üniversitesi
- KEMAL OĞUZMAN/TURGUT ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt - 1, İstanbul 2018
- MARCO IANSİTİ VE KARİM R. LAKHANI, "The Truth About Blockchain", Harvard Business Review, Ocak-Şubat 2017: [https://hbr.org/2017/01/the-truth-about-blockchain?referral=03758&cm\\_vc=rr\\_item\\_page.top\\_right](https://hbr.org/2017/01/the-truth-about-blockchain?referral=03758&cm_vc=rr_item_page.top_right) (Erişim Tarihi, 08.03.2020)
- MESUT SERDAR ÇEKİN, "Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?", İstanbul Hukuk Mecmuası, İstanbul Haziran 2019
- MICHELE FINCK, Blockchain Regulation and Governance in Europe, 1. Baskı, Munich 2019, s.10,
- NİCK SZABO, "Smart Contracts", 1994: <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html> (Erişim Tarihi, 08.03.2020)
- PRIMAVERA DE FILIPPI VE AARON WRIGHT, Blockchain and the Law: The Rule of Code, 3. Baskı, 2018

## FOOTNOTE

32 Filippi/Wright p.85

## DİPNOT

32 Filippi/Wright s.85



### LEGAL EVALUATION OF TIME EXTENSION CLAIMS DUE TO FORCE MAJEURE PURSUANT TO CODE REGARDING THE UTILIZATION OF RENEWABLE ENERGY RESOURCES FOR GENERATING ELECTRICAL ENERGY NUMBERED 5346

5346 SAYILI YENİLENEBİLİR ENERJİ KAYNAKLARININ ELEKTRİK ENERJİSİ ÜRETİMİ AMAÇLI KULLANIMINA İLİŞKİN KANUN ÇERÇEVESİNDE MÜCBİR SEBEP DOLAYISIYLA SÜRE UZATIM TALEPLERİNİN HUKUKİ OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

--

AYBERK KONURALP ÖZYILMAZ  
ONAT UZALDI

#### ABSTRACT

From the moment of the first diagnosis in the Republic of Turkey, the Covid-19 outbreak, which has influenced the entire globe, has affected social and economic fields and correspondingly the field of law. The 2020 Covid-19 outbreak, which has been declared a pandemic by the World Health Organization, has not only led to precautions such as restrictions on travel and going out but has fundamentally disrupted procurement processes and payment cycles nationally and across the globe. The idea of taking legal precautions against the economic results of the Covid-19 has led legal experts to look to the legal concept known as "force majeure". Questions that have been raised include how to exercise force majeure and what consequences may result in terms of the liabilities between individuals and the economic relations between administrations. The answers to these questions may be evaluated differently for each sector that has been affected by the Covid-19 process.

#### ÖZET

2020 yılında dünyayı etkisi altına alan Covid-19 salgını, Türkiye Cumhuriyeti'nde ilk vakanın belirlenmesinden itibaren sosyal ve ekonomik alanları, bunlara bağlı olarak hukuk alanını etkiledi. Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi olarak ilan edilen Covid-19 salgını dünya genelinde ve ülkesel bazda seyahat ve dışarı çıkmaya ilişkin kısıtlamalar gibi önlemlerin alınmasına; tedarik süreçlerinin ve ödeme döngülerinin aksamasına yol açtı. Covid-19 sürecinin ekonomik yansımalarını karşı hukuka uygun bir şekilde önlem alma düşüncesi hukukçuları "mücbir sebep" olarak bilinen hukuki kurumu kullanmaya ve Covid-19 sürecini mücbir sebep olarak değerlendirmeye itti. Kişilerin ekonomik ilişkilerde birbirlerine ve idareye karşı olan yükümlülükleri açısından mücbir sebep kurumunun nasıl kullanılacağı ve sonuçlarının ne olacağı soruları ortaya çıktı. Bu soruların cevabı, Covid-19 sürecinden etkilenen her sektör için farklı değerlendirilebilir.



#### KEYWORDS

RESSUM, RES CODE, ENERGY, COVID-19, FORCE MAJEURE, SUSPENSION



#### ANAHTAR KELİMELER

YEKDEM, YEKA, ENERJİ, COVID-19, MÜCBİR SEBEP, ERTELEME

## PART 3

This study evaluates time suspension claims originating from the Covid-19 process within the scope of the Code Regarding the Utilization of Renewable Energy Resources for Generating Electrical Energy numbered 5346 (“RES Code”) as force majeure, and discusses the qualification of applications made to the administration for the suspension of obligations and possible outcomes of these applications.

Bu çalışmada Covid-19 sürecinden kaynaklanan süre erteleme taleplerinin, 5346 Sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun (“YEK Kanunu”) kapsamında mücbir sebep olarak değerlendirilmesi, yükümlülüklerin ertelenmesi için idareye yapılan başvuruların niteliği ve bu başvuruların olası sonuçları ele alınacaktır.

## I. INTRODUCTION

From the moment of the first diagnosis in the Republic of Turkey, the Covid-19 outbreak, which has influenced the entire globe, has affected social and economic fields and correspondingly the field of law. The 2020 Covid-19 outbreak, which has been declared a pandemic by the World Health Organization, has not only led to precautions such as restrictions on travel and going out but has fundamentally disrupted procurement processes and payment cycles nationally and across the globe. The idea of taking legal precautions against the economic results of the Covid-19 has led legal experts to look to the legal concept known as “force majeure”. Questions that have been raised include how to exercise force majeure and what consequences may result in terms of the liabilities between individuals and the economic relations between administrations. The answers to these questions may be evaluated differently for each sector that has been affected by the Covid-19 process. This study discusses the effects on the production of renewable energy production, a part of the energy sector. Producing energy from renewable resources requires certain technical and physical equipment and this equipment is procured through the cooperation of various agents both domestic and from abroad. However, Covid-19 and the

## I. GİRİŞ

2020 yılında dünyayı etkisi altına alan Covid-19 salgını, Türkiye Cumhuriyeti’nde ilk vakanın belirlenmesinden itibaren sosyal ve ekonomik alanları, bunlara bağlı olarak hukuk alanını etkiledi. Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi olarak ilan edilen Covid-19 salgını dünya genelinde ve ülkesel bazda seyahat ve dışarı çıkmaya ilişkin kısıtlamalar gibi önlemlerin alınmasına; tedarik süreçlerinin ve ödeme döngülerinin aksamasına yol açtı. Covid-19 sürecinin ekonomik yansımalarına karşı hukuka uygun bir şekilde önlem alma düşüncesi hukukçuları “mücbir sebep” olarak bilinen hukuki kurumu kullanmaya ve Covid-19 sürecini mücbir sebep olarak değerlendirmeye itti. Kişilerin ekonomik ilişkilerde birbirlerine ve idareye karşı olan yükümlülükleri açısından mücbir sebep kurumunun nasıl kullanılacağı ve sonuçlarının ne olacağı soruları ortaya çıktı. Bu soruların cevabı, Covid-19 sürecinden etkilenen her sektör için farklı değerlendirilebilir. Bu alanlardan bir tanesi bu çalışmada ele alınacak olan enerji sektörünün yenilenebilir enerji üretimine ilişkin olan kısmıdır. Bilindiği üzere, yenilenebilir enerji kaynaklarından enerji üretimi için belirli bir teknik ve fiziksel donanım gerekmektedir ve bu donanım, yurtiçi ve yurtdışından farklı aktörlerin tedarik süreçlerine dahil edilmesi ile mümkün olmaktadır. Ancak Covid-19 süreci ve Covid-19



cautionary restrictions in the Covid-19 process has led to disruptions in procurement processes and payment cycles, and interruptions to works expected to be completed before the Covid-19 process.

This study evaluates time suspension claims originating from the Covid-19 process within the scope of the Code Regarding the Utilization of Renewable Energy Resources for Generating Electrical Energy numbered 5346 (“RES Code”) as force majeure, and discusses the qualification of applications made to the administration for the suspension of obligations and possible outcomes of these applications.

## II. EVALUATION OF FORCE MAJEURE WITHIN THE SCOPE OF TURKISH LAW AND RES CODE

Although force majeure is not explicitly stipulated in the Turkish Code of Obligations (“TCO”) numbered 6098, Article 138 of the TCO entitled “Hardship of Performance” may shine a light on what can be considered force majeure in contracts in Turkish law doctrine. In this respect, force majeure can be evaluated according to the four criteria set out in Article 138.

sürecindeki tedbir amaçlı kısıtlamalar, tedarik süreçlerinin ve ödeme döngülerinin aksamasına; Covid-19 sürecinden önce belirli bir tarihe kadar yapılması gereken işlerin gerçekleştirilmesi için öngörülen planların sektöre uğramasına yol açmıştır.

Bu çalışmada Covid-19 sürecinden kaynaklanan süre erteleme taleplerinin, 5346 Sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun (“YEK Kanunu”) kapsamında mücbir sebep olarak değerlendirilmesi, yükümlülüklerin ertelenmesi için idareye yapılan başvuruların niteliği ve bu başvuruların olası sonuçları ele alınacaktır.

## II. TÜRK HUKUKU VE YEK KANUNU ÇERÇEVESİNDE MÜCBİR SEBEP DEĞERLENDİRİLMESİ

Mücbir sebepler her ne kadar 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda (“TBK”) açıkça sayılmasa da, sözleşmeler bazında Türk hukuk doktrininde Türk Borçlar Kanunu’nun aşırı ifa güçlüğü başlıklı 138. maddesi nelerin mücbir sebep olabileceğine dair yol gösterici olabilmektedir. Bu açıdan, TBK’nın 138. maddesinde yer alan dört kritere göre mücbir sebebin mevcudiyetine göre değerlendirme yapılabilir.



## PART 3

1. The existence of an extraordinary situation that was not foreseen and could not have been expected to be foreseen by the parties at the time of the conclusion of contract.
2. The occurrence of this situation for a reason that is not caused by the debtor.
3. This situation changes the facts present at the time of conclusion of the contract against the debtor in such a way as to contradict with the rules of honesty.
4. The debtor has not fulfilled his debt yet or has fulfilled his debt while reversing his rights arising from the excessive difficulty of performance.<sup>1</sup>

Although evaluation is subject to the TCO within the scope of contract law, a separate evaluation should be carried out in respect of legislation that governs the administration. In Turkish administrative law, since there is no single legislation governing the administration, separate considerations may be necessary for each administrative authority. For example, in Article 13 of Tax Procedural Law ("TPL") numbered 213, the following are considered force majeure:

1. Severe accident, serious disease, and detention to prevent the fulfillment of any tax duties;
2. Disasters such as fire, earthquake, and flood that prevent the fulfillment of any tax duties;
3. Compulsory absences that occur against the will of the person;

1. Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durumun mevcut olması.
2. Bu durumun borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkması.
3. Bu durumun sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmesi
4. Borçlunun, borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak borcunu ifa etmiş olması.<sup>1</sup>

Sözleşmeler hukuku kapsamında duruma ilişkin değerlendirme her ne kadar TBK'ya tabi olsa da, idarenin tabi olduğu mevzuat bakımından ayrı bir değerlendirme yapmak gerekecektir. Türk idare hukukunda, idarenin tabi olduğu tek bir mevzuat olmadığından, her bir idari otorite bakımından ayrı ayrı ele almak gerekebilir. Örneğin 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nda ("VUK") mücbir sebepler madde 13'te mücbir sebepler:

1. Vergi ödevlerinden her hangi birinin yerine getirilmesine engel olacak derecede ağır kaza, ağır hastalık ve tutukluluk;
2. Vergi ödevlerinin yerine getirilmesine engel olacak yangın, yer sarsıntısı ve su baskını gibi afetler;
3. Kişinin iradesi dışında vukua gelen mecburi gaybubetler;



## FOOTNOTE

<sup>1</sup> Şahin, Hale, Inability to Perform an Obligation due to Force Majeure, Yetkin Publishing, p.75

<sup>2</sup> Sancakdar, Oğuz/Önüt, Lale Burcu/Us, Eser/ vd., Administrative Law Manual, Seçkin Publishing p.286

<sup>3</sup> Ortak, Yücel, Authority Elements of the Administrative Process in the Light of the Decisions of the Council of State İstanbul Medipol University Institute of Social Sciences Postgraduate Thesis, İstanbul 2019, p.71.

4. Books and documents lost due to reasons beyond the will of the owner  
The occurrence of such situations explicitly set out in TPL can be considered force majeure by the tax authority and bear consequences within the scope of the administrative norms governing the tax authority. Force majeure is not, however, counted within the scope of RES Code. Given this gap in the code, it may seem appropriate to fill it by analogy. However, as a rule analogy is not accepted in Turkish administrative law.<sup>2</sup> In addition, even if it were desired to fill the legal gap by analogy, the principle of the administration's lack of authority<sup>3</sup>, which is a principle that prevails in Turkish administrative law, raises the question of which administration would determine the existence of force majeure.

4. Sahibinin iradesi dışındaki sebepler dolayısıyla defter ve vesikalarının elinden çıkmış bulunması  
olarak sayılmıştır. VUK'ta açık olarak sayılan durumların oluşması, vergi idaresince mücbir sebep olarak kabul edilebilecek ve vergi idaresinin kendi tabi olduğu idare normları çerçevesinde sonuçlar doğacaktır. Buna karşın YEK Kanunu çerçevesinde mücbir sebep sayılmamıştır. Bu durumda, kanunda bir boşluk olduğu ve kıyas yoluyla bu boşluğun doldurulabileceği ilk olarak akla gelse, Türk idare hukukunda kural olarak kıyas kabul edilmemektedir.<sup>2</sup> Ayrıca, kıyas yolu ile kanun boşluğu doldurulmak istense bile, Türk idare hukukuna hâkim olan ilkelere idarenin yetkisizliğinin esas olması ilkesi<sup>3</sup>, hangi idarenin mücbir sebebin varlığını tespit edeceği sorusunu ortaya çıkarmaktadır.

Although evaluation is subject to the TCO within the scope of contract law, a separate evaluation should be carried out in respect of legislation that governs the administration.

Sözleşmeler hukuku kapsamında duruma ilişkin değerlendirme her ne kadar TBK'ya tabi olsa da, idarenin tabi olduğu mevzuat bakımından ayrı bir değerlendirme yapmak gerekecektir.

### III. EVALUATION OF SUSPENSION CLAIMS BASED ON FORCE MAJEURE AND RESULTS OF SUSPENSION CLAIMS

The RES Code stipulates that the Renewable Energy Resources Support Mechanism ("RESSUM") applies to production facilities that have started or will start business between May 18th 2020 and December 31st 2020 for the next 10 years. RESSUM stipulates that participants governed by RES Code will benefit from incentives attached to RES Code and guarantee of purchase. In this mechanism, there is no contractual relationship between participants and administration subject to civil law; participants expect to benefit from the rights regulated

### III. MÜCBİR SEBEBE DAYANARAK YAPILAN ERTELEME TALEPLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE ERTELEME TALEPLERİNİN SONUÇLARI

YEK Kanunu çerçevesinde, Yenilenebilir Enerji Kaynakları Destekleme Mekanizması'nın ("YEKDEM") 18/05/2005 tarihinden 31/12/2020 tarihine kadar işletmeye girmiş ya da girecek olan üretim tesislerine 10 yıl süre ile uygulanacağı düzenlenmiştir. YEKDEM ile YEK Kanunu çerçevesindeki katılımcıların, YEK Kanunu'na ekli teşviklerden ve alım garantisinden yararlanacağını düzenlemektedir. Bu mekanizmada katılımcılar ile idare arasında özel hukuka tabi bir sözleşme ilişkisi kurulmamakta, katılımcılar salt YEK Kanunu'ndan doğan katılım haklarını

## DİPNOT

<sup>1</sup> Şahin, Hale, Mücbir Sebep Nedeniyle Borcun İfa Edilememesi, Yetkin Yayıncılık, s. 75

<sup>2</sup> Sancakdar, Oğuz/Önüt, Lale Burcu/Us, Eser/ vd., İdare Hukuku El Kitabı, Seçkin Yayıncılık s. 286

<sup>3</sup> Ortak, Yücel, Danıştay Kararları Işığında İdari İşlemin Yetki Unsurları İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s.71.

## PART 3

by RES Code solely by exercising their right to participate, stipulated in RES Code. Under ordinary circumstances, participants took action considering the participation time they could foresee, and continued to take on the serious operational and financial burdens required for the establishment of a facility producing renewable energy in light of RES Code. The Covid-19 process raises the risk of missing the last operating dates specified in RES Code by directly and negatively affecting all engineering, establishment, and transportation processes required for the establishment of facilities producing renewable energy. As mentioned above, the absence of any provision regarding force majeure or extension in RES Code primarily presents the problem of which administration to apply to. Although it may appear that an application could be made to the Energy Market Regulatory Authority ("EMRA") and Ministry of Energy and Natural Resources ("Ministry") within the scope of RES Code, neither of the administrations can be expected to accept suspension claims due to a lack of authority regarding suspension.

kullanarak YEK Kanunu'nun tanıdığı haklardan faydalanmayı beklemektedirler. Olağan koşullarda, katılımcılar öngörebildikleri bu katılım süresini dikkate alarak hareket etmekte, yenilenebilir enerji üreten bir tesisin kurulması için gereken ciddi operasyonel ve finansal yüklerin altına YEK Kanunu'nu dikkate alarak devam etmekteydiler. Covid-19 süreci, yenilenebilir enerji üretim tesislerinin kurulması için gerekli bütün mühendislik, kurulum ve nakliye süreçlerini doğrudan olumsuz etkileyerek YEK Kanunu'nda belirtilen son işletmeye girme tarihlerinin kaçırılma riskini doğurmaktadır. Ancak yukarıda da değindiğimiz üzere, YEK Kanunu'nda mücbir sebep veya ertelemeye ilişkin herhangi bir hüküm olmaması öncelikle hangi idareye başvurulacağı sorununu ortaya çıkaracaktır. YEK Kanunu çerçevesinde Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu ("EPDK") ve Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na ("Bakanlık") başvurulabileceği düşünülse de her iki idarenin de ertelemeye ilişkin yetkisizliğinden dolayı erteleme taleplerini kabul etmeleri beklenemeyecektir.



## FOOTNOTE

4 Koç, Celalettin, "Purpose Element of Administrative Process, Bursa Uludağ University Institute of Social Sciences Department of Public Law", Postgraduate Thesis, Bursa, 2019, p.81.

## IV. CONCLUSION

In order to submit the Covid-19 outbreak as a force majeure to administration under the RESSUM, an evaluation specific to the appropriate administration and RES Code, which is the governing code of the RESSUM, is needed. Since the evaluation of claims regarding the suspension of the last date under the RESSUM and occurrence or non-occurrence of suspension are administrative operations, the administration will need to use authority granted by law.<sup>4</sup> However, there is no authority of EMRA or the Ministry regarding the suspension of benefitting from the RESSUM based on force majeure in RES Code. In this case, since it is the President of the Republic who has the authority to determine the periods to be applied to production facilities commissioned after December 31st 2015 pursuant to Article 6 of RES Code, it is only the President of the Republic who can decide on the relevant period.

## IV. SONUÇ

Covid-19 salgınına YEKDEM'den yararlanma açısından bir mücbir sebep olarak idareye karşı öne sürülebilmesi için, ilgili idare ve YEKDEM'i hakim kanun olan YEK Kanunu özelinde bir değerlendirme yapmak gerekir. YEKDEM'den yararlanmaya ilişkin son tarihin ertelenmesine ilişkin taleplerinin değerlendirilmesi ve ertelemenin yapılması veya yapılmaması, idari bir işlem olacağı için idarenin kanundan aldığı yetkiyi kullanması gerekecektir.<sup>4</sup> Ancak YEK Kanunu'nda YEKDEM'den yararlanmanın mücbir sebep nedeniyle ertelenmesine ilişkin EPDK'nın veya Bakanlık'ın yetkisi yer almamaktadır. Bu durumda, YEK Kanunu'nun 6. maddesine göre 31/12/2015 tarihinden sonra işletmeye girecek olan YEK belgeli üretim tesisleri için YEK Kanunu'na göre uygulanacak süreleri Cumhurbaşkanlığı belirlemeye yetkili olduğundan, ilgili sürenin belirlenmesi Cumhurbaşkanlığı'nın kararı ile mümkün olabilecektir.

## BIBLIOGRAPHY

- HALE ŞAHİN, Inability to Perform an Obligation due to Force Majeure, Yetkin Publishing.
- OĞUZ SANCAKTAR, LALE BURCU ÖNÜT, ESER US, vd. Administrative Law Manual, Seçkin Publishing.
- YÜCEL ORTAK, Authority Elements of the Administrative Process in the Light of the Decisions of the Council of State, Istanbul Medipol University Institute of Social Sciences Postgraduate Thesis, Istanbul 2019
- CELALEDDİN KOÇ, Purpose Element of Administrative Process, Bursa Uludağ University Institute of Social Sciences Department of Public Law, Postgraduate Thesis, Bursa, 2019.

## KAYNAKÇA

- HALE ŞAHİN, Mücbir Sebep Nedeniyle Borcun İfa Edilememesi, Yetkin Yayıncılık
- OĞUZ SANCAKTAR, LALE BURCU ÖNÜT, ESER US, vd. İdare Hukuku El Kitabı, Seçkin Yayıncılık.
- YÜCEL ORTAK, Danıştay Kararları Işığında İdari İşlemin Yetki Unsurları İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019
- CELALEDDİN KOÇ, İdari İşlemin Amaç Unsuru, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Bursa, 2019

## DİPNOT

4 Koç, Celalettin, İdari İşlemin Amaç Unsuru, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Bursa, 2019, s. 81.



# THE RIGHT OF RETENTION AND FORECLOSURES ON AIRCRAFT UNDER TURKISH LAW

## TÜRK HUKUKU TAHTINDA HAPİS HAKKI VE UÇAK HACZİ

CANSEV ERİNÇ İNCEKAŞ  
ŞEYDANUR KAYA

### ABSTRACT

The general right of retention regulated in the Turkish Civil Code ("TCC") numbered 4721 is a right arising automatically and having in-kind effects upon the realization of its legal conditions. Some of the conditions stipulated in the law are positive conditions and they must be fulfilled, while others are negative conditions, that is, issues that should not be found in order to have the right of retention. The subject of the right of retention is movable property and negotiable instruments. It is not possible to establish the right of retention on real estate. In this article, after referring to the legal conditions of the right of retention, we examine the terms and results of the right of retention on aircraft. Following a discussion of the legal status of aircraft, an assessment is made as to whether right of retention can be established. After this evaluation, the procedure regarding the foreclosure of aircraft by means of general foreclosure is explained.

### ÖZET

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda ("TMK") düzenlenen genel hapis hakkı, kanuni şartlarının gerçekleşmesiyle birlikte kendiliğinden doğan ve aynı etkiler doğuran bir haktır. Kanunda öngörülen şartların bir kısmı olumlu şartlar olup bunların gerçekleşmesi gerekmektedir, diğer kısım ise olumsuz şartlar yani mevcut koşullarda hapis hakkının doğması için bulunmaması gereken hususlardır. Hapis hakkının konusunu taşınır eşya ve kıymetli evrak oluşturmaktadır. Hapis hakkının taşınmazlar üzerinde tesisi mümkün değildir. İşbu makalemizde hapis hakkının kanuni şartlarına değindikten sonra hapis hakkının hüküm ve sonuçlarını irdeleyeceğiz. Ardından uçakların hukuki statüsüne değindikten sonra uçaklar üzerinde hapis hakkı kurulup kurulamayacağının değerlendirilmesi yapılacaktır. Bu değerlendirmeden sonra uçakların genel haciz yolu ile haczedilmesine ilişkin usul anlatılacaktır.



### KEYWORDS

TURKISH CIVIL CODE, RIGHT OF RETENTION, RIGHT OF RETENTION TERMS AND RESULTS, MOVABLE PROPERTY, NEGOTIABLE INSTRUMENTS, LEGAL STATUS OF AIRPLANES, FORECLOSURES ON AIRPLANES



### ANAHTAR KELİMELER

TÜRK MEDENİ KANUNU, GENEL HAPİS HAKKI, GENEL HAPİS HAKKININ HÜKÜM VE SONUÇLARI, TAŞINIR EŞYA, KIYMETLİ EVRAK, UÇAKLARIN HUKUKİ STATÜSÜ, UÇAKLARIN HACZİ

## PART 4

The right of retention is the right of a creditor to hold, with the debtor's consent, the debtors' movable property or negotiable instruments in possession until a debt that is due is paid. The property must in nature have a connection with the debt. This article discusses the general right of retention, the terms and consequences of the right of retention, and the use of the right of retention on aircraft.

Hapis hakkı, borçluya ait olan taşınır veya kıymetli evrakın alacaklının borçlunun rızasıyla bunlara zilyet olması, borcun vadesinin gelmiş olması ve niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması hâlinde alacaklıya borç ödeninceye kadar elinde tutmasına imkân veren bir haktır. İşbu makale kapsamında genel yönleriyle hapıs hakkı, hapıs hakkının hüküm ve sonuçları uçaklar üzerinde hapıs hakkının kullanılabilmesi irdelenecektir.

## I. INTRODUCTION

The right of retention is the right of a creditor to hold, with the debtor's consent, the debtors' movable property or negotiable instruments in possession until a debt that is due is paid. The property must in nature have a connection with the debt. This article discusses the general right of retention, the terms and consequences of the right of retention, and the use of the right of retention on aircraft.

## II. RIGHT OF RETENTION UNDER TURKISH LAW

## A. Definition of the Right of Retention

The general regulation on the right of retention is set out in TCC Article 950 and rest. According to paragraph 1, "The creditor may confiscate the movable property or negotiable instruments belonging to the debtor until the debt is paid, if his/her possession is with the consent of the debtor and if the debt is due and the property has a connection with the debt." As understood from the provision of the article, the right of retention gives the creditor, with the consent of the debtor, the right to not return any movable property or negotiable instruments left in their possession. The right of retention is defined as

## I. GİRİŞ

Hapis hakkı, borçluya ait olan taşınır veya kıymetli evrakın alacaklının borçlunun rızasıyla bunlara zilyet olması, borcun vadesinin gelmiş olması ve niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması hâlinde alacaklıya borç ödeninceye kadar elinde tutmasına imkân veren bir haktır. İşbu makale kapsamında genel yönleriyle hapıs hakkı, hapıs hakkının hüküm ve sonuçları uçaklar üzerinde hapıs hakkının kullanılabilmesi irdelenecektir.

## II. TÜRK HUKUKU TAHTINDA HAPİS HAKKI

## A. Hapis Hakkının Tanımı

Hapis hakkına ilişkin genel düzenleme TMK madde 950 ve devamında yer almaktadır. TMK madde 950/1. fıkrasına göre; "Alacaklı, borçluya ait olup onun rızasıyla zilyedi bulunduğu taşınır veya kıymetli evrakı, borcun muaccel olması ve niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması hâlinde, borç ödeninceye kadar hapsedebilir." Hükümden de anlaşıldığı üzere hapıs hakkı, hak sahibi alacaklıya borçlunun rızasıyla alacaklının zilyetliğine bırakılan taşınır eşyanın veya kıymetli evrakı iade etmekten kaçınma hakkı tanımaktadır. Hapis hakkı doktrinde ise şu şekilde tanımlanmaktadır; "kanuni şartla-



follows in the doctrine: "In the event of legal conditions, it is a real right that gives the creditor the power to hold back and turn the movable property and negotiable instruments into money, which belongs to the debtor, which must be returned and possessed by creditor, by not returning them."<sup>1</sup> With all the conditions stipulated in the law, the creditor has the right of retention without and need for further action.

## B. Legal Nature of the Right of Retention

"There is consensus that the right to confiscate in Turkish Law is a real right to property related to claim and is a type of movable property pledge arising from the law."<sup>2</sup> Looking at the TCC, the right of retention is regulated under the provisions of the pledge of movable property under limited real rights. The right of retention gives the creditor the right to confiscate the movable property or negotiable instruments and turn it into money if the debt is not paid. In addition, a creditor with the right of retention has a priority over other claims to the debtors' property.<sup>3</sup> These effects arise from the fact that the right of retention is in kind. Since the right of retention depends on the claim, it is an accessory right. Unless the original claim is settled for one of the reasons that settle a debt, the right of retention continues to exist.

rın gerçekleşmesi halinde, alacaklıya zilyetliğinde bulunan ve geri verilmesi gerekli olan borçluya ait taşınır mallar ve kıymetli evrakı geri vermeyerek alacağının teminatı olarak alıkoyma ve paraya çevirme yetkisi veren bir ayni haktır."<sup>1</sup> Hapis hakkı alacaklısı kanunda öngörülen şartların tümünün gerçekleşmesiyle başkaca bir işleme ihtiyaç duymaksızın hapıs hakkını elde edebilmektedir.

## B. Hapis Hakkının Hukuki Niteliği

"Türk Hukuku'nda hapıs hakkının, alacağa bağlı bir malvarlığı hakkı olduğu ve kanundan doğan bir taşınır rehni türü olması itibarıyla 'ayni hak' niteliğinde olduğu konusunda fikir birliği mevcuttur."<sup>2</sup> Hapis hakkı TMK sistematiğine bakıldığında sınırlı ayni haklar altında taşınır rehni hükümleri içerisinde düzenlenmiştir. Hapis hakkının doğurduğu etkilere bakacak olursak hapıs hakkı alacaklısı hapse konu taşınır eşyayı veya kıymetli evrakı alıkoyma ve borcu ödenmediği takdirde paraya çevirme yetkisine sahip olmaktadır. Aynı zamanda hapıs hakkı alacaklısı diğer alacaklara nazaran alacağını öncelikli olarak elde etme imkanına sahiptir.<sup>3</sup> Bu etkiler ise hapıs hakkının aynı bir hak olmasından kaynaklanmaktadır. Hapis hakkı alacağa bağlı olduğundan fer'i bir haktır. Asıl alacak borcu sona erdiren sebeplerden biriyle sona erdirilmediği takdirde hapıs hakkı da mevcudiyetini sürdürebilecektir.

## FOOTNOTE

1 Turgut Akıntürk / Jale G. Akipek, Eşya Hukuku, İstanbul, 2009, p. 857.

2 Bilgehan Çetiner, Hapis Hakkı, 1st Edition, İstanbul 2010, p. 31.

3 Aydın Aybay, Hüseyin Hatemi, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 2009, p. 301.

## DİPNOT

1 Turgut Akıntürk / Jale G. Akipek, Eşya Hukuku, İstanbul, 2009, s. 857.

2 Bilgehan Çetiner, Hapis Hakkı, 1. Basi, İstanbul 2010, s. 31.

3 Aydın Aybay, Hüseyin Hatemi, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 2009, s. 301.



## PART 4

**C. Property Subject to the Right of Retention**

Under the TCC 950/1 and 951/1, property subject to the right of retention is "movable property or negotiable instruments that are convenient to be converted into money due to their feature". "The reason that the right of retention is only possible on movable property and negotiable instruments is that the right of retention is a right based on possession and possession can be possible on items that are described as property in law."<sup>4</sup> The possession of property under the right of retention must be with the consent of the debtor. We will look at this in more detail in the section on the terms of the right of retention.

The movable property distinction is made for items which can change location. "It doesn't matter if this displacement is accomplished by the stuff's own power or by an externally applied force."<sup>5</sup> The fact that the location of the items can change without harming the essence of the item is sufficient in terms of movable item status. According to Article 762 under the title "TCC Movable Property Ownership", "The subject of movable property is natural forces that are suitable for acquisition and material things that cannot be covered by their property and are not within the scope of real estate ownership." The Article makes clear that movable property is movable items and natural forces that can be possessed.

**C. Hapis Hakkının Konusu**

TMK'nın 950/1 ve 951/1 hükümlerinin birlikte değerlendirilmesiyle hapis hakkının konusunun; "nitelikleri itibari ile paraya çevrilmeye elverişli taşınır veya kıymetli evrak" olduğunu söyleyebiliriz. "Hapis hakkının yalnızca menkul eşya ile kıymetli evrak üzerinde mümkün olabilmesinin nedeni hapis hakkının zilyetlik temeline dayanan bir hak olmasıdır ve zilyetliğin de hukuken eşya sıfatını taşıyan cismani varlıklar üzerinde söz konusu olabilmesidir."<sup>4</sup> Hapis hakkının şartlarından bahsederken de değineceğimiz üzere alacaklı hapis hakkı konusu eşya üzerinde borçlunun rızası ile zilyet bulunmalıdır.

Taşınır eşya ayırımı eşyanın yerinin değişebilmesi/değiştirilebilmesi yönünden yapılmaktadır. "Bu yer değiştirmenin, eşyanın kendi gücüyle veya dışarıdan uygulanan bir güç tarafından yerine getirilmesinin herhangi bir önemi yoktur."<sup>5</sup> Eşyanın özüne zarar verilmeksizin yerinin değişebiliyor olması taşınır eşya statüsü bakımından yeterlidir. TMK taşınır mülkiyeti başlığı altında yer alan madde 762'ye göre; "Taşınır mülkiyetinin konusu, nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerdir." Madenin lafzından anlaşılacağı üzere taşınır eşya ve doğal güçler taşınır mülkiyetinin konusudur.

**FOOTNOTE**

4 Çetiner, Hapis Hakkı, p. 60.

5 Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul 2015, p. 10.

6 Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, p. 807.

7 Bülent Köprülü, Selim Kaneti, Sınırlı Ayni Haklar, 2nd Edition, İstanbul 1982-1983, p. 517.

In summary, only movable items that can be converted into money due to their qualities and valuable items may be subject to the right of retention. However, the right of retention cannot be applied to things such as family pictures, diplomas, letters, account books and things that will be incarnated in the future, as well as documents that are considered proof only and do not have a monetary value,<sup>6</sup> because the right of retention is a right to the value constituted within the property.<sup>7</sup> We have stated that the right of retention within the scope of Article 950 of the TCC is established on movables; immovable property, real estate, does not come within the scope of the right of retention.

Özetle, nitelikleri itibarıyla paraya çevrilebilir, maddi değeri olan taşınır eşya ancak hapis hakkının konusu olabilir. Buna karşılık mahiyetleri itibari ile paraya çevrilmesi mümkün olmayan aile resimleri, diplomalar, mektuplar, hesap defterleri gibi şeyler ile gelecekte vücut bulacak şeyler üzerinde hapis hakkı kullanılamayacağı gibi sadece ispat vasıtası sayılan ve para değeri olmayan belgeler üzerinde de hapis hakkı kurulamaz.<sup>6</sup> Zira rehin, konusunu oluşturan şeyin değerine ilişkin bir haktır.<sup>7</sup> TMK madde 950 kapsamında hapis hakkının taşınırlar üzerinde kurulduğunu belirttik, taşınmaz mallar üzerinde ise bu kapsamda bir hapis hakkı kullanılamaz.

It is therefore practically impossible to predict whether current sanctions will be enforced in the future.

Bu takdir marjı dolayısıyla yürürlükte bulunan yaptırımların gelecekte uygulanıp uygulanmayacağı konusunda öngörülmesi neredeyse imkansızdır.

**Legal Status of Airplanes**

In Turkish Civil Aviation Law ("TCAL") numbered 2920, "all kinds of vehicles capable of take off and capable of navigating in the air" are included within the scope of aircraft. Airplanes are also treated as aircraft in accordance with TCAL because they have the ability to take off and navigate in the air.

Article 65 of TCAL refers to the legal features of aircraft: "Aircraft are subject to the provisions of movable property unless there is a contrary provision in this law". This means that aircraft are subject to movable property provisions. Therefore, the legal nature of airplanes is that of movable property and they are therefore subject to the provisions of movable property.

**Uçakların Hukuki Statüsü**

2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nda ("TSHK") "havalanabilen ve havada seyredebilme kabiliyetine sahip her türlü araç" hava aracı kapsamında yer almaktadır. Uçaklar da aynı şekilde havalanabilen ve havada seyredebilme kabiliyetine sahip olduklarından ötürü TSHK uyarınca hava aracı olarak işlem görmektedirler.

TSHK hava araçlarının hukuki niteliği başlıklı 65. maddesi "Bu kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, hava araçları menkul mal hükümlerine tabidir." demek suretiyle hava araçlarının taşınır mal hükümlerine tabi olduğunu hüküm altına almıştır. Dolayısı ile uçakların hukuki niteliği taşınır eşya olup taşınır eşya hükümlerine tabidir.

**DİPNOT**

4 Çetiner, Hapis Hakkı, s. 60.

5 Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul 2015, s. 10.

6 Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 807.

7 Bülent Köprülü / Selim Kaneti, Sınırlı Ayni Haklar, 2. Basım, İstanbul 1982-1983, s. 517.

## PART 4

**D. General Right of Retention Conditions**

TCC article 950/I stipulates, "Where a debt is due and the item has a connection with the receivable, the creditor can hold the movable or negotiable instruments that belong to the debtor and include the possession of his/her consent until the debt is paid." Articles 951/I and II provide that:

The right of retention cannot be exercised on movable property that are not suitable to being converted into money.

The right of retention is inapplicable in cases incompatible with the obligation assumed by the creditor or instruction that the debtor gives at the time of delivery or had given earlier and is incompatible with public order. These articles together provide the general conditions of the right of retention. Since the right of retention is a movable pledge arising from the law, it can arise automatically by providing all of the conditions specified in the law. These conditions can be positive and negative.

**1. Positive Conditions****a. The creditor must possess the debtor's consent to hold his/her movable property or negotiable instruments**

Under Article 950 of the TCC, the creditor must have the debtor's consent to possess the movable property or negotiable instruments he/she holds. TCC Article 973 stipulates that anyone who has actual control over something is the possession of that thing. For immovable property, the principle of public disclosure is supplied by the land registry whereas for movable property, it is supplied by possession.<sup>8</sup> One of the conditions that permits right of retention to be claimed against third parties is possession of property with the consent of the debtor. In cases where the debtor gives no consent, where, therefore, it can be claimed that the creditor acquired the movable property or the negotiable instruments without the knowledge of the debtor or obtained it by force, the creditor has no legal right of retention.

As a rule, the creditor must directly possess the property. However, if the debtor has removed the property such that the creditor cannot access it, the creditor will be able to exercise his/her right to confiscate the property and become the direct possessor.<sup>9</sup> Another point we

**D. Genel Hapis Hakkının Şartları**

TMK madde 950/I "Alacaklı, borçluya ait olup onun rızasıyla zilyedi bulunduğu taşınırı veya kıymetli evrakı, borcun muaccel olması ve niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması hâlinde, borç ödeninceye kadar hapsedebilir." ve madde 951/I ve II hükümleri;

"Nitelikleri itibarıyla paraya çevrilmeye elverişli olmayan taşınırılar üzerinde hapis hakkı kullanılamaz.

Alacaklının üstlendiği yükümlülükle veya borçlunun teslim sırasında ya da daha önce verdiği talimatla veya kamu düzeniyle bağdaşmayan hâllerde de hapis hakkı kullanılamaz."

birlikte değerlendirilmesiyle ortaya genel hapis hakkı şartlarının çıktığını söyleyebiliriz. Hapis hakkı kanundan doğan bir taşınır rehni olduğu için kanunda belirtilen bu şartların tümünün sağlanmasıyla kendiliğinden doğabilecektir. Şimdi sırası ile bu şartları olumlu ve olumsuz şartlar olmak üzere inceleyeceğiz.

**1. Olumlu Şartlar****a. Alacaklı, borçlunun rızası ile onun taşınırına veya kıymetli evrakına zilyet olmalı**

TMK madde 950 uyarınca, hapis hakkı alacaklısı elinde bulundurduğu taşınır eşyaya veya kıymetli evraka borçlunun rızası ile zilyet olmalıdır. TMK madde 973 ise bir şey üzerinde fiili hakimiyeti bulunan kimsenin o şeyin zilyedi olduğunu söylemektedir. Kamuya açıklık prensibini taşınmazlarda tapu sicili, taşınırılarda ise zilyetlik kurumu sağlamaktadır.<sup>8</sup> Hapis hakkının üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmesine olanak sağlayan basamaklardan biri de alacaklının borçlunun rızası ile hapis hakkına konu şeye zilyet olmasıdır. Borçlunun rızasının olmadığı varsayımında ise alacaklı bahse konu taşınırı veya kıymetli evrakı borçlunun haberi olmaksızın ele geçirmiş veyahut zor kullanarak elde etmiş ise kanuni şartın sağlanamadığından bahisle hapis hakkının doğmayacağını söyleyebiliriz.

Kural olarak alacaklının, rehin konusu şey üzerinde doğrudan zilyet olması gereklidir; fakat borçlu rehin konusunu alacaklının ulaşamayacağı bir biçimde elinden çıkarmışsa alacaklı taşınırı dolaysız zilyet iken de hapis hakkını kullanabilecektir.<sup>9</sup> Değinemiz gereken diğer bir husus ise hapis

need to mention is that while the right to confiscate must be established on the debtor's movable property or negotiable instruments, TCC 950/III makes an exception: "The creditor also has the right of retention to the extent that having possession of items in goodwill is preserved on movables that do not belong to the debtor." In accordance with the principle of protecting trust, creditors may have the right of retention to the extent that their goodwill is maintained. If the property is owned by a third person, if the property is given by the debtor to the creditor with the consent of the owner, or if the creditor does not know that the item in question belongs to a third person and does not need to know, then the right of retention applies if all other conditions are met.

**b. The receivable must be due**

Another condition listed in TCC 950/I is that the debt must be due. Being due means that the debtor has an overdue debt that the creditor can request from the debtor. According to Oğuzman, it may be a debt that the person will receive or take, make, give or not.<sup>10</sup> Since the ultimate aim of the right of retention is to get the receivable by converting the debtor's property that is in the creditor's possession into money, on the basis of default provisions set out in the Turkish Code of Obligations ("TCO") numbered 6098 (Article 96/I or 106/II et al.), initially the conversion of receivables other than money should be taken.<sup>11</sup> An exception is granted in Article 952 of the TCC to the condition of due debt. If the borrower fails to pay, the lawmaker states that the creditor can exercise his/her right of retention. According to Oğuzman, insolvency occurs when the debtor has suspended payments, demanded a concordat deadline, received proof of insolvency, and bankruptcy has been initiated.<sup>12</sup>

**c. There must be a connection between the movable property or negotiable documents that are transferred to the creditor's possession and the receivable**

The law provides various criteria to determine whether there is a connection between the movable property or negotiable instruments that the creditor possesses and the receivable. The first is the expression in terms of "quality", as mentioned in TCC Article 950/I. Second, the provision in TCC Article 950/II says, "If the possession and receivable arise from a commercial relation-

hakkının borçluya ait bulunan taşınır eşya veya kıymetli evrak üzerinde kurulması gerektiğidir. TMK 950/III hükmü bu kurala bir istisna getirmiştir; "Alacaklı, borçluya ait olmayan taşınırılar üzerinde de zilyetliğin iyiniyetle kazanılmasının korunduğu ölçüde hapis hakkına sahip olur." Güvenin korunması prensibi gereğince alacaklının iyi niyeti korunduğu oranda hapis hakkına sahip olabilir. Üçüncü bir kişiye ait taşınır, eğer malikin rızası ile borçlu tarafından alacaklıya verilmişse yahut alacaklı bahse konu eşyanın üçüncü bir kişiye ait olduğunu bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa bu halde hapis hakkı diğer tüm şartların sağlanması halinde kullanılabilir.

**b. Alacağın muaccel olması**

TMK 950/I'de sayılan şartlardan diğeri ise borcun muaccel olması şartıdır. Muaccel olma, alacaklının borçludan talep edileceği vadesi gelmiş bir borcunun olması demektir. Oğuzman'a göre bu alacak bir para alacağı veya yapma, verme, yapmama borcu olabilir.<sup>10</sup> Hapis hakkının nihai amacı alacaklının elinde bulundurduğu borçluya ait eşyanın paraya çevrilerek alacağına kavuşması olduğu için, para dışındaki edimlere ilişkin alacağın, eşyanın paraya çevrilmesi istenmeden önce 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki ("TBK") temerrüt hükümlerine dayanılarak (TBK madde 96/I veya 106/II vd.) para alacağına çevrilmesi gerekmektedir.<sup>11</sup> TMK madde 952'de ise muaccel olma şartına bir istisna tanınmıştır. Borçlunun ödemede acze düşmüş olması halinde kanun koyucu alacaklının hapis hakkını kullanabileceğini belirtmiştir. Oğuzman'a göre aciz hali; borçlunun borçlarını ödemeyi tatil ettiği, konkordato mühleti talep ettiği, aciz vesikası aldığı ve iflasının açıldığı durumlarda gerçekleşmektedir.<sup>12</sup>

**c. Alacaklının zilyetliğine devredilen taşınır eşya veya kıymetli evrak ile alacak arasında bağlantı olması**

Alacaklının zilyedi olduğu taşınır eşya veya kıymetli evrak ile alacak arasında bağlantı olup olmadığının tespit edilebilmesi için kanun çeşitli kriterler sunmuştur. İlki TMK madde 950/I'de zikredilen "niteliği" itibarıyla ifadesidir. İkincisi TMK madde 950/II "Zilyetlik ve alacak ticari ilişkiden doğmuşsa, tacirler arasında bu bağlantı var sayılır." hükmüdür. Yani bizler bu bağlantının varlığı için "niteliksel" veya "ticari" bir bağlantı olup ol-

## FOOTNOTE

8 Cem Dinar, Hapis Hakkı, İstanbul 2016, p. 37.

9 Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, p. 808.

10 Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, p. 809.

11 Çetiner, Hapis Hakkı, p. 77.

12 Oğuzman / Seliçi, Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, p. 808.

## DİPNOT

8 Cem Dinar, Hapis Hakkı, İstanbul 2016, s. 37.

9 Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 808.

10 Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 809.

11 Çetiner, Hapis Hakkı, s. 77.

12 Oğuzman / Seliçi, Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 808.



## PART 4

ship, this connection is assumed between the traders." That is, is there a "qualitative" or "commercial" connection for the existence of this connection needs to be determined.

According to Oğuzman, there should be a natural or actual connection between the possession obtained from the debtor and the receivable.<sup>13</sup> There are, of course, several criteria for revealing this connection, but they cannot go beyond giving us a basic idea. It is stated that what determines whether there is a connection or not is the rule of good faith, defined in Article 2 of the TCC.<sup>14</sup> The principle of good faith, which is one of the basic principles of law, guides us in evaluating whether there is a connection between the receivable and the property subject to the right of retention. According to Köprülü and Kaneti:

If there is a natural and economic commitment between the objects that the creditor possesses and the receivable that will be provided under the right of retention, a natural and economic commitment that would violate the rules of good faith without the satisfaction of the creditor, according to the intended goal, the opinion of the parties or the business is dominant.<sup>15</sup>

This gives us an idea about whether there is connection or not. If the debtor requests from the creditor the property subject to the right of retention without payment of the debt, we can say that the connection exists and is accepted if it is against the rule of good faith according to the judgment that dominates business life. In addition, the costs related to the provision and maintenance of the property subject to the right of retention, any pecuniary damages and damages caused by it, and the receivables arising from the legal or actual relationship on which the possession of it is based, are also linked.<sup>16</sup> In other words, it is clearly possible to say that any costs related to the right of retention are qualitatively linked and that the connection required by law has been fulfilled. TCC 950/II states, "If possession and receivable arise from a commercial relationship, this connection is assumed between traders." Another aspect of accepting the existence of the connection is that both parties are traders and possession and receivable have arisen from

madığının değerlendirilmesini yapmamız gerekecektir.

Oğuzman'a göre borçludan elde edilen zilyetlikle alacak arasında doğal veya fiili bir bağlantı bulunması gerekmektedir.<sup>13</sup> Bu bağlantının ortaya koyulabilmesi için elbette çeşitli kriterler mevcuttur ancak bunlar bizlere fikir vermektense öteye geçmemektedir. Eşyanın niteliği gereğince bağlantının olup olmadığını ortaya koyan şeyin TMK madde 2'de hüküm altına alınan dürüstlük kuralı olduğu belirtilmektedir.<sup>14</sup> Hukukun temel ilkelerinden olan dürüstlük kuralı bizlere alacak ile hapis hakkına konu eşya arasında bağlantının olup olmadığını değerlendirmesinde yön gösterecektir. Köprülü ve Kaneti'ye göre;

"Alacaklının zilyedi olduğu nesnelere hapis hakkıyla temin edilecek alacak arasında, güdülen amaca, tarafların düşünüşüne veya iş hayatına hâkim kanaate göre bu nesnelere alacaklı tatmin edilmeden geri istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı kılacak tabii ve iktisadi bir bağlılığın bulunması halinde irtibat şartının gerçekleşmiş olur."<sup>15</sup>

Bu görüş bizlere irtibatın bulunup bulunmadığına dair birtakım ipuçları vermektedir. Hapis hakkına konu şeyin borç ifa edilmeden alacaklı kimseden istenmesi iş hayatına hakim kanaate göre dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek ise bağlantının varlığının kabul edildiğini söyleyebiliriz. Ayrıca hapis hakkına konu eşyanın; temin edilmesi ve bakım onarımına ilişkin masraflar, neden olduğu zararların maddi ve manevi tazminat alacakları, zilyetliğin dayandığı hukuki veya fiili ilişkiden doğan alacakların da bağlantılı alacak olduğu söylenmektedir.<sup>16</sup> Yani hapis hakkı konusu şeye ilişkin masrafların niteliksel olarak bağlantılı olduğunu ve kanunda aranan irtibat şartının gerçekleştiğini hiç şüphesiz söylemek mümkündür.

TMK 950/II; "Zilyetlik ve alacak ticari ilişkiden doğmuşsa, tacirler arasında bu bağlantı var sayılır." hükmünü haizdir. İrtibatın varlığının kabul edilebilmesinin diğer bir unsuru da her iki tarafın tacir olması ve zilyetlik ve alacağın ticari ilişkiden doğmuş olmasıdır. Tacir, herhangi bir hukuki

a commercial relationship. The trader will be able to exercise his/her right of retention on any legal relationship, even if third party negotiable instruments or movable property has been possessed, and even if the receivable has arisen from another legal relationship.<sup>17</sup> In other words, in cases where both parties are traders, it is possible to say that there is a connection between the possession and receivable and that they arose from a commercial relationship regardless of how the relationship actually arose. Regarding the qualitative connection, it is thought that the reason why the condition for a commercial connection is not rigidly applied is "due to the fact that transactions existing in commercial life cannot be handled individually and are intertwined with each other".<sup>18</sup>

## 2. Negative Conditions

### a. Failure to establish a right on movable property that is not eligible to be converted into money

TCC Article 951/I states "The right of retention cannot be exercised on movables that are not eligible to be converted into money." The provision states that the right of reten-

ilişki nedeniyle üçüncü bir tacirin kıymetli evrakının veya taşınırının zilyedi olmuş ise, bunlar üzerinde hapis hakkını, alacak başka bir hukuki ilişkiden meydana gelmiş olsa bile, kullanabilecektir.<sup>17</sup> Yani her iki tarafın da tacir olduğu durumlarda alacağın hangi hukuki ilişkiden doğduğunun önemi olmaksızın zilyetliğin ve alacağın ticari ilişkiden doğmuş olmasıyla bağlantının olduğunun söylenmesi mümkündür. Niteliksel bağlantının varlığında olduğu gibi ticari bağlantıda irtibat şartının bu kadar sıkı tutulmamasının nedeninin "ticari hayatta var olan işlemlerin bireysel olarak ele alınamamasından ve birbirlerine girişik olmalarından kaynaklı" olduğu düşünülmektedir.<sup>18</sup>

## 2. Olumsuz Şartlar

### a. Niteliği itibarıyla paraya çevrilmeye elverişli olmayan taşınır eşyalar üzerinde hakkın kurulamaması

TMK madde 951/I "Nitelikleri itibarıyla paraya çevrilmeye elverişli olmayan taşınır üzerinde hapis hakkı kullanılamaz." hükmü bizlere ancak paraya çevrilmeye elverişli taşınır üzerinde hapis hakkının

## FOOTNOTE

13 Oğuzman / Seliçi, Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, p. 1037.

14 Köprülü / Kaneti, Sınırlı Ayni Haklar, p. 520.

15 Köprülü, Kaneti, Sınırlı Ayni Haklar, p. 520.

16 Dinar, Hapis Hakkı, p. 51.

17 Ferit Saymen / Halid Elbir, Türk Eşya Hukuku Dersler, İstanbul 1963, p. 748.

18 Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 15th Edition, Ankara 2011, p. 158.

## DİPNOT

13 Oğuzman / Seliçi, Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 1037.

14 Köprülü / Kaneti, Sınırlı Ayni Haklar, s. 520.

15 Köprülü, Kaneti, Sınırlı Ayni Haklar, s. 520.

16 Dinar, Hapis Hakkı, s. 51.

17 Ferit Saymen / Halid Elbir, Türk Eşya Hukuku Dersler, İstanbul 1963, s. 748.

18 Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2011, s. 158.



## PART 4

tion can only be exercised on movables that can be converted into money. It is understood from this provision that movables exist that are not eligible to be converted into money and that a right of retention cannot be imposed on them. The right of retention cannot be established on movables such as identity cards, passports, diplomas, or the debtor's insurance policies, all of which cannot be legally converted into money.<sup>19</sup>

### b. Failure to exercise the right of retention due to an obligation assumed by the creditor or with the instruction of the debtor at or before the time of delivery

In order to exercise the right of retention, the debtor must not be under a commitment to the creditor, which could mean waiver of the right. This commitment can be made by contract. According to Cansel, this commitment can be made before or after the creditor has direct possession of the movable property or negotiable instruments.<sup>20</sup>

For the right of retention to be exercised, the creditor should not have been instructed, during or before delivery, not to use the right of retention on the movable property or negotiable instruments. The law does not prescribe how this instruction will be given. It is therefore assumed that this instruction can be given explicitly or implicitly. If the debtor's instruction not to exercise the right of retention is given explicitly, no dispute will arise. However, if this instruction is given implicitly and such an order can be deducted from the circumstances and conditions of the good faith rule and the nature of the work, it could be concluded that the right of retention cannot be exercised.<sup>21</sup>

### c. Failure to exercise the right to retention in cases incompatible with public order

TCC Article 951/II implies that the final negative condition is public order. The concept of public order is wide and it is difficult to draw boundaries. It is therefore necessary to evaluate whether the exercise of the right of retention is contrary to the mandatory provisions regarding public order in each concrete case. As an example, the right of retention cannot be exercised on military uniforms and military equipment, which it is forbidden to sell.<sup>22</sup> The right of retention cannot be exercised on drugs or historical artifacts that it is forbidden to sell or use due

kullanılabileceğini belirtmektedir. Bu hükümden paraya çevrilmeye elverişli olmayan taşınır eşyaların da olduğu ve bunlar üzerinde hapis hakkı kurulamayacağı anlaşılmaktadır. Nüfus cüzdanı, pasaport, diploma, borçluya ait sigorta poliçesi gibi paraya çevrilmeye elverişli olmayan taşınır eşyalar üzerinde hapis hakkı kurulamamaktadır.<sup>19</sup>

### b. Alacaklının üstlendiği yükümlülük ile veya borçlunun teslim sırasında ya da daha önce verdiği talimatla hakkın kullanılmaması

Hapis hakkının kullanılabilmesi için alacaklı tarafından haktan feragat anlamına gelebilecek şekilde borçluya taahhüt verilmemiş olması gereklidir. Bu taahhüt sözleşme ile de verilebilir. Cansel'e göre bu taahhüt alacaklının taşınırın veya kıymetli evrakın dolaysız zilyetliğini kazanmasından önce ya da kazandıktan sonra verilebilir.<sup>20</sup>

Borçlu tarafından taşınır eşyanın veya kıymetli evrakın teslimi sırasında yahut teslimden önce hapis hakkının kullanılmaması yönünde alacaklıya bir talimat verilmemiş olmalıdır ki hapis hakkı kullanılabilsin. Talimatın nasıl olacağına ilişkin kanunda bir yol öngörülmemiştir. Açık veya örtülü şekilde bu talimatın verilebileceği kanaatindeyiz. Açık olarak borçlunun hapis hakkının kullanılmayacağına yönelik talimatı herhangi bir ihtilaf yaratmayacaktır. Lakin örtülü bir biçimde verilmişse bu talimat, dürüstlük kuralı çerçevesinde hal ve şartlardan ve işin niteliğinden böyle bir talimat verildiği çıkarılabiliyor ise o zaman hapis hakkının kullanılmayacağını söylemek mümkündür.<sup>21</sup>

### c. Kamu düzeni ile bağdaşmayan hallerde hapis hakkının kullanılmaması

TMK madde 951/II uyarınca son olumsuz şartın kamu düzeni olduğunu söyleyebiliriz. Kamu düzeni kavramı geniş ve sınırlarının çizilmesi güç olan bir kavramdır. Dolayısı ile her somut olay özelinde hapis hakkı kullanımının kamu düzenine ilişkin emredici nitelikteki hükümlere aykırı olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Örnek verecek olursak asker üniforması ve satımı yasaklanmış askeri araç gereçler üzerinde hapis hakkı kullanılmayacaktır.<sup>22</sup> Satılması ve kullanılması yasak olan uyuşturucu maddeler veya tarihi eserler üzerinde de kamu

to violation of public order.<sup>23</sup> In addition, it is possible to say that the right of retention cannot be established on items that are not subject to foreclosure in Article 82 of the Enforcement and Bankruptcy Law No. 2004, even if the conditions specified in the law are provided.<sup>24</sup>

### E. Terms and Results of the Right of Retention

The right of retention is the right that gives a creditor, upon fulfillment of the relevant legal conditions, the power to keep in his/her possession and to turn into money the debtor's movable property or negotiable instruments when the debt is not paid, and to return those movable property or negotiable instruments on payment of the debt.<sup>25</sup> Accordingly, the right of retention is a right that gives a creditor the power to refrain from returning any movable property or negotiable instruments in his/her possession and to turn them into money if the debt is not paid.

#### 1. The Right to Refrain from Returning Movable Property and Negotiable Instruments

A creditor with the right of retention may refrain from returning property in his/her possession until the debt is paid. Movable property and negotiable instruments equal in value to his/her receivable may be subject to the right of retention within the framework of the rule of good faith.<sup>26</sup> Since the right of retention is a right that applies automatically upon realization of the relevant legal conditions, the creditor must declare, to the debtor or third party, his/her intention to exercise this right. This is due to it being a legal plea.<sup>27</sup> The property in the creditor's possession may not belong to the debtor. Under Article 950/III of the TCC, "The creditor also has the right of retention on movables that do not belong to the debtor in the extent that acquiring possession with bona fides is preserved." In accordance with the principle of protecting trust, a creditor with the right of retention has this right in the event that he/she does not know the property in his/her possession belongs to a third party or he/she is not able to know.

A creditor can protect property in his/her direct possession in two ways: protection by force and protection by litigation. Protection by force is set out in Article 981 of the TCC. The lawmaker states that the possessor can

düzenine aykırılık nedeni ile hapis hakkı kullanılamayacaktır.<sup>23</sup> Ayriyeten 2128 sayılı İcra ve İflas Kanunu ("İİK") madde 82'de sayılan haczi caiz olmayan mallar üzerinde de hapis hakkının kanunda sayılan şartları oluşmuş olsa bile hapis hakkı kurulamayacağının söylenmesi mümkündür.<sup>24</sup>

### E. Hapis Hakkının Hüküm ve Sonuçları

Hapis hakkı, kanuni şartların gerçekleşmesiyle alacaklının zilyetliğine bırakılan ve borcun ödenmesi halinde borçluya iadesi gereken taşınır eşya veya kıymetli evrakın, teminat sağlanması için alacaklıda kalan ve borcun ödenmesi halinde alacaklıya zilyetliğindeki taşınır veya kıymetli evrakı borçluya geri vermekten kaçınma ve gerektiğinde paraya çevirtme yetkisi veren hakktır.<sup>25</sup> Bu tanımdan anlaşılacağı üzere hapis hakkı, alacaklısına zilyetliğindeki taşınır veya kıymetli evrakı geri vermekten kaçınma ve borcun ödenmemesi halinde paraya çevirtme yetkisi veren bir hakktır.

#### 1. Taşınır Eşya veya Kıymetli Evrakı Geri Vermekten Kaçınma Hakkı

Hapis hakkı alacaklısı, borcu ödeneceye kadar zilyetliğinde bulunan malı borçluya iade etmekten kaçınabilir. Dürüstlük kuralı çerçevesinde alacağına yetecek miktarda taşınır veya kıymetli evrakı hapis hakkına konu edebilir.<sup>26</sup> Hapis hakkı kanunda yer alan şartların gerçekleşmesiyle kendiliğinden doğan bir hak olduğu için hapis hakkı alacaklısı tarafından bu hakkın kullanıldığına ilişkin iradenin borçluya veya üçüncü bir kişiye beyan edilmesi gereklidir. Bu onun hukuken bir def'i niteliğinde olmasının sonucudur.<sup>27</sup> Alacaklının zilyetliğinde bulunan mal borçluya ait olmayabilir. TMK madde 950/III uyarınca "Alacaklı, borçluya ait olmayan taşınırın üzerinde de zilyetliğin iyiniyetle kazanılmasının korunduğu ölçüde hapis hakkına sahip olur." Güvenin korunması prensibi gereğince hapis hakkı alacaklısı zilyetliğinde bulunan malın üçüncü bir kişiye ait olduğunu bilmediği veya bilebilecek durumda olmadığı hallerde de hapis hakkına sahip olmaktadır.

Alacaklının dolaysız zilyetliğini koruması ise iki yolla mümkündür; kuvvet kullanılarak koruma ve dava yolu ile korumadır. Kuvvet kullanılarak koruma TMK madde 981'de hüküm altına alınmıştır. Kanun koyucu zilyedin her türlü gasp

## FOOTNOTE

<sup>19</sup> Akıntürk / Akipek, Eşya Hukuku, p. 858.

<sup>20</sup> Erol Cansel, Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı, Ankara 1961, p. 84.

<sup>21</sup> Cansel, Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı, p. 84.

<sup>22</sup> Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, p. 1039.

<sup>23</sup> Saymen, Elbir, Türk Eşya Hukuku Dersler, p. 751.

<sup>24</sup> Dinar, Hapis Hakkı, p. 65.

<sup>25</sup> Dinar, Hapis Hakkı, p. 4.

<sup>26</sup> Dinar, Hapis Hakkı, p. 69.

<sup>27</sup> Çetiner, Hapis Hakkı, p. 110.

## DİPNOT

<sup>19</sup> Akıntürk / Akipek, Eşya Hukuku, s. 858.

<sup>20</sup> Erol Cansel, Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı, Ankara 1961, s. 84.

<sup>21</sup> Cansel, Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı, s. 84.

<sup>22</sup> Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 1039.

<sup>23</sup> Saymen, Elbir, Türk Eşya Hukuku Dersler, s. 751.

<sup>24</sup> Dinar, Hapis Hakkı, s. 65.

<sup>25</sup> Dinar, Hapis Hakkı, s. 4.

<sup>26</sup> Dinar, Hapis Hakkı, s. 69.

<sup>27</sup> Çetiner, Hapis Hakkı, s. 110.



## PART 4

prevent any extortion or attack by force. It gives the creditor who has possession of the property the opportunity to protect his/her possession by taking it out of the hands of another during an action or while running. The lawmaker orders that in order to justify the force applied, it must be in proportion to the attack or extortion. Protection by litigation is regulated in Articles 982 and 983 of the TCC. Article 982 of the TCC states: Anyone who extorts something that someone else possesses is obliged to give it back, even if he/she claims he/she has a superior right over that thing.

If the defendant proves immediately that he/she has a superior right to take that thing back from the plaintiff, he/she can refrain from giving it back.

The case is for the return of the thing and remedy of the loss.

This Article covering the right to sue in a case of extortion of possession stipulates that someone who extorts may refrain from giving the thing back if he/she has a superior right to it and can immediately prove that fact. Article 983 of the TCC, which regulates the right to sue in the case of an attack on possession, determines that a suit may be filed in order to end the attack, prevent its cause, and remedy the damage.

## 2. Obligations Imposed on a Creditor with the Right to Refrain from Returning the Property

In the exercise of the right of retention, the creditor takes on some obligations set out

ve saldırıyı kuvvet kullanarak defedebileceğini hüküm altına almıştır. Taşınırlarda malı elinde bulunduran alacaklının eylem sırasında veya kaçarken yakalanmanın elinden alarak zilyetliğini koruyabilmesine imkân sağlamıştır. Tabi kanun koyucu bu kuvvet kullanmayı saldırı veya gaspla orantılı olarak uygulanan kuvveti haklı gösterecek şekilde olmasını emretmiştir. Dava yolu ile koruma ise TMK madde 982 ve 983'te düzenlenmiştir. TMK madde 982;

“Başkasının zilyet bulunduğu bir şeyi gasbeden kimse, o şey üzerinde üstün bir hakka sahip olduğunu iddia etse bile onu geri vermekle yükümlüdür.

Davalı, o şeyi davacıdan geri almasını gerektirecek üstün bir hakka sahip olduğunu derhâl ispat ederse onu geri vermekten kaçınabilir.

Dava, şeyin geri verilmesine ve zararın giderilmesine yönelik olur.”

Zilyetliğin gasp edilmesindeki dava hakkını düzenleyen bu madde gasp eden kişinin ancak üstün bir hakkı varsa ve bunu derhal ispat ederse eşyayı geri vermekten kaçınabileceğini düzenlemiştir. Zilyetliğe saldırıya dava hakkını düzenleyen TMK madde 983 ise saldırının sona erdirilmesine, sebebinin önlenmesine ve zararın giderilmesine yönelik olarak davanın açılabilmesini hüküm altına almıştır.

## 2. Eşyanın İadesinden Kaçınma Hakkının Alacaklıya Yüklediği Yükümlülükler

Alacaklı hapis hakkını kullanarak elinde bulundurduğu taşınır eşya için aynı zamanda

in the law for the movable property that he/she has in his/her hand. Article 953 of the TCC states that if the debt is not fulfilled or if sufficient security is not provided, the impounded things can be turned into money in accordance with the provisions of the pledge on delivery. A creditor with the right of retention is obliged to give the impounded things to the debtor if the debt is paid or if sufficient security is provided.

Another obligation imposed on the creditor is the obligation to store and protect the movable property or negotiable instruments given that the creditor is in the position of direct possessor, which, while not regulated by law, arises in accordance with Article 2 of the TCC, the rule of good faith.<sup>28</sup> Property impounded by the creditor must be returned to the debtor if

kanundan kaynaklanan birtakım yükümlülükler de üstlenmektedir. TMK madde 953'te borç yerine getirilmediği veya yeterli güvence gösterilmediği takdirde hapsedilen şeylerin teslimine bağlı rehin hükümleri uyarınca paraya çevrilmesi hüküm altına alınmıştır. Borç ifa edildiği veya yeterli güvence gösterildiği takdirde hapis hakkı alacaklısı hapsedtiği şeyleri borçluya vermekle yükümlü olacaktır.

Alacaklıya yüklenen diğer yükümlülük ise kanunda özel olarak düzenlenmeyen lakin TMK madde 2 dürüstlük kuralı uyarınca alacaklının dolaysız zilyet konumunda olmasından kaynaklanan taşınır eşyanın veya kıymetli evrakın saklanması ve korunması yükümlülüğüdür.<sup>28</sup> Alacaklının hapsedtiği bu eşyaların borcun ödendiği veya borcuna karşılık yeterli güvence gösterildiği takdir-

A creditor can protect property in his/her direct possession in two ways: protection by force and protection by litigation.

Alacaklının dolaysız zilyetliğini koruması ise iki yolla mümkündür; kuvvet kullanarak koruma ve dava yolu ile korumadır.

the debt is paid or if sufficient security against the debt is provided, and, for this reason, the creditor has an obligation to store and protect that property. There are various opinions in the doctrine about the dimensions of this obligation to protect. However, we consider that the creditor must take measures in respect of the quality of the movable property as designated by the rule of good faith. For instance, the creditor must evaluate the storage and protection conditions for each concrete item of movable property that the creditor has in his/her possession. If, for example, the said movable property is fragile or perishable and can deteriorate quickly, more robust measures must be taken for its storage and protection. However, if the property is not fragile or perishable due to its nature and does not require special storage and protection, the protective measures taken by the creditor do not need to

de borçluya geri verilmesi gereklidir ve bu sebeple de alacaklının saklama ve koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu koruma yükümlülüğünün boyutuna ilişkin doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Ancak biz taşınır eşyanın niteliğine göre alacaklının alması gereken önlemlerin dürüstlük kuralına göre belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Mesela alacaklının hapsedmiş olduğu taşınır eşya bakımından her somut olay özelinde saklama ve koruma koşullarına ilişkin değerlendirme yapmak gereklidir. Örneğin alacaklının hapsedmiş olduğu taşınır eşya çabucak bozulabilen hassas bir eşya ise saklama ve koruma için daha sıkı önlemler alması gereklidir. Lakin niteliği gereği hassas olmayan ve özel bir saklama ve koruma gerektirmeyen bir eşya ise alacaklının alacağı önlemler diğerindeki gibi sıkı olmak zorunda değildir.<sup>29</sup> Alacaklının bu yükümlülüğe aykırı davran-

## FOOTNOTE

28 Dinar, Hapis Hakkı, p. 87.

## DİPNOT

28 Dinar, Hapis Hakkı, s. 87.

## PART 4

be so robust.<sup>29</sup> If any decrease in the value of the movable property occurs as a result of the creditor failing to carry out his/her obligations, or if the movable property disappears, the creditor will be liable with the implementation of movable pledge provisions by comparison. In accordance with Article 945 of the TCC, "The creditor is liable for any damage caused by the disappearance, perishing, or decrease in the value of the pledged movable unless he/she proves that these arose without his/her fault." The creditor shall not be liable for any damage that occurs if he/she proves he/she was not at fault.

A further obligation which the creditor must observe is the obligation not to use the things in his/her possession. While there is no special legal regulation regarding this obligation not to use, it is expected in accordance with the rule of good faith. The creditor shall not use the movable property or the negotiable instruments he/she has in his/her possession, nor to transfer them to a third party to use them.<sup>30</sup> An exception to this that is accepted in the doctrine is where the creditor and debtor come to an agreement that the impounded property can be used.<sup>31</sup> Therefore, under such an agreement, the creditor no longer has a non-use obligation in terms of what he/she has impounded.

### **3. Turning the Impounded Moveable Property or Negotiable Instruments into Money**

According to Article 953/I of the TCC, "If the debt is not fulfilled or if sufficient security is not provided, the creditor, by notifying the debtor in advance, may demand turning into money the impounded things in accordance with the provisions of the pledge on delivery." Turning into money in accordance with the provisions of the pledge on delivery, according to Article 23/II of the Enforcement and Bankruptcy Law, "since the term "movable pledge" includes pledges on delivery, pledges stipulated in Article 940 of the Turkish Civil Code, pledges on commercial enterprises, the right of retention, pledges on receivables and other rights", turning things that are subject to the right of retention into money shall be done in accordance with the relevant conditions. The first condition for turning impounded property into money is that the debt has not been fulfilled and sufficient security has not been provided. Once this condition is met, the debtor

ması sonucu taşınır eşyanın değerinde düşme meydana gelir yahut taşınır eşya ortadan kaybolursa taşınır rehni hükümlerinin kıyasen uygulanması ile alacaklının sorumluluğu doğacaktır. TMK madde 945 uyarınca; "Alacaklı, rehinli taşınırın kaybolması, yok olması veya değerinin azalması yüzünden meydana gelen zararlardan, bunların kendi kusuru olmaksızın doğduğunu ispat etmedikçe sorumludur." Alacaklı ancak kendi kusuru olmadığını ispat ederse meydana gelen zararlardan sorumlu olmayacaktır.

Alacaklının yüklenmiş olduğu diğer bir yükümlülük ise hapsedtiği şeyleri kullanmama yükümlülüğüdür. Kanunda bu kullanmama yükümlülüğüne ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu yükümlülük de yine dürüstlük kuralı gereğince alacaklıdan yapmaması beklenen bir husustur. Alacaklı hapsedmiş olduğu taşınır eşyayı ve kıymetli evrakı kullanamaz hatta kullanması maksadıyla bunları üçüncü bir kişiye devredermez.<sup>30</sup> Doktrinde kabul edilen ve bu hususa ilişkin bir istisna olan durum şudur ki alacaklı ile borçlunun hapsedilen eşyanın kullanılabilmesine ilişkin anlaşmış olmaları halidir.<sup>31</sup> Bu anlaşma halinde alacaklının hapsedmiş olduğu şeyler bakımından kullanmama yükümlülüğü bulunmamaktadır diyebiliriz.

### **3. Hapsedilen Taşınırın veya Kıymetli Evrakın Paraya Çevirilmesi**

TMK madde 953/I'e göre; "Borç yerine getirilmez ve yeterli güvence de gösterilmezse alacaklı, borçluya daha önce bildirimde bulunarak, hapsedtiği şeylerin teslimine bağlı rehin hükümleri uyarınca paraya çevrilmesini isteyebilir." Teslime bağlı rehin hükümleri uyarınca paraya çevrilmesi ise İİK madde 23/II'e göre; "Taşınır rehni" tabiri, teslimine bağlı rehinleri, Türk Medeni Kanununun 940. maddesinde öngörülen rehinleri, ticari işletme rehnini, hapis hakkını, alacak ve sair haklar üzerindeki rehinleri," ihtiva ettiğinden hapis hakkına konu şeylerin paraya çevrilmesi de taşınır rehninin paraya çevrilmesi hükümleri uyarınca yapılacak demektir. Hapsedilen eşyaların paraya çevrilmesinin ilk şartı borcun yerine getirilmemiş olması ve de yeterli bir güvence gösterilmemiş olmasıdır. Bu şart sağlandıktan sonra borçluya yapılacak bir bildirimle alacaklının hapis hakkına konu şeyleri paraya çevirtmek su-

is notified that the creditor shall collect his/her receivable by turning into money the things that are subject to his/her right of retention. The reason for this notification is that it gives the debtor the opportunity to intervene prior to his/her movable property or negotiable instruments being turned into money, which he/she can prevent by paying his/her debt or by providing sufficient security. Conditions regarding the specific form of this notification are not stipulated in the law. It is necessary and sufficient to inform the debtor in writing or verbally that the impounded thing shall be turned into money.<sup>32</sup> According to Akıntürk, Akipek, in accordance with Article 146 of the Enforcement and Bankruptcy Law, an order of payment sent by the execution office to the pledge owner and the debtor is an alternative to notification.<sup>33</sup>

### **a. Turning into Money Through Enforcement Proceedings Without Judgment**

The creditor must first make a request to issue enforcement proceedings in accordance with Article 145 of the Enforcement and Bankruptcy Law. Under Article 58/III of the Enforcement and Bankruptcy Law, the request must clearly state "the amount of the receivable or demanded warrant in Turkish currency, and the amount of interest on the receivables with interest and the date it was charged, and if the receivable or warrant is in foreign currency, the interest and rate at which the receivable is requested".

Besides the information contained in Article 58 of the Enforcement and Bankruptcy Law, while making the request to issue enforcement proceedings, the creditor must also state separately "what the pledged property is", in accordance with Enforcement and Bankruptcy Law Article 145.

In cases where the receivable is not a money debt, where it is a debt of "fulfilment" or "giving", it is necessary to designate the amount of the receivable that is subject to the request to issue enforcement proceedings.<sup>34</sup> If the necessary conditions are met, the bailiff sends an order of payment to the debtor and the owner of the pledged property in accordance with Article 146 of the Enforcement and Bankruptcy Law. The order of payment notifies the payment period of 15 days and, if no objection is made within seven days and if the debt is not paid within 15 days, the property that is subject to retention shall be sold. If the debtor pays the debt within this payment period, the right

retiyile alacağını elde edeceğine ilişkin haber verilmesidir. Bu bildirim sebebi borçlunun taşınır eşyasının veya kıymetli evrakının paraya çevrilmesinden evvel borçluya müdahale imkânı vermesidir. Borçlu taşınır eşyasının veya kıymetli evrakının paraya çevrilmesini borcunu ödeyerek yahut güvence göstererek önleme imkanına sahiptir. Bildirimin nasıl yapılacağına ilişkinse kanunda belirli bir şekil şartı öngörülmemiştir. Yazılı veya sözlü olarak borçluya hapsedilen şeyin paraya çevrileceğinin haberinin verilmesi gerekli ve yeterlidir.<sup>32</sup> Akıntürk, Akipek'e göre İİK madde 146 uyarınca icra dairesinin rehin malikine ve borçluya gönderdiği ödeme emri de bildirim yerine geçmektedir.<sup>33</sup>

### **a. İlamsız Takip Yolu ile Paraya Çevirme**

İİK madde 145 taşınır rehninin paraya çevrilmesi hükümleri uyarınca alacaklı ilk olarak takip talebinde bulunmalıdır. Talepte bulunurken İİK madde 58/III gereği "Alacağın veya istenen teminatın Türk parasıyla tutarı ve faizli alacaklarda faizin miktarı ile işlemeye başladığı gün, alacak veya teminat yabancı para ise alacağın hangi tarihteki kur üzerinden talep edildiği ve faizi" açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

Alacaklı takip talebinde bulunurken İİK madde 58'de yer alan bilgilerden farklı olarak İİK madde 145 uyarınca "rehinli malın ne olduğunun da" ayrıca bildirilmesi gereklidir.

Alacağın para borcu olmadığı, yapma veyahut verme borcu oluşturduğu durumlarda ise takip talebine konu edilecek alacak miktarının belirlenmesi gereklidir.<sup>34</sup> İcra memuru gerekli koşullar sağlandığı takdirde İİK madde 146 uyarınca borçluya ve rehinli malın sahibine ödeme emri gönderir. Ödeme emrinde ise ödeme süresinin 15 gün olduğu ve 7 gün içinde itiraz edilmezse ve borç da 15 gün içinde ödenmez ise rehne konu malın satılacağını bildirir. Borçlu bu ödeme müddeti içinde borcunu öder ise hapis hakkı sona erecek olup alacaklı hapsedilen eşyayı borçluya iade etmek durumunda kalmayacaktır. Ya da borçlu ödeme emrine itiraz etmişse ki burada hem borca hem de hapis hakkına itiraz edebilir bu du-

## FOOTNOTE

<sup>29</sup> Dinar, Hapis Hakkı, p. 89.

<sup>30</sup> Cansel, Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı, p. 96.

<sup>31</sup> Cansel, Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı, p. 96.

<sup>32</sup> Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, p. 1040.

<sup>33</sup> Akıntürk, Akipek, Eşya Hukuku, p. 864.

<sup>34</sup> Dinar, Hapis Hakkı, p. 96.

## DİPNOT

<sup>29</sup> Dinar, Hapis Hakkı, s. 89.

<sup>30</sup> Cansel, Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı, s. 96.

<sup>31</sup> Cansel, Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı, s. 96.

<sup>32</sup> Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 1040.

<sup>33</sup> Akıntürk, Akipek, Eşya Hukuku, s. 864.

<sup>34</sup> Dinar, Hapis Hakkı, s. 96.



## PART 4

of retention shall end and the creditor must return the impounded property to the debtor. Or, if the debtor has objected to the payment order, which he/she may do in terms of the debt and the right of retention, enforcement proceedings shall cease. Article 147 of the Enforcement and Bankruptcy Law states that if the debtor clearly did not object to the right of pledge/the right of retention, he/she will have accepted the existence of the right of pledge/the right of retention, and he/she cannot afterwards make this a subject of discussion. Since the order of payment is sent to both the debtor and the owner of the property, both have the opportunity to object to it. Alternatively, debtor and owner of the impounded property can preclude the property being turned into money by paying the debt.

### b. Turning into Money Through Enforcement Proceedings with Judgment

In accordance with the Enforcement and Bankruptcy Law, the creditor must have a document equal to a judgment in order to make enforcement proceedings with judgment. This is according to Article 38 of the Enforcement and Bankruptcy Law: "Conciliations that are made in court, acceptances, and sua sponte drawn up Notary bills that contain acknowledgment of the money debt, guaranties for appeals at divisional and supreme court, and guaranties in the execution office are subject to the provisions regarding the execution of the judgments. The guaranties of execution in this Article is in the same manner as joint guaranty." In the event that the creditor has one of the documents listed in this Article, it is possible to turn into money through the enforcement proceedings with judgment the thing that is subject to retention. In this proceeding, an order of payment is also sent to the debtor and owner of the impounded property. Unlike enforcement proceedings without judgment, the debtor and property owner have two options here: either they can request the return of the property by paying the debt, or they can prevent the sale of the property by taking the decision to ensure suspension of the execution regulated in Article 33 of the Enforcement and Bankruptcy Law.

### c. Turning into Money in the Case of Debtor's Bankruptcy

In the event that the debtor goes into bankruptcy, in accordance with Article 185, the creditor may ensure that the movable property in his/her possession is turned into mon-

rumda icra takibinin duracağını söyleyebiliriz. İİK madde 147'ye göre eğer borçlu açıkça rehin hakkına/hapis hakkına itiraz etmemişse rehin hakkının/hapis hakkının varlığını kabul etmiş olup daha sonra bunu tartışma konusu yapamayacağını hüküm altına almıştır. Ödeme emri hem borçluya hem de rehin konusu malın malikine de gönderileceğinden her ikisi de buna itiraz etme imkanına sahiptir. Ya da rehinli malın maliki borcu ödeyerek sahibi olduğu taşınır eşyanın paraya çevrilmesinin önüne geçebilir.

### b. İlamlı Takip Yolu ile Paraya Çevirme

İİK uyarınca ilamlı takip yapılabilmesi için alacaklının elinde ilam niteliğinde belge olması gereklidir. Bunlar İİK madde 38'e göre "Mahkeme huzurunda yapılan sulhlar, kabuller ve para borcu ikrarını havi re'sen tanzim edilen noter senetleri, istinaf ve temyiz kefaletnameleleri ile icra dairesindeki kefaletler, ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabidir. Bu maddedeki icra kefaletleri müteselsil kefalet hükmündedir." Alacaklının elinde bu maddede sayılan belgelerden birinin olması durumunda ilamlı takip yolu ile hapse konu eşyanın paraya çevrilmesi mümkün olabilecektir. Bu yolla yapılan takipte de borçlu ve hapis hakkına konu eşyanın malikine ödeme emri gönderilir. İlamsız takipten farklı olarak borçlu ve eşyanın malikinin burada iki seçeneği vardır; ya borcu ödeyerek eşyanın geri verilmesini talep edecek ya da ya da İİK madde 33'te düzenlenen icranın geri bırakılmasını sağlayacak kararı alarak eşyanın sattırılmasının önüne geçebileceklerdir.

### c. Borçlunun İflası Halinde Paraya Çevirtme

Borçlunun iflas etmesi durumunda alacaklı İİK madde 185 uyarınca elindeki taşınır eşyayı iflas masasına götürerek, öncelik (rüşhan) hakkı saklı tutularak iflas masasının onun paraya çevrilmesini sağlayabilir yahut iflastan sonra da iflas masasına giderek rehin paraya çevrilmesi yolu ile takibini yaptırabilir.<sup>35</sup>

ey by the bankrupt's estate by invoking his/her right of priority reserved as taking it to the bankrupt's estate, or he/she may take out enforcement proceedings through turning the property into money by applying to the bankrupt debtor's estate after bankruptcy.<sup>35</sup>

### d. Turning into Money Through Private Sale

It is incorrect to suggest that the debtor has the right to turn into money the property in his/her possession only in accordance with provisions of movable property. According to Cansel, the parties may decide on a special sale of the movable property despite the execution, and the creditor can purchase the movable property.<sup>36</sup> The creditor may purchase the movable by paying money for the movable property. Or, in the event that the movable property is of a sort that can deteriorate, it is accepted that the creditor is authorized to turn the property into money by selling it, even if there is no special agreement between him/herself and the debtor.<sup>37</sup> The creditor must give the debtor the remaining amount after collecting his/her receivable from the sale price. In all these transactions, the creditor must act with regard to the interests of the debtor in accordance with the rule of good faith.

### e. Realization by Clearing

According to Article 139 of the TCO, "If two people owe some money or other identical acts to each other, if both debts are deferred, each of them can swap their receivable with their debts." As an example, if the creditor with the right of retention is also a debtor, in return for the movable property of the debtor that the creditor holds, the two parties can make a clearing declaration which results in a reduced debt amount (Article 143 of the TCO).

Realization by clearing is the method in practice used by banks. In lieu of the confinement of the bonds they have issued, banks can make a clearing declaration for customers' due receivables. Both banks in a position as debtor and customers in a position of creditor, can convert the bonds as long as they fulfill the conditions of the clearing explained in Article 139 of the TCO.<sup>38</sup>

### f. Realization of Registered and Promissory Negotiable Instruments

TCC Article 953/II states "The enforcement of office performs the necessary actions rather than the debtor in order to convert the registered

d. **Özel Satış Yolu ile Paraya Çevirme** Borçlunun yalnızca taşınır rehni hükümleri uyarınca elindeki eşyayı paraya çevirme hakkı olduğunu söylemek yanlış olur. Cansel'e göre taraflar taşınır eşyanın icra yolu dışında özel olarak satılmasını alacaklının da taşınır eşyayı satın alabilmesini kararlaştırabilirler.<sup>36</sup> Alacaklı taşınır eşyanın parasını ödeyerek taşınırı satın alabilir. Yahut taşınır eşyanın bozulacak cinsten olması durumunda alacaklı borçlu ile aralarında özel bir anlaşma bulunmasa dahi malı satarak paraya çevirmeye yetkili olduğu kabul edilmektedir.<sup>37</sup> Alacaklının satış bedelinden alacağını tahsil edip geri kalan miktarı borçluya vermesi gereklidir. Tabi tüm bu işlemlerde dürüstlük kuralı gereği alacaklı borçlunun menfaatlerini gözetererek hareket etmelidir.

### e. Takas Yolu ile Paraya Çevirme

TBK madde 139'a göre; "İki kişi, karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş diğer edimleri birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise her biri alacağını borcuyla takas edebilir." Örneğin hapis hakkı alacaklısı elinde bulundurduğu borçlunun taşınır eşyasına karşılık borçluya karşı aynı zamanda para veya özdeş başka bir edimin borçlusu ise her iki taraftan birinin takas beyanında bulunması ile daha az olan borç tutarınca sona erer. (TBK madde 143)

Takas yolu ile paraya çevirme, uygulamada bankaların kullanmış olduğu yöntemdir. Bankalar kendi düzenlemiş oldukları tahvilleri hapsetmeleri sonucu müşterilerin muaccel haldeki alacaklarına takas beyanında bulunabilirler. Borçlu durumunda olan bankalar da alacaklı konumunda olan müşteriler de TBK madde 139'da takasın koşullarını sağladıkları müddetçe beyanda bulunarak tahvilleri paraya çevirmiş olurlar.<sup>38</sup>

### f. Nama ve Emre Yazılı Kıymetli Evrakın Paraya Çevrilmesi

TMK madde 953/II "Üzerinde hapis hakkı bulunan nama yazılı kıymetli evrakın paraya çevrilmesi için icra dairesi, borçlu yerine gerekli işlemleri yapar." Hükümde yalnızca nama yazılı kıymetli evraklardan bahsedilmekte ise de aynı imkânın emre yazılı

## FOOTNOTE

<sup>35</sup> Dinar, Hapis Hakkı, p. 100.

<sup>36</sup> Cansel, Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı, p. 100.

<sup>37</sup> Çetiner, Hapis Hakkı, p. 140.

<sup>38</sup> Dinar, Hapis Hakkı, p. 102.

## DİPNOT

<sup>35</sup> Dinar, Hapis Hakkı, s. 100.

<sup>36</sup> Cansel, Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı, s. 100.

<sup>37</sup> Çetiner, Hapis Hakkı, s. 140.

<sup>38</sup> Dinar, Hapis Hakkı, s. 102.

## PART 4

negotiable instruments, which is bound with the right of retention, to money.” Although the provision only mentions negotiable instruments with registered names, it is accepted that the same opportunity is applicable for promissory negotiable instruments.<sup>39</sup> For registered negotiable instruments, since the payment will only be made to the authorized payee, the enforcement office makes the necessary transactions to convert the negotiable instruments in to money rather than the debtor.

### III. PROCEDURES AND PRINCIPLES REGARDING FORECLOSURE ON AIRCRAFT

We will touch upon the procedures and principles regarding foreclosure on aircraft, which have a very significant place in airline transport. Airport operators have contracts with airline companies to ensure the continuity of an airport’s operational activities. Due to these various contracts, an airport operator sometimes becomes a creditor. We will first evaluate whether an airport operator in position of creditor can apply the general right of retention as outlined in this article.

As previously explained, the right of retention is ipso facto a right arising from the fulfillment of legal conditions. The first condition set out in Article 950/I of the TCC is the condition that the lien belongs to the debtor and that possession is with his/her consent. Since airport operators have legal personality, they can be in direct possession through their representatives.<sup>40</sup> As already mentioned, according to TCAL, the legal status of aircraft is movable property. In order for the first condition regarding the right of retention to be fulfilled, the airport operator must have de facto control over the aircraft that are the subject of the right of retention. In accordance with the provisions of the TCC, we believe that aircraft cannot be subject to the right of retention. The reason for this is that the airline operator is not in possession in the manner that allows the exercise of the right of retention in accordance with the provisions of the TCC.

However, although it is considered that aircraft are not subject to the right of retention as laid out in the TCC, aircraft can be subject to execution proceedings through general foreclosure. Proceedings through general foreclosure are

senetler bakımından da uygulanabilir olduğu kabul edilmektedir.<sup>39</sup> Nama yazılı kıymetli evrakta ödeme yalnızca yetkili hamile yapılacağından icra dairesi borçlu yerine gerekli işlemleri yaparak kıymetli evrakın paraya çevrilmesini sağlamaktadır.

### III. UÇAKLARIN HACZİNE İLİŞKİN USUL VE ESASLAR

Havayolu taşımacılığında çok önemli yere sahip olan uçakların haczine ilişkin usul ve esaslara değineceğiz. Havayolu işletmecisinin, havalimanının operasyonel faaliyetlerinin devamlılığını sağlaması adına havayolu firmaları ile akdetmiş olduğu sözleşmeler bulunmaktadır. Bu muhtelif sözleşmelerden kaynaklı olarak havayolu işletmecisi kimi zaman alacaklı konumunda bulunmaktadır. İlk olarak işbu makalemizde anlatmaya çalıştığımız genel hapis hakkının alacaklı konumunda olan havayolu işletmecisi tarafından uçaklar üzerinde kurulup kurulamayacağına ilişkin değerlendirme yapacağız.

Hapis hakkı yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere kanuni şartlarının gerçekleşmesiyle kendiliğinden doğan bir haktır. TMK madde 950/I’de sayılan ilk şart alacaklının borçluya ait olup onun rızasıyla taşınırına zilyet olması şartıdır. Havayolu işletmecisi tüzel kişiliğe haiz olduğundan tüzel kişiler de organları vasıtası ile dolaylı zilyet olabilmektedir.<sup>40</sup> Uçakların hukuki statüsüne yukarıda değindiğimiz üzere TSHK’da öngörülen uçakların taşınır mal hükmünde olduğudur. Hapis hakkına ilişkin ilk şartın gerçekleşmesi için tüzel kişiliği haiz olan havayolu işletmecisinin taşınır mal niteliğinde olan ve hapis hakkına konu edilecek uçaklar üzerinde organları vasıtası ile fiili hakimiyeti gerçekleştiriyor olmasıdır. Uçaklar üzerinde ise havayolu işletmecisinin TMK hükümleri uyarınca hapis hakkının kullanılmasına imkân verecek şekilde zilyet olmadığı kanaatindeyiz.

Uçakların her ne kadar TMK’da düzenlenen genel hapis hakkına konu edilemeyeceğini belirtsek de uçaklar genel haciz yolu ile icra takibine konu edilebilir. Genel haciz yolu ile takip ise konusu para ve teminat alacakları olan iş ve işlemler

possible in terms of business transactions that are subject to money and collateral receivables. In order to be able to proceed through general foreclosure, the receivable must not be secured with a pledge. Since receivables arise from contracts concluded by airport operators with airline companies, it is possible to proceed with a general foreclosure in terms of these receivables. İlk, the regulations regarding the attachment of movable and immovable property are included in Article 85 and beyond. Aircraft are also subject to a unique record, the land registry of immovables. The aircraft foreclosure process is carried out by recording in this special registry. Aircraft subject to the special registry are registered to the Turkish civil aircraft registry. In order for aircraft to have the right in rem and for third parties to dispose of the aircraft, these procedures must be recorded in the Turkish civil aircraft registry. The creditor airline company makes a request through the creditor’s deputy with determination of the receivable finalized in the execution file.

However, although it is considered that aircraft are not subject to the right of retention as laid out in the TCC, aircraft can be subject to execution proceedings through general foreclosure.

Uçakların her ne kadar TMK’da düzenlenen genel hapis hakkına konu edilemeyeceğini belirtsek de uçaklar genel haciz yolu ile icra takibine konu edilebilir.

In order to place a lien on aircraft belonging to the borrower, the process continues with a writ of execution that is entered into the aircraft registry by the enforcement office and presented to the Directorate General of Civil Aviation. In practice, this process is called record lien. The transfer of ownership of an aircraft to third parties is prevented by it being registered in the registry, which also enables other right holders to be aware of the lien, if any. In order to put foreclosures on the record of an aircraft, the following information must be included in the writ of execution written by the executive directorate: creditor, debtor, the amount of debt, the nationality and registration mark of the aircraft, the type and model of the aircraft, its manufacturer, year of manufacture, and serial number. Once completed, the process of

bakımından mümkündür. Genel haciz yolu ile takip yapılabilmesi için alacağın rehinle teminat altına alınmamış olması gerekmektedir. Havayolu işletmecisinin havayolu firmaları ile akdetmiş olduğu sözleşmelerden doğan alacaklar bakımından genel haciz yolu ile takip yapılabilmesi mümkündür. İlk taşınır ve taşınmaz malların haczine ilişkin düzenlemeler madde 85 ve devamında yer almaktadır. Uçaklar ayrıca taşınmazların tapu sicili gibi kendilerine has bir sicile tabidir. Uçakların haczi işlemi ise bu özel sicile kayıt edilerek gerçekleştirilmektedir. Özel sicile tabi uçaklar, Türk sivil hava aracı siciline kaydolur. Uçaklar üzerinde aynı hak sahibi olunabilmesi ve üçüncü kişilerin de uçaklar üzerinde tasarrufta bulunabilmesi için bu işlemlerin Türk sivil hava aracı siciline kaydedilmesi zorunludur.

Alacaklı havayolu işletmesi, icra dosyasında kesinleşen alacağının tespiti ile kendisini temsil eden organ veya vekili aracılığı ile talepte bulunarak, borçluya ait olduğu öğrenilen uçaklara haciz konulması amacıyla icra müdürlüğü tarafından T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü’ne uçak siciline işlenmesi için haciz müzekkeresi yazılması suretiyle süreç devam eder. Uygulamada bu işleme kayden haciz adı verilmektedir. Sicile işlenmesi suretiyle uçağın mülkiyetinin üçüncü kişilere devri engellenmekte ve varsa diğer hak sahiplerinin hacizden haberdar olmasına imkân sağlamaktadır. Uçak sicil kaydı üzerine haciz konulabilmesi için icra müdürlüğünce yazılan müzekkerede şu bilgilere yer verilmesi gerekmektedir; alacaklı, borçlu, borç miktarı, uçağın milliyeti ve tescil işareti, uçağın tipi ve modeli, imalatçısı, imal yılı ve seri numarasıdır.

## FOOTNOTE

<sup>39</sup> Köprülü / Kaneti, Sınırlı Ayni Haklar, p. 527.

<sup>40</sup> Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, p. 51.

## DİPNOT

<sup>39</sup> Köprülü / Kaneti, Sınırlı Ayni Haklar, s. 527.

<sup>40</sup> Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 51.



## PART 4

notification of foreclosure to the debtor and entitled persons or legal entities begins. Following notification, relevant persons may object to the foreclosure, in accordance with Article 103 of the İİK. If there is no objection, the process continues with appraisal. Regarding the appraisal of the aircraft, the decision of the Court of Cassation 12. HD., dated 30.12.2004 and numbered 22062, is as follows: "Considering the qualities of the tendered personal property, it is anomalous to put the aircraft on sale without determination of value by experts." The appraisal of the aircraft should be made by experts who understand the work and not by executive offices, otherwise either party may claim irregularity of the appraisal. Concerned parties are notified of the aircraft appraisal carried out by an expert and they may file an appeal within seven days of notification. If an appeal is not filed or the case is concluded, the appraisal becomes final. Following finalization, the concerned parties are notified of the sales date appointed by the executive office. Due to the high economic value of aircraft, the sales date is declared in national or local newspapers and the sales phase begins. On the day of the sale, if the creditors and other bidders apply, the auction procedure is carried out. The bailiff collects offers for the goods subject to foreclosure and the aircraft subject to sale is then tendered to the highest offer submitted. Once the tender is submitted, any claim for annulment of the tender can be opened within seven days. If neither the concerned nor tenderers object during this period, the tender becomes final. The person who wins the tender pays VAT, charges, fees, and the tender price and the sales process is concluded, and the creditor who converted the movable property into money on the basis of his/her right of retention collects his/her receivable over the sale price.

## IV. CONCLUSION

This article explains the legal nature of the right of retention set out in the TCC and the legal status of aircraft. As explained above, the right of retention is ipso facto a right, given fulfillment of all legal conditions, and allows a creditor to keep the debtor's movable property or negotiable instruments until the creditor is satisfied. Since the right of retention is a right in rem, the creditor may refuse to give the debtor or a third person the movable property or negotiable instruments in his/her possession until his/her receivable is paid. Also the creditor with the right of retention has the option to cover the amount of money he/she is eligi-

Bu aşamadan sonra, borçlu ve ilgili sicilde hak sahibi olarak görünen şahıslara veya tüzel kişilere haczin bildirilmesi aşamasına geçilir. İlgili kişiler bu haczin alenileşmesinden sonra, İİK 103. maddesi uyarınca hacze itiraz edebilirler. İtiraz olunmaması halinde süreç kıymet takdiri ile devam eder. Uçakların kıymet takdirine ilişkin olarak Yargıtay 12. HD., 30.12.2004 tarihli ve 22062 Esas sayılı Kararı şu şekildedir; "İhale edilen menkul malların nitelikleri göz önüne alındığında uçakların değerlerinin uzman bilirkişilerce tespit ettirilmeden satışa çıkarılması usulsüzdür." Uçakların kıymet takdirinin icra müdürlüklerince değil de işten anlayan bilirkişiler aracılığı ile yaptırılması gerekmektedir aksi takdirde yapılan bu kıymet takdirinin usulsüzlüğü her iki tarafça da öne sürülebilir. Bilirkişi tarafından yapılan uçağa ilişkin değer tespiti, ilgililere tebliğ edilir ve tebliğden itibaren yedi gün içerisinde taraflarca kıymet takdirine itiraz davası açılabilir. Dava yoluna başvurulmaz veya dava sonuçlanırsa, kıymet takdiri kesinleşir. Bu kesinleşmeden sonra icra müdürlüğü tarafından tayin edilen satış günü ilgililere tebliğ edilir. Uçağın ekonomik değerinin yüksek olması dolayısıyla ulusal veya yerel bir gazetede satış günü ilan edilir ve satış aşamasına geçilir. Satış günü, alacaklı ve diğer isteklilerin başvurması halinde açık arttırma usulü ile gerçekleştirilir. İcra memuru haciz konusu malın satışı için teklifleri toplar. Sunulan en yüksek teklif sonucunda satışa konu uçak, ilgiliye ihale edilir. Bu aşamadan sonra 7 gün içerisinde ihalenin feshi davası açılabilir. İlgili ve isteklilerin bu süreçte itiraz etmemesi halinde ihale kesinleşir. İhale alıcısı, KDV, masraf, harç ve ihale konusu bedeli ödemesi ile satış işlemi sonuçlandırılır. Bu halde hapis hakkına dayanarak taşınır malı paraya çeviren alacaklı, satış bedeli üzerinden alacağını tahsil eder.

## IV. SONUÇ

İşbu makale kapsamında TMK'da düzenlenen genel hapis hakkının hukuki mahiyeti açıklanmış olup, ardından uçakların hukuki statüsüne değinilmiştir. Yukarıda da izah edildiği üzere hapis hakkı kanundaki şartların tümünün gerçekleşmesi ile kendiliğinden doğan bir hak olup hapis hakkı alacaklısına borçluya ait olan taşınır eşya veya kıymetli evrakı alacaklının borcu tatmin edinceye kadar saklamasına imkân vermektedir. Hapis hakkı, aynı bir hak olduğundan bahisle alacaklı alacağı ödeninceye kadar borçluya veya üçüncü bir kişiye zilyedindeki taşınır veya kıymetli evrakı vermekten kaçınabilir ve hatta hapis hakkı alacaklısı zilyedindeki taşınır veya kıymetli

evrakı paraya çevirtmek suretiyle alacağını bu miktardan karşılama imkanına sahiptir. Alacaklının zilyedindeki taşınır eşyanın veya kıymetli evrakın paraya çevirilmesi için öncelikle borçluya, eğer taşınırın maliki üçüncü bir kişiye ona bildirimde bulunmak suretiyle haber verilir. Bildirim yapıldıktan sonra borçlu veya üçüncü kişi borcu ödemez yahut borç için teminat göstermez ise hapis hakkı alacaklısı zilyedindeki taşınır veya kıymetli evrakı paraya çevirtmek suretiyle alacağına kavuşur.

Uçakların ise taşınır mal hükümlerine tabi olduğunu ancak kanunda sayılan hapis hakkı şartlarının hava yolu işletmecisi tarafından sağlanmadığından bahisle uçaklar üzerinde hapis hakkı kurulamamaktadır. Uçakların genel haciz yolu ile takibinin yapılarak icra müdürlüğü marifetiyle paraya çevrilmesi ardından alacaklı alacağına kavuşabilmektedir.

While aircraft are subject to the provisions of movable property, the right of retention on aircraft cannot be applied because airport operators cannot claim the right of retention. Creditors can obtain their receivables after an executive proceeding and converting them aircraft into money through the executive directorate.

Uçakların ise taşınır mal hükümlerine tabi olduğunu ancak kanunda sayılan hapis hakkı şartlarının hava yolu işletmecisi tarafından sağlanmadığından bahisle uçaklar üzerinde hapis hakkı kurulamamaktadır. Uçakların genel haciz yolu ile takibinin yapılarak icra müdürlüğü marifetiyle paraya çevrilmesi ardından alacaklı alacağına kavuşabilmektedir.

Uçakların ise taşınır mal hükümlerine tabi olduğunu ancak kanunda sayılan hapis hakkı şartlarının hava yolu işletmecisi tarafından sağlanmadığından bahisle uçaklar üzerinde hapis hakkı kurulamamaktadır. Uçakların genel haciz yolu ile takibinin yapılarak icra müdürlüğü marifetiyle paraya çevrilmesi ardından alacaklı alacağına kavuşabilmektedir.

## BIBLIOGRAPHY

AYDIN AYBAY, HÜSEYİN HATEMİ, Eşya Hukuku Dersleri, Vedat, İstanbul 2009.

BİLGEHAN ÇETİNER, Hapis Hakkı, 1st Edition, Seçkin, İstanbul 2010.

BÜLENT KÖPRÜLÜ, SELİM KANETİ, Sınırlı Ayni Haklar, 2nd Edition, Faculties Press, İstanbul 1982-1983.

CEM DİNAR, Hapis Hakkı, Vedat, İstanbul 2016.

EROL CANSEL, Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı, Ankara University Faculty of Law Publications, Ankara 1961.

FERİT SAYMEN, HALİD ELBİR, Türk Eşya Hukuku Dersler, Filiz, İstanbul 1963.

KEMAL OĞUZMAN, ÖZER SELİÇİ, SAİBE OKTAY ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, Filiz, İstanbul 2015.

SABİH ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, 15th Edition, Banking and Commercial Law Research Institute Ankara 2011.

TURGUT AKINTÜRK, JALE G. AKİPEK, Eşya Hukuku, Yetkin, İstanbul 2009.

## KAYNAKÇA

AYDIN AYBAY, HÜSEYİN HATEMİ, Eşya Hukuku Dersleri, Vedat, İstanbul 2009.

BİLGEHAN ÇETİNER, Hapis Hakkı, 1. Bası, Seçkin, İstanbul 2010

BÜLENT KÖPRÜLÜ, SELİM KANETİ, Sınırlı Ayni Haklar, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982-1983.

CEM DİNAR, Hapis Hakkı, Vedat, İstanbul 2016.

EROL CANSEL, Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1961.

FERİT SAYMEN, HALİD ELBİR, Türk Eşya Hukuku Dersler, Filiz, İstanbul 1963.

KEMAL OĞUZMAN, ÖZER SELİÇİ, SAİBE OKTAY ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, Filiz, İstanbul 2015.

SABİH ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, 15. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Ankara 2011.

TURGUT AKINTÜRK, JALE G. AKİPEK, Eşya Hukuku, Yetkin, İstanbul 2009.

## PART 5

### THE SECRET PARTNERSHIP RELATIONSHIP AND RESPONSIBILITIES OF SECRET PARTNERS UNDER THE SCOPE OF JOINT-STOCK AND LIMITED LIABILITY COMPANIES

ANONİM ŞİRKET VE LİMİTED  
ŞİRKET KAPSAMINDA GİZLİ  
ORTAKLIK İLİŞKİSİ VE GİZLİ  
ORTAKLARIN SORUMLULUĞU

--

BETÜL TERZİOĞLU  
ŞEVVAL SAĞLAM

#### ABSTRACT

Secret partnerships are frequently encountered since they are often preferred by people banned from a particular trade or subject to trade prohibition. However, there is no regulation regarding secret partnerships in Turkish Law.

#### ÖZET

Türk Hukuku'nda gizli ortaklığa ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte, özellikle ticaretten men edilen veya ticaret yapma yasağına tabi bulunan kişiler tarafından tercih ediliyor olması sebebiyle gizli ortaklığın uygulamada sıkça karşılaşılan bir ortaklık ilişkisi olduğu söylenebilecektir.



#### KEYWORDS

APPARENT PARTNER, SECRET PARTNER, SECRET PARTNERSHIP, JOINT-STOCK COMPANY, LIMITED LIABILITY COMPANY, LIABILITY OF SECRET PARTNER



#### ANAHTAR KELİMELER

GÖRÜNÜRDE ORTAK, GİZLİ ORTAK, GİZLİ ORTAKLIK, ANONİM ŞİRKET, LİMİTED ŞİRKET, GİZLİ ORTAĞIN SORUMLULUĞU



## PART 5

This article discusses the secret partnership relationship regarding joint-stock companies and limited liability companies and disclosures regarding the secret partnership relationships in Turkish Law. It also discusses secret partnership agreements between parties and the financial, administrative, and judicial responsibilities of secret partners in joint-stock and limited liability companies.

İşbu makalede, gizli ortaklık ilişkisi anonim şirket ve limited şirket bağlamında ele alınacak olup Türk Hukuku'nda karşılaşılan gizli ortaklık ilişkilerine, taraflar arasında yapılan gizli ortaklık sözleşmesine ve bu bağlamda anonim şirket ve limited şirkete ortak olan gizli ortağın mali, idari ve adli sorumluluğuna ilişkin açıklamalara yer verilecektir.

## I. INTRODUCTION

The types of partnerships encountered in Turkish Law are ordinary partnerships (joint ventures), regulated in Article 620 and the subsequent provisions of the Turkish Code of Obligations No. 6098 ("TCO"), unlimited liability partnerships, limited liability partnerships, joint-stock partnerships, cooperatives, and commandite partnerships, regulated from Article 124 to 644 of the Turkish Commercial Code No. 6102 ("TCC"). While secret partnerships are not recognized in the TCC, in practice, it is a preferred method of operating, particularly by civil servants, who are prohibited from trading under Article 28 of the Civil Servants Law No. 657.

A secret partnership is a contractual relationship between an apparent partner and a secret partner that involves participation of a person (secret partner) who does not have the legal appearance of a direct relationship with a particular company in relation to third parties, and/or someone who provides a certain participation share, that can also be qualified as capital, to another person (apparent partner) who is the owner of all or part of the company's shares. The contractual agreement covers issues such as receiving a share of the company's profits, bearing its losses, and being closely involved with the management of the company. A secret partnership is defined

## I. GİRİŞ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun ("TBK") 620. maddesi ve devamında düzenlenmiş olan adi ortaklık ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ("TTK") 124. ila 644. maddeleri arasında düzenlenmiş olan kolektif ortaklık, komandit ortaklık, anonim ortaklık, limited ortaklık ve kooperatifler Türk Hukuku bağlamında karşımıza çıkan ortaklık türleridir.

Gizli ortaklık, TTK'da sayılan ortaklıklar arasında yer almıyor olmakla birlikte, uygulamada özellikle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. maddesi uyarınca ticaret yapma yasağına tabi bulunan memurlar tarafından tercih edilen bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuki görünüş bakımından üçüncü kişiler nezdinde belirli bir şirket ile görünürde doğrudan bir ilişki kurmayan kişinin (gizli ortağın), dış ilişkide üçüncü kişiler tarafından şirketin paylarının tamamının veya bir kısmının sahibi olarak ortaya çıkan diğer bir kişiye (görünürde ortağa) sermaye olarak da nitelendirilebilecek belirli bir katılma payını sağlayarak, şirketin kârından pay alma, zararlarına katılma ve şirketin yönetiminde söz sahibi olma gibi hususları gizli ortak ve görünürde ortak arasındaki belirli bir akdi ilişkiye oturtan sözleşmeler gizli ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir. Bu halde gizli ortaklık, iki veya daha fazla sayıda kişinin geçici veya



as a contract stipulating a share in the gains and losses of a company through two or more mutual temporary or permanent business transactions on behalf of the parties to the contract.<sup>1</sup>

Once the Turkish Commercial Code dated 29.06.1956 and numbered 6762 entered into force, the regulations in the previous laws on private companies were abolished, leaving no regulations regarding secret partnerships in either the TCC or the TCO. Consequently, there are currently no legal obstacles to establishing a secret partnership relationship.

This article discusses the secret partnership relationship regarding joint-stock companies and limited liability companies and disclosures regarding the secret partnership relationships in Turkish Law. It also discusses secret partnership agreements between parties and the financial, administrative, and judicial responsibilities of secret partners in joint-stock and limited liability companies.

## II. SECRET PARTNERSHIP RELATIONSHIP

The partnership that does not come out as an external partnership while the person (apparent partner) acting on his behalf and has the title of partner in terms of any part-

sürekli nitelikteki belirli ticari işlemleri içlerinden biri namına ve fakat tümü hesabına gerçekleştirerek, elde edilecek kazancı ve zararı paylaşmak üzere sözleşme ile bir araya gelmeleri olarak tanımlanmaktadır.<sup>1</sup> Her ne kadar 29.06.1956 tarih ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte hususi şirketlere ilişkin önceki kanunlarda yer alan düzenlemeler kaldırılmış ve gerek TTK'da gerekse de TBK'da gizli ortaklığa ilişkin herhangi bir düzenleme yer almıyor olsa da, günümüzde gizli ortaklık ilişkisinin kurulması önünde kanuni bir engel bulunmamaktadır.

İşbu makalede, gizli ortaklık ilişkisi anonim şirket ve limited şirket bağlamında ele alınacak olup Türk Hukuku'nda karşılaşılan gizli ortaklık ilişkilerine, taraflar arasında yapılan gizli ortaklık sözleşmesine ve bu bağlamda anonim şirket ve limited şirkete ortak olan gizli ortağın mali, idari ve adli sorumluluğuna ilişkin açıklamalara yer verilecektir.

## II. GİZLİ ORTAKLIK İLİŞKİSİ

Türk Hukuku kapsamında düzenlenmekte olan herhangi bir ortaklık türü bakımından ortak sıfatını haiz ve işlemlerde bulunan kişinin (görünürde ortak) kendi adına faaliyet-

## FOOTNOTE

<sup>1</sup> Barlas, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, p. 185

## DİPNOT

<sup>1</sup> Barlas, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, s.185

## PART 5

nership regulated under Turkish Law and the other person (internal partner) who has the profit, right to examination and management within certain limits, the capital invested becomes apparent partner's assets, which includes the affectio societatis<sup>2</sup> element, is called an internal partnership.<sup>3</sup>

A secret partnership relationship constitutes a subtype of internal partnership.<sup>4</sup> In terms of legal appearance, it involves a person (secret partner) who participates in the business activity of another person (apparent partner) based on a mutual contract in which they share the gains and losses, the secret partner's participation share is transferred to the property of the apparent partner, and the secret partner has the right to participate in management and examination. To a certain extent this can be described as an ordinary partnership in which only the apparent partner is authorized to transact with third parties and can be held responsible.<sup>5</sup> Contracts regarding a particular contractual relationship between the secret partner and the apparent partner can be qualified as a "secret partnership agreement". The purpose of secrecy in the definition of "secret partnership" is that the legal relationship between the apparent partner and the secret partner is not reflected as an external partnership; in other words, the secret partner does not participate in transactions as a partner.<sup>6</sup>

te bulunduğu, diğer kişinin (iç ortak) kâr ve belli sınırlar içinde yönetim ve inceleme haklarına sahip olduğu, koyduğu sermayenin görünürde ortağın malvarlığı haline geldiği, affectio societatis<sup>2</sup> unsurunu içeren, dış ilişkiye bir ortaklık olarak çıkmayan ortaklığa iç ortaklık adı verilmektedir.<sup>3</sup>

Gizli ortaklık ilişkisinin de iç ortaklığın bir alt türünü oluşturduğu kabul edilmektedir.<sup>4</sup> Bu bağlamda hukuki görünüş bakımından gizli ortaklık; bir kişinin (gizli ortak) aralarındaki sözleşmeye dayanarak bir başka kişinin (görünürde ortak) yürüttüğü işletme faaliyetine kâr ve zarara katılmak suretiyle iştirak ettiği, gizli ortağın koyduğu katılma payının görünürde ortağın malvarlığına geçtiği ve gizli ortağın iç ilişkide belli ölçüde yönetime katılma ve denetleme haklarına sahip olduğu, işletme faaliyeti bakımından üçüncü kişilerle yalnızca görünürde ortağın işlem yapmaya yetkili olduğu ve bundan sorumlu tutulabileceği bir adi ortaklık olarak nitelendirilebilecektir.<sup>5</sup> Söz konusu hususları gizli ortak ve görünürde ortak arasındaki belirli bir akdi ilişkiye oturtan sözleşmeler ise "gizli ortaklık sözleşmesi" olarak nitelendirilebilecektir. "Gizli ortaklık" tanımlamasında yer alan gizlilikten maksat, görünürde ortak ve gizli ortak arasındaki hukuki ilişkinin dışı karşı ortaklık olarak yansımaması, diğer deyişle, gizli ortağın işlemlerde ortaklık sıfatıyla yer almamasıdır.<sup>6</sup>

A secret partnership is based on a contract concluded between the parties and there is no form requirement regarding the validity of this contract. However, despite the slight risk of becoming public, notarizing the contract by the public notary can prevent the apparent partner denying the contract's signature.

Within a secret partnership agreement, the main role undertaken by the apparent partner is to manage the company under the instructions of the secret partner or in consultation with the secret partner, and to transfer the profits or share of them to the secret partner. The main role of the secret partner is to carry out any act that has economic value, such as wages or shares, and is necessary for the achievement of the purpose of the partnership. According to the details of the secret partnership agreement between the parties and the form of that agreement, although opinion suggests secret partnership agreements should be subject to the provisions of the Article 620 of the TCO and subsequent ordinary partnership provisions, which do have some weight with the decisions of the Court of Cassation,<sup>7</sup> others take the opinion that the relationship between the apparent partner and the secret partner can also be described as a "power of attorney" relationship and therefore provisions regarding power of attorney should apply.<sup>8</sup> According to Barlas, the secret partnership relationship is an ordinary partnership relationship and the provisions of the TCO regarding the ordinary partnership apply where the features within the secret partnership relationship and arising from the existence of an internal partnership are suitable.<sup>9</sup>

### III. SECRET PARTNERSHIP AGREEMENT

In a secret partnership, the mutual acts of the secret partner and the apparent partner should be regulated in a very detailed and precise manner, avoiding any doubt or interpretation, and the legal relationship between the parties should be established on a solid contractual basis.

The "right to manage" constitutes one of the essential acts of a secret partnership agreement and burdens the apparent partner with the obligation to manage the company in line with the requests and instructions of the secret partner. How this

Gizli ortaklık, taraflar arasında akdedilen bir sözleşmeye dayanır ve bu sözleşmenin geçerliliğine ilişkin herhangi bir şekil şartı yoktur. Ancak bununla birlikte, bir derece aleniyet riskini haiz olmasına rağmen, sözleşmenin noter tarafından tasdik edilerek, sözleşmedeki imzanın daha sonradan görünürde ortak tarafından inkâr edilmesinin önüne geçilmesi mümkün olabilecektir.

Gizli ortaklık sözleşmesi çerçevesinde görünürde ortağın üstlendiği temel edim, gizli ortaklık sözleşmesinde kararlaştırılmış olduğu takdirde şirketi, gizli ortağın talimatları doğrultusunda veya gizli ortağa danışarak yönetmek ve bunun neticesinde elde edilen kârı gizli ortağa devretmek veya gizli ortak ile paylaşmaktır. Gizli ortağın üstlendiği temel edim ise, ortaklığın amacının gerçekleşmesine uygun olan ve ekonomik değer taşıyan ücret, kâr payı gibi herhangi bir edimi görünürde ortağa sağlamaktır. Taraflar arasındaki gizli ortaklık sözleşmesinin detaylarına ve düzenlenme biçimine göre, gizli ortaklık sözleşmelerinin TBK'nın 620. maddesi ve devamında düzenlenen adi ortaklık hükümlerine tabi olması gerekeceği görüşü Yargıtay<sup>7</sup> kararları ile ağırlık kazanmakla birlikte, görünürde ortak ile gizli ortak arasındaki ilişkinin "vekalet" ilişkisi olarak da nitelendirilebileceğine ve vekaletle ilişkin hükümlerin uygulanacağına ilişkin görüşlerde mevcuttur.<sup>8</sup> Barlas'a göre gizli ortaklık ilişkisi hukuki niteliği itibarıyla bir adi ortaklık ilişkisidir ve TBK'da yer alan adi ortaklığa ilişkin hükümler, gizli ortaklık ilişkisinin bünyesinde yer alan ve bir iç ortaklık ilişkisi olmasından ileri gelen özellikler göz önünde bulundurularak, uygun olduğu ölçüde gizli ortaklık ilişkisi bakımından da uygulama alanı bulacaktır.<sup>9</sup>

### III. GİZLİ ORTAKLIK SÖZLEŞMESİ

Gizli ortaklığın özellikleri dikkate alındığında, gizli ortaklık sözleşmesinde gizli ortak ile görünürde ortak arasındaki karşılıklı edimler, herhangi bir kuşkuya veya yoruma yer bırakmayacak şekilde oldukça detaylı ve açık olarak düzenlenmeli, taraflar arasındaki hukuki ilişki sözleşmesel bağlamda sağlam bir zemine oturtulmalıdır.

Bu doğrultuda, gizli ortaklık sözleşmesinin temel edimlerinden birini teşkil eden ve görünürde ortağa şirketi gizli ortağın arzusu ve talimatları doğrultusunda yönetme yükümlülüğü yükleyen ve bir anlamda gizli

#### FOOTNOTE

<sup>2</sup> The common will of several legal persons or legal entities to merge into one entity.

<sup>3</sup> Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, p.47

<sup>4</sup> Barlas, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, p.220

<sup>5</sup> Bilgili, Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri, p.20

<sup>6</sup> Barlas, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, p.195

<sup>7</sup> Court of Cassation 13. HD E.2006/9540 K.2006/14381 T.06.11.2006

<sup>8</sup> Bilgili, Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri, p. 131

<sup>9</sup> Bilgili, Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri, p. 131



#### DİPNOT

<sup>2</sup> Ortak çaba, ortaklık iradesi.

<sup>3</sup> Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, s.47

<sup>4</sup> Barlas, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, s.220

<sup>5</sup> Bilgili, Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri, s.20

<sup>6</sup> Barlas, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, s.195

<sup>7</sup> Yargıtay 13. HD E.2006/9540 K.2006/14381 T.06.11.2006

<sup>8</sup> Bilgili, Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri, s.131

<sup>9</sup> Barlas, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, s.201-203



## PART 5

right will be exercised by the secret partner and regarding which matters and situations should be clearly regulated under the contract. However, while the right to manage the company belongs to the secret partner and the company is managed by the director or board member upon the secret partner's instructions may be regulated in the contract, the secret partner does not have any relationship with the company in terms of legal appearance. In the event that the secret partner has no signature authority to represent and bind the company and is elected as a partner and board member of the company, only the apparent partner will be considered the company's manager and will be able to act without the consent of the secret partner even in extraordinary transactions while conducting joint business.

However, in the secret partnership agreement between the parties, in the case of extraordinary businesses other than the daily activities of the company and/or ordinary businesses related to the daily activities of the company, if the apparent partner is obliged to be burdened with the secret partner's decisions or at least to take his/her opinion into consideration, any ordinary or extraordinary transactions carried out contrary to this are not valid.<sup>10</sup> Nonetheless, in such a case, due to the breach of the secret partnership agreement, there may be a right to claim based on a contractual breach against the apparent partner. In order to, as far as possible, eliminate the risk that may arise due to the validity of the transactions in question, it is possible to determine various penalty clauses in the contract, differing according to the type of violation, as a deterrent to prevent the apparent partner violating the obligation to act on the instructions of the secret partner in managerial matters. However, even in the event of a violation of relevant obligations by the apparent partner where a penalty clause is stipulated in the agreement, there will be no obstacle in terms of the validity of these transactions in the presence of third parties.

ortağa tanınmış olduğu söylenebilen "yönetim hakkı", sözleşme tahtında net bir şekilde düzenlenmeli, bu hakkın hangi konular ve durumlara ilişkin olarak gizli ortak tarafından nasıl kullanılacağı açık bir düzenleme altına alınmalıdır. Ancak, her ne kadar gizli ortak ile görünürde ortak arasındaki sözleşmede, şirketin yönetim hakkının gizli ortakta olduğu ve şirket müdürü veya yönetim kurulu üyesi tarafından şirketin gizli ortağın talimatları doğrultusunda yönetileceği düzenlenebilecek olsa da, hukuki görünüş bakımından gizli ortağın şirket ile herhangi bir ilişkisi bulunmaması, bu doğrultuda şirketi temsil ve ilzama yönelik herhangi bir imza yetkisinin olmaması ve şirketin ortağı ve yönetim kurulu üyesi olarak seçilmiş olması halinde yöneticisi olarak yalnızca görünürde ortağın ilan edilmiş olması sebebiyle, görünürde ortak işleri yürütürken olağanüstü işlemlerde dahi gizli ortağın rızasını almadan hareket edebilecektir.

Ancak, taraflar arasındaki gizli ortaklık sözleşmesinde şirketin günlük faaliyetleri dışında kalan olağanüstü işlemlerde ve/veya günlük faaliyetlerine ilişkin olarak gerçekleştirilen olağan işlemlerde gizli ortağın karar vereceği ya da en azından gizli ortağın görüşünün alınacağı görünürde ortağa bir yükümlülük olarak yüklenmiş olması halinde de görünürde ortak tarafından bu yükümlülüğe aykırı olarak yerine getirilen olağan ya da olağanüstü işlemler geçersiz hale gelmeyecektir.<sup>10</sup> Bununla birlikte, böyle bir durumda gizli ortaklık sözleşmesinin ihlal edilmiş olması sebebiyle, görünürde ortağa karşı ileri sürülecek sözleşmesel ihlale dayanan bir talep hakkı gündeme gelebilecektir. Söz konusu işlemlerin geçerliliği sebebiyle doğabilecek riskin mümkün mertebe bertaraf edilebilmesi adına, görünürde ortak ve gizli ortak arasında akdedilecek sözleşmeye, görünürde ortağın yönetsel konularda gizli ortağın talimatları doğrultusunda hareket etme yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda, ihlalin türüne göre değişiklik gösterebilecek çeşitli cezai şart bedellerinin tayin edilmesi görünürde ortak bakımından caydırıcı olabilecektir. Bununla birlikte görünürde ortak aleyhine sözleşme tahtında cezai şart öngörülmesine rağmen görünürde ortak tarafından ilgili yükümlülükleri aykırı davranılması durumunda dahi, bu işlemlerin üçüncü kişiler nezdinde geçerliliği bakımından herhangi bir engel söz konusu olmayacaktır.

#### IV. SECRET PARTNERSHIP RELATIONS IN THE CONTEXT OF JOINT-STOCK COMPANIES AND LIMITED LIABILITY COMPANIES

Quite often a company that intends to have a legal relationship as a secret partner is a joint-stock company or a limited company. Article 336 of the TCC covers joint-stock companies and the establishment of all agreements with the company, founders, and other persons and issues related to establishment, including articles of association, valuation reports, assignment of property rights, and business transfer documents required for the establishment of the joint-stock company. Considering the justification for Article 336, it can be thought of as aiming to prevent the formation of secret partnership agreements together with the necessity of submitting the relevant documents at the establishment stage. Likewise, Article 337 of the TCC aims to prevent secret partnerships by regulating that the third party is responsible for issues arising from establishment if the person who undertakes a share and signs the articles of association performs this transaction on account of a third party. For this reason, if a secret partner requests being a secret partner in a joint-stock company during the establishment phase, the secret partner will be responsible as a shareholder under the articles mentioned above.

Although counter to a secret partnership's intent of confidentiality, it is also possible for the secret partner to be an apparent partner in the company with which it later enters into a secret partnership relationship. As a secret partner, if the company intended its legal relationship after establishment to be a joint-stock company and the shares under the ownership of the apparent partner are not affiliated with bonds, the said shares can be transferred to the secret partner by the apparent partner upon written agreement of assignment. Since the said "assignment of claims" is a founding element, the record in the share ledger will be explanatory and the secret partner can claim that he/she is a shareholder. If the shares are bearer bonds, there will be no provision in the company's articles of association regarding the transfer of the shares or that the bearer shares' price is paid in full, it can be

#### IV. ANONİM ŞİRKET VE LIMITED ŞİRKET BAĞLAMINDA GİZLİ ORTAKLIK İLİŞKİLERİ

Gizli ortak olarak hukuki ilişki içerisine girilmek istenen şirketin bir anonim şirket veya limited şirket olması durumu ile uygulamada sıkça karşılaşılmaktadır. TTK'nın anonim şirketlere ilişkin 336. maddesi ile anonim şirketin kuruluşu esnasında sunulması öngörülen kuruluş belgelerinde esas sözleşme, değerlendirme raporları, ayın ve işletme devralınmasına ilişkin olanlar da dâhil olmak üzere, kurulmakta olan şirketle, kurucular ve diğer kişilerle yapılan ve kuruluşla ilgili olan tüm sözleşmeler sayılarak, maddenin gerekçesi de dikkate alındığında ilgili belgelerin kuruluş aşamasında sunulması gerekliliği ile birlikte gizli ortaklık sözleşmelerinin yapılmasının da önüne geçilmesinin amaçlandığı düşünülebilecektir. Yine aynı şekilde, TTK'nın 337. maddesinde, pay taahhüt edip esas sözleşmeyi imzalayan kişinin bu işlemi üçüncü bir kişinin hesabına yapması halinde üçüncü kişinin de kuruluştan doğan sorumluluk bakımından sorumlu olacağı düzenlenerek, gizli ortaklığın önüne geçilmek istenmektedir. Bu sebeple kuruluş aşamasında anonim şirkete gizli ortak olunmasının istenmesi halinde, söz konusu maddeler gereği gizli ortak pay sahibi olarak sorumlu olacaktır.

Gizli ortaklığın gizlilik amacına aykırı olsa da, gizli ortağın daha sonradan gizli ortaklık ilişkisine girdiği şirkette görünürde ortak olması da ihtimal dahilindedir. Gizli ortak olarak, şirketin kuruluşundan sonra hukuki ilişki içerisine girilmek istenen şirkette bir anonim şirket olması durumunda, görünürde ortağın mülkiyetinde görünen hisselerin senede bağlanmamış olması halinde, söz konusu hisseler, TBK'nın 183. maddesi ve devamında yer alan alacağın devri hükümlerine göre, yazılı bir temlik sözleşmesi ile görünürde ortak tarafından gizli ortağa devredilebilecektir. Söz konusu alacağın temlik işleminin kurucu unsur olması sebebiyle, pay defterine kayıt açıklayıcı nitelikte olacak ve gizli ortak tarafından pay sahibi olduğu ileri sürülebilecektir. Hisselerin, hamiline yazılı senetler olması halinde, mevzu bahis hisselerin devrine ilişkin şirket esas sözleşmesinde pay devrinin sınırlandırılmasına yönelik herhangi bir hükmün söz konusu olmaması ve söz konusu hamiline yazılı senet-

## FOOTNOTE

<sup>10</sup> Barlas, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, p. 115

## DİPNOT

<sup>10</sup> Barlas, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, s.115

## PART 5

claimed that the apparent partner secretly transfers the bearer shares to the possession of the secret partner. As a legal presumption, the transfer of possession for establishing a relationship between the possessor and the company will bind both the company and the third parties, without entering a share ledger.<sup>11</sup>

If the shares in the ownership of the apparent partner are registered shares, the company's articles of association do not contain any context regarding the limitation of the share transfer, and the registered shares in the ownership of the apparent partner are endorsed to the secret partner. Provided the price of the registered shares is fully paid, it may also be possible for the endorsed shares to be kept by the secret shareholder without reflecting this situation on the company's share ledger. As a matter of fact, in this case, since the apparent legal status of the company's share ledger does not constitute an obstacle for the ownership of the shares to be transferred to the secret partner through endorsement, in the event of a dispute between the parties, the company is notified by the secret partner. It is also possible to assert that the joint-stock company

lerin bedelinin tamamen ödenmiş olması şartı ile, hamiline yazılı senetlerin görünürde ortak tarafından gizli ortağın zilyetliğine geçirilmesi ile gizli ortak tarafından pay sahibi olduğu ileri sürülebilecektir. Karine olarak malik ile şirket arasında ilişki kurulması için araya pay defteri girmeden, zilyetliğin devri hem şirketi, hem üçüncü kişileri bağlayacaktır.<sup>11</sup>

Görünürde ortağın mülkiyetinde görünen hisselerin nama yazılı hisseler olması halinde ise, şirket esas sözleşmesinde pay devrinin sınırlandırılmasına ilişkin herhangi bir bağlam söz konusu olmaması ve devre konu olan nama yazılı hisselerin bedelinin tamamen ödenmiş olması şartı ile görünürde ortağın mülkiyetinde bulunan nama yazılı hisselerin gizli ortağa ciro edilerek, şirket pay defterine bu durum yansıtılmadan ciro edilmiş hisselerin gizli ortak tarafından muhafaza edilmesi de mümkün olabilecektir. Nitekim bu durumda, şirket pay defterinin görünürdeki hukuki durumunun hisselerin mülkiyetinin ciro ile gizli ortağa geçirilmiş olması bakımından herhangi bir engel teşkil etmeyecek olması sebebiyle, taraflar arasındaki olası bir uyumsuzluk halinde gizli ortak tarafından şirkete bildirimde bulunularak, anonim şirketin hukuki görünüş bakımından



## FOOTNOTE

11 Bozkurt, Şirketler Hukuku, p. 432

is the real shareholder of the company in terms of legal appearance and, by writing the shareholder's name is on the share ledger, that it is possible to exclude the partner from the view.

However, a different situation arises if the secret partnership is intended for a limited liability company. This is because if a share transfer is desired in limited liability companies, a general assembly resolution approving the share transfer is required. What is more, a general assembly resolution approving the transfer of shares is not sufficient in itself as the share transfer referred to will only be valid after notary approval. In this case, the opportunity valid for joint-stock companies is not also valid for limited companies. However, this does not mean that a secret partnership cannot be established for limited companies.

It should be noted that the provisions in the regarding the partnership relationship between the joint-stock company partners and those provisions regarding the partnership relationship between the limited company partners will find application area, and the ordinary partnership provisions in the TCO apply to a secret partnership between the apparent partner and the secret partner.

## V. FINANCIAL, JUDICIAL, AND LEGAL DISADVANTAGES OF SECRET PARTNERSHIP RELATIONSHIPS IN JOINT-STOCK COMPANIES AND LIMITED LIABILITY COMPANIES

Since the secret partner does not have any legal relationship with the company that can be asserted against third parties and the profit obtained as a result of the commercial activities carried out by the company will arise directly on the legal entity of the company, there is no legal basis for the company's dividends to be directly demanded by the secret partner. In addition, in joint-stock and limited liability companies, as per the sole obligation principle, neither the apparent partner nor the secret partner are responsible for the company's obligations arising

da şirketin gerçek pay sahibi olduğunun ileri sürülebileceğinin ve akabinde pay defterine kendi isminin yazılmasını sağlayarak görünürde ortağın saf dışı bırakılabilme imkânının sağlanabilmesinin de mümkün olduğu söylenebilecektir.

Bununla birlikte, gizli ortak olarak hukuki ilişki içerisine girilmek istenen şirketin bir limited şirket olması halinde ise farklı bir durum ortaya çıkacaktır. Çünkü, limited şirketlerde pay devri yapılmak istenmesi durumunda öncelikle pay devrini onaylayan bir genel kurul kararı alınması gerekecektir. Pay devrini onaylar nitelikteki genel kurul kararının alınması da tek başına yeterli olmayıp, söz konusu pay devrinin geçerlilik kazanması ancak noter onayı sonrasında mümkün olabilecektir. Bu halde, anonim şirketler için geçerli olan imkânın, limited şirketler bakımından da geçerli olacağını söyleyebilmek mümkün olmayacaktır. Fakat bu durum limited şirketler bakımından gizli ortaklık ilişkisinin kurulamayacağı anlamına gelmemektedir.

Belirtmek gerekir ki, anonim şirket ortakları arasındaki ortaklık ilişkisi bakımından TTK'da yer alan anonim şirkete ilişkin hükümler, limited şirket ortakları arasındaki ortaklık ilişkisi bakımından TTK'da yer alan limited şirkete ilişkin hükümler uygulama alanı bulacak olup, görünürde ortak ile gizli ortak arasındaki gizli ortaklık ilişkisine TBK'da yer alan adi ortaklığa ilişkin hükümler uygulanacaktır.

## V. ANONİM ŞİRKET VE LİMİTED ŞİRKETLERDE GİZLİ ORTAKLIK İLİŞKİSİNİN MALİ, ADLİ VE HUKUKİ SAKINCALARI

Gizli ortağın şirket ile üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecek herhangi bir hukuki ilişkisinin bulunmaması ve şirket tarafından gerçekleştirilen ticari faaliyetler neticesinde elde edilen kârın doğrudan şirket tüzel kişiliği üzerinde doğacak olması sebebiyle, şirketin kâr payları üzerinde gizli ortak tarafından doğrudan talepte bulunulabilmesini sağlayacak herhangi bir hukuki dayanak mevcut değildir. Bununla birlikte anonim ve limited şirketlerde tek borç ilkesi gereği, ne görünürde ortak ne de gizli ortak, şirketin üçüncü kişiler ile yaptığı hukuki işlemler sonucunda borç altına girmesi sebebiyle so-

## DİPNOT

11 Bozkurt, Şirketler Hukuku, s.432



## PART 5

from the company's legal transactions with third parties. According to the sole obligation principle, the company may demand the apparent partner fulfill the obligation to pay the subscribed capital share, while such payment cannot be requested from the company's secret partner. In this regard, the relationship between the apparent partner and the secret partner should be considered independently of the relationship between the company and third parties.

In order for the profit resulting from company activities to be transferred to the secret partner, the profit must first be transferred from the legal entity of the company to the apparent partner, and then the relevant amount or rate, as stated in the secret partnership agreement, must be transferred by the apparent partner to the secret partner. It is possible for the apparent partner and the secret partner to conclude a contract regulating the transfer of all predetermined dividends to the secret partner within the scope of "assignment claims" to provide assurance for the transfer of the relevant amounts to the secret partner by the apparent partner. Alternatively, a provision regarding this can be included in the secret partnership agreement.

However, it should be emphasized that, since the apparent partner has the actual management of the company, even if the claim is assigned, it is up to the apparent partner to make any transfer of company profits direct to the secret partner. In addition, although it may harm the underlying confidentiality of the secret partnership agreement, since it appears in the share ledger, the apparent shares owned by the apparent partner by making a share pledge to the secret partner may be considered as a legal possibility to constitute the assurance of the acts undertaken by the apparent partner under the secret partnership agreement. In the event that establishing a share pledge is not desired, requesting various types of collateral such as a mortgage, surety, bank letter of guarantee from the secret partner is always possible as an assurance of the apparent partner's obligations in the partnership agreement.

Even though a company may become a party to a secret partnership agreement right after its establishment and acquisition of legal personality to ensure certain obligations in the secret partnership agreement can be asserted against the "company," it is

rumlu olacaktır. İlaveten, tek borç ilkesi gereği görünürde ortağın taahhüt etmiş olduğu sermaye payının bedelini ifa etme borcunun yerine getirilmesi şirket tarafından görünürde ortak istenebilecekken, söz konusu ifa işlemi şirket tarafından gizli ortak taleple edilemeyecektir. Bu kapsamda, görünürde ortak ile gizli ortak arasındaki ilişkiyi, şirket ile üçüncü kişiler arasındaki ilişkiden bağımsız olarak değerlendirmek gerekmektedir.

Şirketin faaliyetleri neticesinde elde edilen kârın gizli ortağa aktarılabilmesi için, öncelikle bahse konu kârın şirket tüzel kişiliğinden görünürde ortağa aktarılması, bunun akabinde görünürde ortak ile gizli ortak arasındaki ilişkiyi, şirket tarafından belirlenen miktar veya oranlarda ilgili tutarın görünürde ortak tarafından gizli ortağa aktarılması gerekmektedir. Bu noktada, ilgili tutarların görünürde ortak tarafından gizli ortağa aktarılmasına yönelik önceden bir güvence sağlanması amacıyla, gizli ortak ile görünürde ortak arasında, görünürde ortağın şirketten elde edeceği tüm veya belirlenen orandaki kar paylarının gizli ortağa "alacağın temlik" müessesesi kapsamında temlik edilmiş olduğunu düzenleyen bir sözleşme akdedilebilmesi veya buna ilişkin hükmün gizli ortaklık sözleşmesi içerisine derç edilebilmesinin de mümkün olduğu değerlendirilmektedir. Ancak, önemle belirtmek gerekir ki, fiili şirket yönetiminin görünürde ortakta olacak olması nedeniyle, alacağın temlik yapılsa dahi, şirket kârının doğrudan gizli ortağa gönderilip gönderilmeyeceği fiilen görünürdeki ortağın elinde olacaktır. İlaveten, her ne kadar şirket defterlerinde gözükcek olması sebebiyle gizli ortaklık sözleşmesinin temelinde yatan gizliliğe zarar verebilecek olsa da gizli ortaklık sözleşmesi tahtında görünürde ortağın üstlenmiş olduğu edimlerin teminatını teşkil etmesi amacıyla, görünürde ortağın görünürde sahip olduğu hisseleri, hisse rehni yapmak suretiyle, gizli ortağa rehnetmesinin de hukuki bir imkân olarak değerlendirilebilmesi mümkün olabilecektir. Hisse rehni tesis edilmesinin arzu edilmemesi durumunda ise; gizli ortaklık sözleşmesindeki görünürde ortağın yükümlülüklerinin bir teminatı olarak, ipotek, kefalet, banka teminat mektubu gibi çeşitli teminat türlerinin de görünürde ortak taleple edilebilmesi her zaman mümkün olacaktır.

Gizli ortak ile görünürde ortak arasındaki gizli ortaklık sözleşmesindeki birtakım yükümlülüklerin "şirkete" karşı da ileri sürülebilmesinin sağlanması amacıyla, kurulması planlanan şirketin tüzel kişilik kazanması

likely that making the company a party to a secret partnership agreement would not be optimal as the relevant contract may be subject to an invalidity sanction unless it is registered and announced under Article 106 of the Trade Registry Regulation. In this situation, the secret partner will be given the right to have a direct say in the management of the company because of the secret partner agreement.

akabinde gizli ortaklık sözleşmesine taraf yapılması değerlendirilebilecek olsa da, gizli ortak sözleşmesi ile gizli ortağa şirketin yönetimi üzerinde doğrudan söz hakkı sağlanacak olması sebebiyle ilgili sözleşmenin Ticaret Sicil Yönetmeliği'nin 106. maddesi uyarınca tescil ve ilan edilmediği takdirde geçersizlik yaptırımına tabi tutulabileceğinden, gizli ortaklık sözleşmesine şirketin de taraf yapılması yolunun tercih edilmemesi muhtemeldir.

Within this scope, it can be said that being a secret partner of a company under a secret partnership agreement does not lead to criminal liability, except for in regard to company activities that lead to criminal liability.

Bu bağlamda, cezai sorumluluğa yol açacak şirket faaliyetlerinde bulunulması haricinde, salt gizli ortaklık sözleşmesi ile bir şirkete gizli ortak olunmasının cezai sorumluluk doğurmayacağı söylenebilecektir.

In addition, as a managerial risk, even if the secret partner is contractually entitled to a say in management through a secret partnership agreement, it is possible that if the apparent partner performs an action for which the secret party has authority, this transaction will be valid for the company and third parties, and can only be considered as a breach of obligations in the internal relationship of the secret partnership.

Even though secret partnership agreements are not regulated under the TCC, TCO, or the relevant legislation, since there are no legal obstacles to establishing a secret partnership, it can be considered a partnership relationship recognized by the law and as a contract that can be concluded within the framework of the principle of freedom of contract. Within this scope, it can be said that being a secret partner of a company under a secret partnership agreement does not lead to criminal liability, except for in regard to company activities that lead to criminal liability.

İlaveten, yönetsel bir risk olarak, gizli ortaklık sözleşmesi ile gizli ortağın sözleşmesel bağlamda yönetimde söz sahibi kılınması durumunda dahi, görünürde ortağın gizli ortağın yetkisine bırakılmış bir konuda işlem yapması durumunda yaptığı bu işlemin şirket ve üçüncü kişiler nezdinde geçerli olacağını ve gizli ortak açısından ise sadece iç ilişkideki yükümlülüklerin ihlali olarak nitelendirilebileceğini söylemek mümkündür.

Her ne kadar, gizli ortaklık sözleşmesine ilişkin olarak TTK, TBK veya ilgili mevzuat nezdinde herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olsa dahi, gizli ortaklık ilişkisinin kurulması bakımından kanuni bir engelin de mevcut olmaması sebebiyle hukuk düzeni tarafından tanınan bir ortaklık ilişkisi olarak nitelendirilebilecek ve tarafların sözleşme serbestisi çerçevesinde akdedebilecekleri sözleşmelerden biri olarak değerlendirilebilecektir. Bu bağlamda, cezai sorumluluğa yol açacak şirket faaliyetlerinde bulunulması haricinde, salt gizli ortaklık sözleşmesi ile bir şirkete gizli ortak olunmasının cezai sorumluluk doğurmayacağı söylenebilecektir.

## PART 5

In addition, joint-stock company and the limited liability company partners are not liable for company debts, as per the sole obligation principle. However, as an exception, in accordance with Article 35 of the Law on the Procedure for the Collection of Public Receivables ("AATUHK"), limited liability company partners are directly liable for the company's public obligations in proportion to their capital shares. A Court of Cassation decision declared that a secret partner will not be liable for public debts within the scope of a limited company as follows:

According to the scope of the whole file, although there are special regulations regarding the liability of the partners due to the public debt in limited liability companies, this liability cannot be applied to the who does not possess partner title, also, as the status of the secret partner is accepted as ordinary partner and the liability of the limited company partners cannot be extended to the ordinary partnership, it is unclear with which partner the defendant was a secret partner and whether he was previously a shareholder or not. Moreover, if there is evidence of collusive transactions, the authority of provisional seizure and precautionary assessment is at the discretion of the plaintiff administration, and there is no need for a final judicial decision. Also there is no need for a declaratory judgement at the discretion of the evidence, what the administration should do is a clear and mandatory provision, the Court decided that the case and the request for precautionary assessment rejected separately due to the lack of legal benefit, on the grounds that there is no legal benefit for the request for precautionary assessment. [...]"<sup>12</sup>

However, although Article 35 of the AATUHK does not apply to secret partners due to the lack of a legal partnership relationship with third parties, it may be possible for the administration to hold the secret partner responsible for public debts if the secret partnership is detected. As a matter of fact, the Court of Cassation refers to this issue in a decision as follows:

According to the scope of the whole case file, the Court decided that the defendant

Bununla birlikte, anonim şirket ve limited şirket ortaklarının, tek borç ilkesi gereği şirketin borçlarından sorumluluğu söz konusu değildir. Buna karşın bir istisna olarak limited şirket ortakları, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un ("AATUHK") 35. maddesi gereği, şirketin kamu borçlarından sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumludurlar. Yargıtay konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararında ise limited şirket kapsamında bir gizli ortağın kamu borçlarından sorumsuz olacağını aşağıdaki şekilde açıklamıştır:

"[...Mahkemece, tüm dosya kapsamına göre, limited şirketlerde ortakların kamu borcundan dolayı sorumluluğuna dair özel düzenlemeler olsa da, ortak olmayana bu sorumluluğun uygulanamayacağı, ayrıca gizli ortağın durumunun adi ortaklık olarak kabul edildiği ve limited şirket ortaklarının sorumluluğunun adi ortaklığa teşmil edilemeyeceği, davalının hangi ortakla gizli ortak olduğu ve daha önce pay sahibi olup olmadığı belirsiz olduğu, üstelik muvazaalı işlemlere dair deliller varsa ihtiyati tahakkuk ve ihtiyati haciz yetkisinin davacı idarenin takdirinde olduğu, kesinleşmiş bir yargı kararına gerek olmadığı, delillerin takdirinde bir tespit kararına gerek olmadığı, idarenin yapması gerekenin açık ve emredici bir hüküm olduğu, tespit hükmü ile idari işlemlerden dolayı gidilecek kanun yollarında sorunlara neden olunabileceği, ihtiyati tedbir istemi için de hukuki yararın olmadığı gerekçesiyle davanın ve ihtiyati tedbir talebinin hukuki yarar yokluğundan ayrı ayrı reddine karar verilmiştir.[...]"<sup>12</sup>

Ancak, her ne kadar hukuki görünüş bakımından üçüncü kişiler nezdinde bir ortaklık ilişkisinin bulunmaması sebebiyle AATUHK'nın 35. maddesinin gizli ortaklara uygulanmayacağı yönünde bir değerlendirme yapılabilecek olsa da, gizli ortaklığın tespit edilmesi durumunda kamu borçlarına ilişkin olarak idare tarafından gizli ortağın da sorumlu tutulabilmesi mümkün olabilecektir. Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bir kararında bu hususu şu şekilde ifade etmektedir:

"[...Mahkemece, tüm dosya kapsamına göre, davalı şirketlerin limited şirket olduğu

companies are limited liability companies and the company partners are not personally liable for the debts of the company except for public debts, the plaintiff's receivable is a receivable based on Law No. 6183, the plaintiff "Administration" can execute provisional seizure and precautionary assessments on the personal assets of the partners of the defendant company registered in the trade registry, if the plaintiff is of the opinion that the defendants are secret partners of the defendant company without allowing the defendants to bereave their property, the execution of provisional seizure and precautionary assessments on the property, and the dismissal of the main lawsuit and the merged lawsuits on the grounds that there is no need for a declaratory judgement for the tax office to perform its administrative duties."<sup>13</sup>

Regarding the partners other administrative liabilities, different consequences may occur depending on the partnership's subject and/or the partners' legal status (such as being a civil servant or not being a Turkish citizen).

Ultimately, it can be said that secret partners cannot be held liable as he/she cannot take any legal action to protect the rights of the company in his/her name and/or on behalf of the company, and cannot be a party in any dispute between the company and third parties since the secret partner does not have any legal relationship with the company in the presence of third parties.

## VI. CONCLUSION

A secret partner, who is a shareholder in the profit and loss of a company in line with his/her participation share, is not subject to current legal regulations in Turkish Law and therefore does not establish a direct relationship in terms of third parties. A partnership relationship can be established between a secret partner an apparent partner who has the right to manage. As a secret partnership agreement between the parties, it is not subject to any form in terms of validity. Considering these features and that a secret partnership relationship is an internal

ve şirket ortaklarının şirketin borçlarından kamu borçları hariç şahsen sorumlu olmadıkları, davacı alacağının 6183 sayılı Yasa'ya dayalı bir alacak olduğu, davacı idarenin davalı şirketin ticaret siciline kayıtlı ortaklarının şahsi malvarlığına da ihtiyati tahakkuk ve ihtiyati haciz işlemleri yapabileceği, eğer davacının davalıların davalı şirketin gizli ortakları olduğu kanaatinde ise davalıların mallarını kaçırmamasına mahal vermeden mallar üzerine ihtiyati tahakkuk ve ihtiyati haciz uygulaması ayrıca vergi dairesinin de idari görevlerini yapması için bir tespit kararına gerek olmadığı gerekçesiyle asıl dava ve birleşen davalıların reddine karar verilmiştir. [...]"<sup>13</sup>

Ortakların diğer idari sorumluluklarına ilişkin olarak ise ortaklığın konusuna ve/veya ortakların hukuki statüsüne (devlet memuru olmak, Türk vatandaşı olmamak gibi) göre farklı sonuçlar meydana gelebilecektir.

Nihai olarak, gizli ortağın, gizli ortak olunan şirket ile hukuki görünüm bakımından üçüncü kişiler nezdinde herhangi bir ilişkisi bulunmaması sebebiyle, gizli ortak olunan şirketin haklarını korumak amacıyla ortak sıfatıyla kendi adına ve/veya şirket adına herhangi bir hukuki aksiyon alamayacağı ve şirket ile üçüncü kişiler arasındaki herhangi bir uyuşmazlıkta taraf sıfatını haiz olmayacağı dikkate alındığında gizli ortağın sorumluluğuna gidilemeyeceği söylenebilecektir.

## VI. SONUÇ

Günümüzde Türk Hukuku bakımından kanuni bir düzenlemeye konu olmayan, üçüncü kişiler bakımından görünürde doğrudan bir ilişki kurmayan, sağladığı katılma payı doğrultusunda şirketin karına ve zararına ortak olan gizli ortak ile yönetim hakkını elinde bulunduran görünürde ortak arasında kurulan ortaklık ilişkisi olarak tanımlanabilecektir. Taraflar arasında geçerlilik bakımından herhangi bir şekle tabi olmayan gizli ortaklık sözleşmesinin varlığından bahsedilebilecektir. Bu anlamda, gizli ortaklık sözleşmesine ilişkin unsurlar dikkate alındığında gizli ortaklık ilişkisi bakımından TBK'nın 620.

## FOOTNOTE

<sup>12</sup> Court of Cassation 11. HD E.2017/1370 K.2018/6727 T.5.11.2018

<sup>13</sup> Court of Cassation 11.HD E.2016/7061 K.2018/2191 T.21.3.2018

## DİPNOT

<sup>12</sup> Yargıtay 11. HD E.2017/1370 K.2018/6727 T.5.11.2018

<sup>13</sup> Yargıtay 11.HD E.2016/7061 K.2018/2191 T.21.3.2018



## PART 5

## A SECRET PARTNERSHIP IS BASED ON A CONTRACT CONCLUDED BETWEEN THE PARTIES AND NOT CONDITIONED WITH A FORM REQUIREMENT REGARDING THE CONTRACT'S VALIDITY.

partnership, the provisions regarding ordinary partnerships regulated in Article 620 of TCO and subsequent articles are the most suitable for application.

A secret partnership is based on a contract concluded between the parties and not conditioned with a form requirement regarding the contract's validity. However, the mutual acts between the secret partner and the apparent partner in the secret partnership agreement should be regulated in a detailed and clear manner, avoiding any doubt or interpretation; the legal relationship between the parties should be established on a solid basis in a contractual context.

In practice, the secret partnership relationship is encountered mostly in the context of joint-stock companies and limited liability companies. As a secret partnership relationship within the structure of a joint-stock company, it may be possible to endorse the registered shares, which are issued in the name of the apparent partner, to the secret partner without recording the share transfer in the company share ledger. There is no opportunity for this in limited liability companies since the procedural rules, such as general assembly resolution and notary approval, are required for share transfer. However, there is no obstacle to establishing a secret partnership relationship.

Regarding the financial, administrative, and legal disadvantages of secret partners in secret partnership relationships in joint-stock and limited liability companies, it should be stated that the secret partner does not establish a relationship with the company of which he is a partner in the presence of third parties in terms of legal appearance.

For this reason, as a managerial risk, even if the secret partner is given a say in the company's management, the ordinary or extraordinary transactions are actually performed by the apparent partner and any actions the apparent partner takes contrary to this obligation are valid. However, in such a case that breaches the confidential partnership agreement, a claim based on a contractual breach may arise against the secret partner. A penalty clause may be assigned to the se-

maddesi ve devamında düzenlenmekte olan adi ortaklığa ilişkin hükümler, gizli ortaklık ilişkisi bir iç ortaklık ilişkisi olması durumu da göz önünde bulundurularak, uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı düzenlenmekte.

Gizli ortaklık, taraflar arasında akdedilen bir sözleşmeye dayanır ve bu sözleşmenin geçerliliğine ilişkin herhangi bir şekil şartı yoktur. Bununla birlikte gizli ortaklık sözleşmesinde gizli ortak ile görünürde ortak arasındaki karşılıklı edimler, herhangi bir kuşkuya veya yoruma yer bırakmayacak şekilde oldukça detaylı ve açık olarak düzenlenmeli; taraflar arasındaki hukuki ilişki sözleşmesel bağlamda sağlam bir zemine oturtulmalıdır.

Uygulamada gizli ortaklık ilişkisi özellikle anonim şirket ve limited şirket bağlamında karşımıza çıkabilmektedir. Anonim şirket yapısı içerisinde bir gizli ortaklık ilişkisinin oluşturulmak istenmesi halinde, görünürde ortağın adına düzenlenmiş olan nama yazılı hisse senetlerinin gizli ortağa ciro edilmesi ve şirket pay defterinin söz konusu pay devri yansıtılmadan hisse senetlerinin gizli ortak tarafından saklanması mümkün olabilecektir. Limited şirketler söz konusu olduğunda ise pay devri bakımından genel kurul kararı ve noter onayı alınması gibi usul kurallarının öngörülmesi sebebiyle böyle bir imkan mevcut olmamakla birlikte gizli ortaklık ilişkisi kurulmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Anonim ve Limited şirketlerde gizli ortakların gizli ortaklık ilişkisinin mali, idari ve hukuki sakıncalarına ilişkin olarak öncelikle belirtmek gerekir ki, gizli ortağın, gizli ortak olan şirket ile hukuki görünüm bakımından üçüncü kişiler nezdinde herhangi bir ilişkisi olmayacaktır. Bu sebeple yönetsel bir risk olarak, gizli ortaklık sözleşmesi ile gizli ortağın taraflar arasındaki ilişki bağlamında şirketin yönetiminde söz sahibi kılınması durumunda dahi, bu yükümlülüğe aykırı olarak görünürde ortak tarafından yerine getirilen olağan ya da olağanüstü işlemler geçersiz hale gelmemektedir. Bununla birlikte, böyle bir durumda gizli ortaklık sözleşmesinin ihlal edilmiş olması sebebiyle, görünürde ortağa karşı ileri sürülebilecek sözleşmesel ihlale dayanan bir talep hakkı gündeme gelebilecektir. Belirtilen işlemlerin geçerliliği sebebiyle doğabilecek riskin mümkün mertebe

cret partnership agreement to eliminate any risk that may occur due to the validity of the specified transactions and to ensure, as far as possible, that transactions are not made without the secret partner's consent, since it can act as a deterrent to the apparent partner. However, even if the apparent partner acts contrary to the relevant obligations despite the penalty clause, these transactions will be valid for third parties.

A secret partnership relationship known of by third parties or proved of by third parties does not present any change regarding the confidential partner's rights and obligations under private law. Concerning liability for public debts, a distinction should be made regarding joint-stock company partners and limited liability company partners. While it is accepted that joint-stock company partners are not liable for public debts, limited liability company partners are responsible for public debts in proportion to their shares. However, the Court of Cassation has recorded different decisions regarding the limited liability company secret partner's liability for public obligations. Nonetheless, if the company and the secret partner's organic connection is established, the courts may impose obligations on those individuals.

bertaraf edilebilmesi adına, işlemlerin gizli ortağın onayı olmadan yapılmamasını fiilen sağlayabilmek adına, gizli ortaklık sözleşmesine görünürde ortak bakımından caydırıcı olabilmesi sebebi ile cezai şart bedeli tayan edilebilir. Fakat cezai şarta rağmen görünürde ortak tarafından ilgili yükümlülükler aykırı davranılması durumunda dahi, bu işlemler üçüncü kişiler nezdinde geçerli olacaktır. Gizli ortaklık ilişkisinin üçüncü kişiler tarafından bilinmesi ya da bu gizli ortaklık ilişkisinin üçüncü kişiler tarafından ispatlanması özel hukuk bağlamında gizli ortağın hak ve yükümlülüklerine ilişkin herhangi bir değişiklik arz etmeyecektir. Kamu borçlarından sorumluluk hususunda ise anonim şirket ortakları ve limited şirket ortakları bakımından bir ayırım yapılmalıdır. Anonim şirket ortaklarının kamu borçlarından dolayı sorumlu olmayacağı kabul edilmekteyken, limited şirket ortakları payları oranında kamu borçlarından sorumlu olacaktır. Ancak, limited şirketin gizli ortağı bulunan kimseler bakımından kamu borçlarından sorumluluğa ilişkin Yargıtay'ın farklı kararları mevcuttur. Bununla birlikte, şirket ile gizli ortak arasındaki organik bağın tespit edilmesi durumunda, mahkemeler tarafından çeşitli sorumluluk davalarında şirket ile organik bağı olan kişilere borç yükleyen sorumluluk kararları da verilebilmektedir.

GİZLİ ORTAKLIK, TARAFLAR ARASINDA AKDEDİLEN BİR SÖZLEŞMEYE DAYANIR VE BU SÖZLEŞMENİN GEÇERLİLİĞİNE İLİŞKİN HERHANGİ BİR ŞEKİL ŞARTI YOKTUR.

## BIBLIOGRAPHY

**BÜŞRA BAŞ**, "Adi Ortaklığın Yönetimi, Yüksek", Lisans Tezi, İstanbul, 2019.

**EMRE TÜRKMEN**, "Adi Ortaklıkta Çıkma ve Çıkarılma", Doktora Tezi, İzmir, 2019.

**FATİH BİLGİLİ**, Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri, Ankara, 2003.

**NAMİ BARLAS**, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul, 2016.

**REHA POROY, ÜNAL TEKİNALP, ERSİN ÇAMOĞLU**, Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul, 2019.

**TAMER BOZKURT**, Şirketler Hukuku, Ankara, 2020.

## KAYNAKÇA

**BÜŞRA BAŞ**, Adi Ortaklığın Yönetimi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019

**EMRE TÜRKMEN**, Adi Ortaklıkta Çıkma ve Çıkarılma, Doktora Tezi, İzmir 2019

**FATİH BİLGİLİ**, Türk Ortaklıklar Hukukunda Gizli Ortaklık İlişkileri, Ankara 2003

**NAMİ BARLAS**, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 2016

**REHA POROY, ÜNAL TEKİNALP, ERSİN ÇAMOĞLU**, Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul 2019

**TAMER BOZKURT**, Şirketler Hukuku, Ankara 2020

### DELIVERY AND ACCEPTANCE OF THE WORK IN CONTRACTS OF WORK

#### ESER SÖZLEŞMELERİNDE ESERİN TESLİMİ VE KABULÜ

CELAL ŞAMİL DEMİRCİ

#### ABSTRACT

The contract of work which has been regulated between the Articles 470 and 486 of the Turkish Code of Obligations numbered 6098 (hereinafter referred to as "TCO") is a type of synallagmatic and consensual contract in which the contractor undertakes an obligation to perform a work while the employer which is the other party to such agreement is obligated to pay the fee for the work. Among the related articles, various obligations of the contractor related to the work has been regulated and as per the first paragraph of Article 477 of the TCO such obligations related to the work of the contractor shall be terminated after the implicit or explicit acceptance of the work by the employer. In this article, conditions of the delivery of the work, procedures for the acceptance of the work and liability of the contractor for the defective work has been analyzed.



#### KEYWORDS

CONTRACTS OF WORK, DELIVERY OF THE WORK, ACCEPTANCE OF THE WORK, DEFECTIVE FULFILMENT, LACK OF FULFILMENT

#### ÖZET

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (bundan sonra "TBK" olarak anılacaktır) 470. ile 486. maddeleri arasında düzenlenen eser sözleşmesi, taraflardan biri olan yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, bunun karşılığında sözleşmenin diğer tarafı olan iş sahibinin de bir bedel ödemeyi üstlendiği iki tarafa borç yükleyen, rızai bir sözleşme türüdür. İlgili maddeler arasında yüklenicinin esere ilişkin çeşitli borçları düzenlenmiş olup yüklenicinin bu borçlarının sona ermesinin TBK'nın 477. maddesinin ilk fıkrasında eserin işsahibi tarafından açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra sona ereceği düzenlenmiştir. Bu makalede de eserin tesliminin şartlarını, eserin kabulünün nasıl yapılacağı ve yüklenicinin esere ilişkin ayıplardan sorumluluğu incelenmiştir.



#### ANAHTAR KELİMELER

ESER SÖZLEŞMELERİ, ESERİN TESLİMİ, ESERİN KABULÜ, AYIPLI İFA, EKSİK İFA



## PART 6

In this article, firstly, conditions for the valid delivery of work in contract of works will be examined and then acceptance of the delivered work by the employer and provisions in case of employer rejects the work due to defective or incomplete work will be dwelled on.

Bu makalede öncelikle eser sözleşmelerinde eserin tesliminin geçerli bir şekilde yapılmasının şartları incelenecek, sonrasında teslim edilen eserin işsahibince kabulü ve işsahibinin eserin ayıplı veya eksik olması sebebiyle kabul etmemesi durumunda uygulanacak hükümler üzerinde durulacaktır.

## I. INTRODUCTION

Contracts of work are type of contracts that are regulated within the TCO and where the contractor is obliged to create a work.

With the definition made in the TCO, inaccurate terms like "against price" and "production of something" which used for the contract of work in the abolished Turkish Code of Obligations numbered 818 have been fixed. The term "price" is often used to define the cost of goods. Moreover, "something" in the "production of something" is actually refers to "work" and it is more appropriate to use "create" rather than "production" due to fact that changes to be made to an existing work can be subject to contract of work.<sup>1</sup>

The scope of "work" which defined in TCO has not specified. Turkish Language Society, has defined the work as "the product created by labour, artwork".<sup>2</sup> So indeed, in the doctrine, a creation of work which can be determined objectively and is a material or intangible result due to a specific work would be a subject to contract of works.<sup>3</sup> Accordingly, including construction of a building situations like placing an ad on the newspaper, filling the teeth, a project created by an architect, fireworks show would also considered as a subject to the contract of works.

## I. GİRİŞ

Eser sözleşmeleri, TBK'da düzenlenen ve yüklenicinin eser meydana getirme borcunu üstlendiği sözleşmelerdir.

TBK'da yapılan tanım ile eski 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmeleri için kullanılan "semen mukabilinde" ve "bir şey imalini" şeklindeki hatalı ibareler düzeltilmiştir. Çünkü "semen" terimi genellikle bir malın satış bedelini ifade etmek için kullanılmaktadır. Ayrıca, eski kanunda yer alan "bir şey imal" ibaresindeki "şey" ile "eser" kastedilmekte ve "imal" sözcüğü yerine, mevcut bir eser üzerinde yapılacak değişikliklerin de eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilmesi sebebiyle, "meydana getirme" sözcüklerinin kullanılması daha uygun düşmektedir.<sup>1</sup>

TBK'da tanımlanan "eser" kelimesinin kapsamı ise tam olarak belirlenmemiştir. Türk Dil Kurumu, eser kavramını "Emek sonucu ortaya konan ürün, yapıt" olarak tanımlamıştır.<sup>2</sup> Gerçekten de, öğretide, tespiti objektif olarak mümkün olan, belirli bir çalışma sonucu bir maddi veya maddi olmayan sonucun meydana getirilmesi eser sözleşmesinin konusunu oluşturacaktır.<sup>3</sup> Buna göre bir binanın meydana getirilmesinin yanı sıra gazeteye ilan verilmesi, dişe dolgu yaptırılması, bir mimarın yarattığı proje, havai fişek gösterisi gibi durumlar da eser sözleşmesinin konusuna girebilecektir.



Within the scope of TCO, there are 7 (seven) obligations of the contractor in contract of works. These obligations are as follows; (i) carrying out the work with adherence and diligence, (ii) carrying out the work directly by himself/herself, (iii) procurement of equipment and material, (iv) notification as general, (v) commencing the works timely and continuation the work thereafter. The other 2 (two) obligations of the contractor, which are also subject to this article, are delivery of the work which has created by him/her and contractor's liability for the defective work. In this regard, in this article, firstly, conditions for the valid delivery of work in contract of works will be examined and then acceptance of the delivered work by the employer and provisions in case of employer rejects the work due to defective or incomplete work will be dwelled on. Lastly, reviewed subjects will be evaluated.

## II. DELIVERY OF THE WORK IN CONTRACT OF WORKS

Conditions of the delivery for the work by the contractor, or even obligation of the delivery itself, is not regulated in the TCO. However, in the doctrine, due to concept of "delivery" mentioned in various articles of TCO,

TBK kapsamında eser sözleşmelerinde yüklenicinin 7 (yedi) adet borcu bulunmaktadır. Bu borçlar sırasıyla; (i) işi sadakat ve özenle yapma borcu, (ii) işi doğrudan doğruya kendisinin yapması borcu, (iii) araç, gereç ve malzeme sağlama borcu, (iv) genel ihbar borcu, (v) işe zamanında başlama ve devam etme borcu şeklindedir. Bu makalenin konusunu oluşturan yüklenicinin diğer 2 (iki) borcu ise yüklenicinin meydana getirdiği eseri teslim etme borcu ile yüklenicinin esere ilişkin ayıba karşı tekeffül sorumluluğudur. Buna göre, bu makalede öncelikle eser sözleşmelerinde eserin tesliminin geçerli bir şekilde yapılmasının şartları incelenecek, sonrasında teslim edilen eserin işsahibince kabulü ve işsahibinin eserin ayıplı veya eksik olması sebebiyle kabul etmemesi durumunda uygulanacak hükümler üzerinde durulacaktır. Son bölümde, incelenen konuların değerlendirilmesi yapılacaktır.

## II. ESER SÖZLEŞMELERİNDE ESERİN TESLİMİ

TBK'da eserin yüklenici tarafından nasıl teslim edileceği ve hatta teslim borcunun kendisi de düzenlenmemiştir. Ancak, öğretide, TBK'nın muhtelif maddelerinde geçen "teslim" kavramı sebebiyle

## FOOTNOTE

1 Reason of the Turkish Code of Obligations numbered 6098 - Article 470.

2 sozluk.gov.tr Date of Access:17.06.2020.

3 Yavuz, Cevdet (2019). Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler). İstanbul, Beta Yayınları. s. 544.

## DİPNOT

1 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Gerekçesi - Madde 470.

2 sozluk.gov.tr Erişim Tarihi:17.06.2020.

3 Yavuz, Cevdet (2019). Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler). İstanbul, Beta Yayınları. s. 544.

## PART 6

it is accepted that in addition to contractor's obligation to create the work, contractor's obligation to deliver the work is its principal obligation.<sup>4</sup> In practice, it is observed that various mechanisms has been developed regarding the delivery of the work. For instance, for the delivery of the work within the scope of the contract, two-stage mechanisms such as "completion" and "final completion" are established, as well as only one-stage acceptance mechanisms.

In addition, within the scope of TCO, delivery of the work to the employer free of any defects is one of the primary obligation of the contractor. Accordingly, it is not sufficient to merely deliver the work to the contractor in order to discharge from this liability but also the work should not contain any defects at the same time. With the delivery of the work to the employer free of any defects and acceptance of such work by the employer, contractor's liability regarding the work is terminated and employer is become liable for such work. However, even though acceptance of the work performed by the employer, as per Article 477 of the TCO, contractor is still be liable for the hidden defects contained in the work.

Employer may always avoid to receive the defective or incomplete work. With this, employer can the contractor in default and may use its elective rights granted to him as specified in the TCO. However, if employer receives and accepts the work even if it is defective, contractor's obligation to deliver the work and liability to defective work terminates. In this respect, it is important to determine the received date of the work and time of performance.

Unless otherwise specified in the contract, general principles of the TCO shall be applied on determining the delivery date of the work.<sup>5</sup> In Article 89 of the TCO, it is regulated that specific obligations (obligations involving a non-substitutable item) will be executed at the subject obligation's place when the contract is established. From this point of view, one can state that delivery of the works regarding immovable property will be executed at the place of such property. Delivery of the work for the movable property

yüklenicinin eseri meydana getirmenin yanı sıra teslim etmesinin de asli yükümlülükleri arasında yer aldığı kabul edilmektedir.<sup>4</sup> Uygulamada ise eserin teslimi açısından çeşitli mekanizmaların geliştirildiği görülmektedir. Örneğin, sözleşme kapsamındaki eserin teslimi için "geçici kabul" ve "kesin kabul" şeklinde iki aşamalı mekanizmalar kurulduğu gibi sadece tek aşamalı kabul mekanizmalarına da rastlanmaktadır.

Ayrıca, eser sözleşmeleri için TBK tahtında yüklenicinin eseri "ayıpsız" bir şekilde iş sahibine teslim etmesi yüklenicinin esas borçlarından biridir. Buna göre, yüklenicinin bu borçtan kurtulması için eseri iş sahibine teslim etmesi yeterli olmamakta, eserin aynı zamanda herhangi bir ayıp içermemesi gerekmektedir. Eserin ayıpsız bir şekilde iş sahibine teslimi ve eserin iş sahibi tarafından kabulü ile birlikte yüklenicinin eser bakımından sorumluluğu sona ermekte ve esere ilişkin bütün hasarlardan iş sahibi sorumlu olmaktadır. Ancak, eser iş sahibi tarafından kabul edilse bile yüklenicinin esere ilişkin gizli ayıplar bakımından sorumluluğu TBK'nın 477. maddesi uyarınca devam etmektedir.

İş sahibi ayıplı ya da eksik olarak imal edilmiş eseri teslim almaktan her zaman kaçınılabılır. Bu şekilde davranan iş sahibi yükleniciyi temerrüde düşürerek TBK'da kendisine tanımış olduğu seçimlik haklarını kullanabilir. Ancak iş sahibi ayıplı olsa da meydana getirilen eseri teslim alınca yüklenicinin eseri teslim borcu ve esere ilişkin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu sona erer. Bu bakımdan, eserin teslim alındığı an ve ifa zamanının belirlenmesi önem arz etmektedir.

Sözleşmede aksi belirtilmediği sürece eserin teslim edildiği zamanın belirlenmesinde TBK'nın genel hükümleri uygulama bulur.<sup>5</sup> TBK'nın 89. maddesinde parça borçlarının sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yerde ifa edileceği belirtilmiştir. Buradan hareketle taşınmaz eşyalara ilişkin eserlerin teslimi ilgili eserin bulunduğu yerde gerçekleşecektir. Taşınır eşyalara ilişkin eserlerin teslimi ise taşınır eşyanın zilyetliğinin

will be considered as executed when possession of such property transferred to employer. In case of materials used in the creation of the work supplied by the contractor, both possession and ownership of the work must be transferred to the employer.<sup>6</sup>

The delivery date of the work usually set out in the contract. However, in case of such time does not specified in the contract, Article 90 of the TCO shall be applied. According to the relevant article, all obligations become due at the time of birth of such obligation. However, as specified in Article 90 of the TCO, while determining the due date of the obligation, one must take into consideration the legal relationship between the parties. Thus, it is hard to state that obligation of the delivery of the

iş sahibine devri ile gerçekleşecektir. Taşınır eşyaya ilişkin eserde kullanılan malzemenin yüklenici tarafından sağlanması durumunda ilgili eşyanın mülkiyetinin de geçirilmesi gerekmektedir.<sup>6</sup>

Eserin teslim edileceği zaman genellikle sözleşmede belirtilir. Ancak, sözleşmede böylesi bir süre belirtilmemesi durumunda TBK'nın 90. madde hükümleri uygulama alanı bulacaktır. İlgili maddeye göre her borç doğduğu andan itibaren muaccel olacaktır. Ancak, TBK'nın 90. maddesinde de belirtildiği üzere, bu belirleme yapılırken hukuki ilişki göz önüne alınmalıdır. Buradan hareketle eserin teslimi borcunun ilgili sözleşmenin kurulduğu

Employer may always avoid to receive the defective or incomplete work.

İş sahibi ayıplı ya da eksik olarak imal edilmiş eseri teslim almaktan her zaman kaçınılabılır.

work is become due at the time of contract is established, due to nature of the contract of the work. If the parties did not specified the time of performance within the contract, this gap will be filled in accordance with the nature of the work and parties' hypothetical intention. While doing this, the time that an expert will normally spend in order to finish the work during the creation of the subject matter will be taken into account.<sup>7</sup>

Subsequent to delivery of the work in to the employer in accordance with the contract and the TCO, employer shall be liable for all risks and benefits of the work. Moreover, as per Article 479 of the TCO, with the delivery of the work, employer's obligation to pay the price regarding the work will become due.

anda muaccel olacağını söylemek eser sözleşmelerinin niteliği gereği çok zordur. Sözleşmede taraflar ifa zamanını belirtmediği takdirde bu boşluk için niteliği ve tarafların farazi iradelerine göre doldurulacak ve bu yapılırken de somut olaya konu eserin meydana getirilmesi sırasında deneyimli bir uzmanın normal halde işi bitirmek için harcayacağı süre göz önünde tutulacaktır.<sup>7</sup>

Eserin sözleşme ve TBK hükümlerine uygun olarak iş sahibine teslim edilmesi akabinde esere ilişkin yarar ve hasar iş sahibine geçer. Ayrıca, eserin teslim edilmesi ile birlikte TBK'nın 479. maddesi uyarınca iş sahibinin esere ilişkin bedeli yükleniciye ödeme borcu muaccel olacaktır.

## FOOTNOTE

4 Yavuz, Cevdet (2019). Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler). İstanbul, Beta Yayınları. s. 562; Yılmaz, Suha. (2019). Eser Sözleşmelerinde Eseri Teslim Borcunun Vadesi. Master Thesis, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

5 Yavuz, Cevdet (2019). Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler). İstanbul, Beta Yayınları. s. 562.

6 Yılmaz, Suha. (2019). Eser Sözleşmelerinde Eseri Teslim Borcunun Vadesi. Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

7 Yavuz, Cevdet. (2019). Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler). İstanbul, Beta Yayınları. s. 563.

## DİPNOT

4 Yavuz, Cevdet (2019). Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler). İstanbul, Beta Yayınları. s. 562; Yılmaz, Suha. (2019). Eser Sözleşmelerinde Eseri Teslim Borcunun Vadesi. Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

5 Yavuz, Cevdet (2019). Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler). İstanbul, Beta Yayınları. s. 562.

6 Yılmaz, Suha. (2019). Eser Sözleşmelerinde Eseri Teslim Borcunun Vadesi. Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

7 Yavuz, Cevdet. (2019). Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler). İstanbul, Beta Yayınları. s. 563.



## PART 6

## III. ACCEPTANCE OF THE WORK IN CONTRACT OF WORK

Acceptance is a declaration of intention which can be declared by employer and consists that work does not include any defect, it is in accordance with the contract and work is suitable for the purposes specified in the contract. With the acceptance of the work employer declares that work does not consist any defects and employer shall not claim any defect related to the work. However, even the work is accepted by the employer as explained below, the contractor's liability for the implicit defects will continue.

As per Article 474 of TCO, upon the delivery of the work, the employer shall examine such work as soon as possible with regards to the natural flow of life and if an implicit defect is determined, the employer shall inform the contractor within a reasonable time. Article 477 of TCO regulates that the work may be accepted either by an implicit or explicit declaration of intent.<sup>8</sup> In this respect, besides being able to accept the work by an explicit declaration of intent, the employer may also accept the work explicitly. It's important to note that if the employer fails to examine and inform the contractor about the implicit defects, the work will be deemed as accepted.

At this point, it is necessary to mention the actual use of the work as to the acceptance of the work with an implicit declaration of intent. In some of its decisions, the Turkish Court of Cassation concludes that the actual use of the work may be an assumption for the acceptance of the work even if the intent of acceptance isn't declared.<sup>9</sup> Accordingly, the actual use of the work without an implicit or explicit declaration of intent maybe be interpreted by the Court as an acceptance of the employer. More than that, in case of the employer utilizes the work and then he/she claims that the work hasn't been accepted, it can be considered as a breach of the rule of good faith regulated in Article 2 of the Turkish Civil Code. Nevertheless, it's important to mention that this approach of the Court of Cassation is not absolute, meaning that the actual use is not always equal to the acceptance. For instance, in a court case related to the deficient delivery of subway construction, the Turkish Court of Cassation stated that even the payments of progress and the finalization of invoices do

## III. ESER SÖZLEŞMELERİNDE ESERİN KABULÜ

Kabul, işsahibi tarafından verilen, eserin herhangi bir ayıp içermediğine ve eserin sözleşmeye ve sözleşme ile elde edilmek istenen amaca uygun olduğuna dair irade beyanıdır. Eserin işsahibi tarafından kabulü ile işsahibi eserin herhangi bir ayıp içermediğini ve esere ilişkin herhangi bir ayıp iddiasında bulunmayacağını beyan etmektedir. Ancak, aşağıda da anlatıldığı üzere, eser işsahibi tarafından kabul edilse bile yüklenicinin esere ilişkin gizli ayıpları devam edecektir.

Eserin tesliminden sonra işsahibi TBK'nın 474. maddesi uyarınca işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır. TBK'nın 477. maddesinde eserin kabulünün açık veya örtülü irade beyanıyla gerçekleşeceği belirtilmiştir.<sup>8</sup> Bu bakımdan işsahibi eseri açık bir irade beyanıyla ortaya koyabileceği gibi işsahibi eseri örtülü bir şekilde de kabul edebilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, iş sahibi, eseri gözden geçirmeyi ve yükleniciye ayıp bildiriminde bulunmayı ihmal ederse, eseri kabul etmiş sayılacaktır.

Burada, eserin örtülü bir irade beyanıyla kabul edilmesine ilişkin olarak eserin fiili kullanımından bahsetmek gerekir. Yargıtay, bazı kararlarında esere ilişkin kabul yapılmaya bile ilgili eserin işsahibi tarafından fiilen kullanılmaya başlanmasını eserin işsahibince kabul edildiği şeklinde bir varsayıma varmaktadır.<sup>9</sup> Bu doğrultuda, işsahibi kendisine teslim edilen eser bakımından açık veya örtülü bir beyanda bulunmaya bile ilgili eseri fiilen kullanmaya başlaması durumunda Yargıtay bu durumu eserin işsahibince kabul edildiği şeklinde yorumlayabilecektir. Ayrıca, işsahibinin eseri fiilen kullanmaya başlaması fakat sonradan ilgili eseri kabul etmediğini ileri sürmesi Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca dürüstlük kurallarına aykırılık olarak değerlendirilebilecektir. Ancak, Yargıtay'ın bu tutumunun mutlak olmadığını, başka bir ifadeyle eserin işsahibi tarafından fiilen kullanımının her zaman kabul anlamına gelmeyeceğini belirtmek gerekmektedir. Örnek olarak, metro inşaatının eksik teslim edilmesine ilişkin bir olayda Yargıtay, hak edişlerin yapıp faturaların kesinleşmesinin bile eserin teslim edildiği anlamına gelmediği-

not necessarily mean the work has been delivered.<sup>10</sup> In this regard, each case should be separately evaluated within its own circumstances to determine whether the process of acceptance has concluded or not.

The acceptance of the work by the employer ends the obligations of the contractor. However, if the work isn't accepted by the employer due to the defect and the conditions of the liability of the contractor listed between Article 474 and 478 of TCO are fulfilled, the contractor may be held responsible.

Another confusion confronted in practice is about detecting whether a work which has been delivered is defective or it is incomplete. In contracts of work, it's crucial and as difficult to distinguish between these two terms. While the Court of Cassation defines defective work as the absence of qualities that should normally exist or work with features that should not exist according to the contract or the provisions of the law, incom-

Economic Integrity is considered to present if one of the companies controls legally or actually controls other company or companies.

Ekonomik Bütünlük, şirketlerden birinin diğerini ya da diğerlerini hukuki ya da fiili olarak kontrol etmesi olarak tanımlanmıştır.

plete work is defined as the work that has never or partially never been done.<sup>11</sup> In the same decision, the Court stated that an expert's report is needed to determine which situations originate an incomplete work.

Additionally, another point to mention is the divisibility of the main subject of a contract of work. For incomplete work to exist, the work subject to the contract should be divisible. In other words, if the completed part of the work can be separated from the incomplete part and used independently, the employer may claim an incomplete work.<sup>12</sup>

The legal consequences of the defective work and the incomplete work are explained below:

ni belirtmiştir.<sup>10</sup> Bu doğrultuda, eser bakımından kabul işlemlerinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespit edilmesinde mevcut koşullar göz önüne alınarak her olay bakımından ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Eserin işsahibi tarafından kabulü ile birlikte yüklenicinin eser bakımından sorumluluğu sona erecektir. Ancak, eserin kusurlu olması sebebiyle işsahibi tarafından kabul edilmemesi ve TBK'nın 474. ve 478. maddeleri arasında sayılan yüklenicinin eserdeki ayıptan sorumlu tutulabilmesinin şartlarının gerçekleşmesi halinde yüklenicinin sorumluluğuna gidilebilecektir.

Uygulamada ortaya çıkan bir karışıklık da eserin ayıplı mı olduğuna yoksa eserin eksik olarak teslim edildiğine ilişkindir. Eser sözleşmelerinde eksik iş ile ayıplı işin ayrımının yapılması oldukça önemlidir ve bir o kadar da zordur. Yargıtay, ayıplı işin eserde sözleşme ve yasa hükümlerine göre normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken bozuklukların bulunması olarak tanımlarken eksik işi

## DİPNOT

<sup>8</sup> Köseoğlu, Can Barış. (2017). Eser Sözleşmesi Kapsamında Ayıp ve Bildirimi. Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mersin.

<sup>9</sup> Yargıtay 21. HD. E. 2008/7313 K. 2008/8470 T. 3.6.2008; İstanbul BAM, 15. HD. E. 2019/12 K. 2019/375 T. 26.3.2019; İstanbul Anadolu 9. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2018/575 K. 2019/387, T. 16.4.2019

<sup>10</sup> Yargıtay 15. HD. E. 2014/3272 K. 2014/5970 T. 22.10.2014

<sup>11</sup> Yargıtay 23. HD. E. 2014/1106 K. 2014/5941 T. 25.9.2014

<sup>12</sup> Gür, Mustafa. (2016). Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları. Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir.

## FOOTNOTE

<sup>8</sup> Köseoğlu, Can Barış. (2017). Eser Sözleşmesi Kapsamında Ayıp ve Bildirimi. Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mersin.

<sup>9</sup> Yargıtay 21. HD. E. 2008/7313 K. 2008/8470 T. 3.6.2008; İstanbul BAM, 15. HD. E. 2019/12 K. 2019/375 T. 26.3.2019; İstanbul Anadolu 9. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2018/575 K. 2019/387, T. 16.4.2019

<sup>10</sup> Yargıtay 15. HD. E. 2014/3272 K. 2014/5970 T. 22.10.2014

<sup>11</sup> 2014/5941 T. 25.9.2014

<sup>12</sup> Gür, Mustafa. (2016). Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları. Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir.

## PART 6

## A. Defective Fulfillment

If the delivered work doesn't comply with the qualifications stipulated in the contract of work or does not have the necessary qualifications to be present in the work in accordance with the principle of trust, it will result in the defectiveness of the work and the contractor will be responsible in accordance with Article 474 and 478 of the TCO. In this case, the employer is not obliged to accept the work and he/she may apply to the contractor for the removal of the defects as per Article 475 of TCO.

Hereby the defective performance should be determined. In Turkish legislation, defects about the work can be gathered under two headings. These defects are as follows:

**Explicit Defect:** Explicit defects are those that can be noticed by an examination after the delivery of the work. The liability of the contractor for such defects ends with the acceptance of the work by the employer. In the event that such defects are detected, the employer may exercise optional rights specified in article 475 of TCO. These optional rights as follows:

- i. revocation of contract
  - ii. receiving the work as delivered and requesting a discount
  - iii. requesting the removal of the defects unless it costs unproportioned amount
- According to the Article 478 of TCO, the above-mentioned rights of the employer for the works delivered defective expire after
- i. 2 (two) years in movable structures,
  - ii. 5 (five) years in immovable structures and
  - iii. 20 (twenty) years regardless of the nature of the work in cases where the contractor is in seriously defective.

**Implicit Defect:** The implicit defects are those that can not be revealed after control or an examination to be made on the work and can be only noticed after the use of the work or the defects hidden in the work by the contractor intentionally. The liability of the contractor in terms of these defects continues even after the acceptance of the work by the employer. However, according to the paragraph 3 of article 477 of TCO, the em-

## A. Ayıplı İfa

Teslim edilen eserin eser sözleşmesinde öngörülen niteliklere uymaması veya güven ilkesi uyarınca eserde bulunması gerekli niteliklere sahip olmaması, eserin ayıplı olması sonucunu doğuracak ve TBK'nın 474. ila 478. maddeleri uyarınca yüklenicinin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu durumda, işsahibi eseri kabul etmekle yükümlü olmayıp TBK'nın 475. maddesi uyarınca ilgili ayıpların giderimi için yükleniciye başvurabilecektir.

Burada eserin ayıplı ifasının ne olduğu belirtilmelidir. Türk mevzuatında eser hakkındaki ayıplar 2 (iki) başlık altında toplanabilir. Bu ayıplar aşağıdaki şekildedir:

**Açık Ayıp:** Açık ayıplar, eserin tesliminden sonra işsahibi tarafından eserin kontrolü ile ortaya çıkabilecek ayıplardır. Bu tür ayıplar bakımından yüklenicinin sorumluluğu eserin işsahibi tarafından kabulü ile sona ermektedir. Bu tür ayıpların tespiti halinde işsahibi TBK'nın 475. maddesinde belirtilen seçimlik haklarını kullanabilir. Bu seçimlik haklar aşağıda sıralandığı şekildedir:

- i. sözleşmeden dönme,
  - ii. eseri alıkoymak bedelden indirim veya
  - iii. aşırı bir masraf gerektirmemesi şartıyla eserdeki ayıbın giderilmesini isteme.
- TBK'nın 478. maddesine göre, ayıplı teslim edilen eserler için işsahibinin yukarıda bahsedilen hakları;
- (i) taşınır yapılarda 2 (iki) yıl,
  - (ii) taşınmaz yapılarda 5 (beş) yıl ve
  - (iii) yüklenicinin ağır kusurlu olduğu hallerde eserin niteliğine bakılmaksızın 20 (yirmi) yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

**Gizli Ayıp:** Gizli ayıplar, eserde gerçekleştirilecek kontrol ve muayene ile ortaya çıkamayacak ve eserin kullanımı ile fark edilebilecek veya eserde yüklenici tarafından kasten gizlenen ayıplardır. Bu ayıplar bakımından yüklenicinin sorumluluğu eserin işsahibi tarafından kabulü sonrasında da devam etmektedir. Ancak, TBK'nın 477. maddesinin 3. fıkrasına göre işsahibi gizli ayıplar ortaya çıktıktan sonra gecikmeksizin durumu yükleniciye

ployer shall notify the contractor without delay after the implicit defects appear, otherwise it's deemed to have accepted the work.

## B. Lack of Fulfilment

Another common situation in practise is the incomplete performance of the contractor in terms of work. In the case of incomplete performance, there is no completed and delivered work. The situation here is that the works that are justifiable expected from the contractor have never been done.

What is the defective work is not defined in the laws, to determine it is left to the jurisprudence and doctrine. According to the Court of Cassation, the defective work in contracts of work is defined as "the work which is not done in the amount shown in the project with the contract and its annexes, or some of the manufactures not made but have been agreed to be made or that should be made due to the nature of the work and whose current version is accepted by the employer."<sup>13</sup> In the continuation of the same decision, it is stated that the costs of the defective work can be requested at any time during the period of limitation, without the need to submit a reservation claim. It is even stated that there will be no interpretation that the employer is deemed and may not ask for the costs of the defective work due to the fact that the employer made temporary and definitive admissions without reservation and is delayed in giving a warning.

In the event that the work is incomplete, the employer cannot use the elective rights specified in Article 475 of the TCO. This is because the above-mentioned alternative rights can only be used in cases where the relevant work is "defective".

The employer can remedy the losses caused by the contractor's incomplete work in accordance with the general provisions of the TCO. In this context, in accordance with Article 125 of the TCO, the employer, due to the losses caused by the incomplete work of the contractor may use the alternative rights listed below:

- i. To request the same performance of the debt (in other words, requesting the completion of the incomplete work) and requesting the compensation of the damage caused by

bildirmek zorundadır; aksi takdirde eseri kabul etmiş sayılır.

## B. Eksik İfa

Uygulamada sık görülen bir diğer durum ise yüklenicinin eser bakımından eksik ifası durumudur. Eksik ifa durumunda ortada tamamlanmış ve teslim edilmiş bir eser bulunmamaktadır. Buradaki durum yükleniciden tamamlanmasının beklenmesi haklı olan işlerin hiç yapılmamış olmasıdır.

Eksik işin ne olduğu kanunlarda tanımlanmamış, bunun belirlenmesi içtihat ve öğretiyeye bırakılmıştır. Yargıtay'a göre eser sözleşmelerinde eksik iş "işin sözleşme ve ekleri ile projesinde gösterilen miktarda yapılmaması ya da kararlaştırılan veya işin niteliği itibarıyla yapılması gereken bazı imalatların yapılmamış ve mevcut halini iş sahibinin kabul ettiği eser (iş)"<sup>13</sup> şeklinde tanımlanmaktadır. Aynı kararın devamında eksik iş bedelinin ihtirazi kayıtları sürmeye gerek olmaksızın zamanaşımı süresi içinde her zaman istenmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir. Hatta işsahibinin geçici ve kesin kabulleri çekincesiz yapması ve ihtar çekmekte gecikmesi nedeniyle işsahibinin kusurlu kabul edilip eksik işe dair bedelleri isteyemeyeceği şeklindeki yorumun söz konusu olmayacağı belirtilmiştir.

Eseri eksik olması halinde işsahibi, TBK'nın 475. maddesinde belirtilen seçimlik haklarını kullanamaz. Bunun nedeni, yukarıda belirtilen seçimlik hakların sadece ilgili eserin "ayıplı" olduğu durumlarda kullanılabilmesidir.

İşveren, yüklenicinin eksik işinden kaynaklanan zararlarını TBK'nın genel hükümlerine uyarınca giderebilir. Bu kapsamda, işsahibi, TBK'nın 125. maddesi uyarınca, yüklenicinin eksik iş dolayısıyla uğradığı zararlardan ötürü;

- i. borcun aynen ifa edilmesini isteme (bir başka ifadeyle eksik işin tamamlanmasını isteme) ve borcun ifasının gecikmesi sebebiyle uğradığı zararın tazminini isteme veya
- ii. sözleşmeden dönerek borcun ifa edilmesinden dolayı doğan zarar kalemlerini isteme

## FOOTNOTE

<sup>13</sup> Yargıtay 15. HD. E. 2011/485 K. 2012/1218 T. 1.3.2012

## DİPNOT

<sup>13</sup> Yargıtay 15. HD. E. 2011/485 K. 2012/1218 T. 1.3.2012



## PART 6

the delay of the performance of the debt.  
ii. To revoke the contract and request compensation for the loss arising from the non-performance of the debt.

At the same time, the statute of limitations regarding the use of these alternative rights will be subject to the periods specified in Article 147 of the TCO. Accordingly, receivables arising from the failure of the contractor to fulfill its obligations are subject to a 5 (five) year of the limitation period. Receivables to be claimed by the employer due to incomplete work will also be subject to the relevant 5 (five) years of limitation.

## IV. CONCLUSION

Contracts of work are amongst the types of contracts frequently encountered in practice and are widely used in many areas. In this regard, it's very important to determine under which conditions the work can be accepted and whether the work is defective or incomplete and to clarify the results connected to them.

In our article, first of all, the difference between delivery and acceptance of the work is specified. It has been determined that the delivery of the work to the employer by the contractor doesn't mean the acceptance of the work by the employer and the contractor will continue to be under obligation for the work even if the work is delivered. With the delivery of the work to the employer, the owner is obliged to examine the work according to the usual flow of the works and report any defects if exist.

Secondly, the acceptance of the work is emphasized. Acceptance of the work can be made with the explicit or implicit declaration of intent of the employer. Accordingly, the employer can verbally acknowledge that he/she accepts the work as delivered to him/her with a report to be signed regarding the work. Also, the actual use of the work by the employer may mean acceptance of the work.

In case the work is defective, the employer should report this to the contractor without delay. If the work is defective, the employer may use one of the alternative rights to revoke the contract, the receive the work as delivered and to request a discount from the price, to request the removal of the defect in the work provided that it does not require excessive costs. In order for the Principal to

teme seçimlik haklarından birini kullanabilir. Aynı zamanda, bu seçimlik hakların kullanımına ilişkin zamanaşımı TBK'nın 147. maddesinde belirtilen sürelerle tabi olacaktır. Buna göre yüklenicinin yükümlülüklerini ifa etmemesinden doğan alacaklar 5 (beş) yıllık zamanaşımına tabidir. İş sahibinin eksik iş dolayısıyla talep edeceği alacaklar da ilgili 5 (beş) yıllık zamanaşımına tabi olacaktır.

## IV. SONUÇ

Eser sözleşmeleri, uygulamada sıkça karşılaşılan ve birçok alanda kullanımı yaygın olan sözleşme türlerindedir. Bu bakımdan, eser sözleşmelerinde eserin hangi koşullarda kabul edilebileceği ve eserin ayıplı veya eksik olup olmadığının tespiti ve bunlara bağlanan sonuçların netleştirilmesi oldukça önem arz etmektedir.

Çalışmamızda öncelikle eserin teslimi ve kabulü arasındaki fark belirtilmiştir. Eserin, yüklenici tarafından iş sahibine salt tesliminin eserin iş sahibi tarafından kabul anlamına gelmeyeceği ve eser teslim edilse bile yüklenicinin eser bakımından sorumluluğunun devam edeceği saptanmıştır. Eserin iş sahibine teslimi ile iş sahibi, işlerin olağan akışına göre eseri gözden geçirmek ve varsa ayıpları bildirmekle yükümlüdür.

İkinci olarak, eserin kabulü üzerinde durulmuştur. Eserin kabulü iş sahibinin açık veya örtülü irade beyanıyla yapılabilir. Buna göre, iş sahibi eseri kabul ettiğini sözlü olarak ikrar edebilir veya esere ilişkin imzalayacağı bir tutanak ile eseri kendisine teslim edildiği şekilde kabul ettiğini belirtebilir. Ayrıca, eserin iş sahibi tarafından fiilen kullanılmaya başlanması da eserin kabulü anlamına gelebilecektir.

Eserin ayıplı olması durumunda iş sahibi bunu gecikmeksizin yükleniciye bildirmelidir. Eserin ayıplı olması halinde iş sahibi sözleşmeden dönme, eseri alıkoyup bedelden indirim isteme veya aşırı bir masraf gerektirmemesi şartıyla eserdeki ayıbın giderilmesini isteme seçimlik haklarından birini kullanabilir. İş sahibinin TBK'nın 475. maddesindeki seçimlik hak-

exercise his/her alternative rights in Article 475 of the TCO, the delivered work must not comply with the qualifications stipulated in the legislation and the contract.

However, if the work is a work that can be used by dividing and the divisible part is not delivered to the employer at all, in other words, if a work is not performed at all, the employer will be able to compensate the damages according to the general provisions in the 125th article of the TCO instead of the alternative rights in the 475th article of the TCO. The reason for this is that the alternative rights listed in Article 475 of the TCO can only be used in the event that the work is defective. In the absence of work or work that has been delivered and completed, the existence of a defective work cannot be mentioned, and therefore, the alternative rights regarding the defective work cannot be exercised. In right to demand compensation for the damaged caused by the delay of the execution of the debt and the delay of the execution of the debt pursuant to Article 125 of the TCO, or to claim the damages arising from the failure of the debt by revoking the contract.

larını kullanabilmesi için teslim edilen eserin mevzuatta ve sözleşmede öngörülen niteliklere uymaması gerekmektedir.

Ancak, eserin bölünerek kullanılabilir nitelikte bir iş olması ve bölünebilen kısmının iş sahibine hiç teslim edilmemesi, bir başka ifadeyle bir işin hiç yapılmaması durumunda, iş sahibi TBK'nın 475. maddesinde yer alan seçimlik haklar yerine TBK'nın 125. maddesindeki genel hükümlere göre zararlarını giderebilecektir. Bunun sebebi, TBK'nın 475. maddesinde yer alan seçimlik hakların sadece eserin ayıplı olması ihtimalinde kullanılabilir seçimlik haklar olmasından kaynaklanmaktadır. Ortada teslim edilen ve tamamlanan bir eser veya iş bulunmaması halinde ayıplı bir eserin varlığından söz edilemeyecek ve dolayısıyla ayıplı esere ilişkin seçimlik haklar kullanılamayacaktır. Bu durumda iş sahibi TBK'nın 125. maddesi uyarınca borcun aynen ifası ile borcun ifasının gecikmesi sebebiyle uğradığı zararın tazminini isteme veya sözleşmeden dönerek borcun ifa edilmemesinden dolayı doğan zararlarını isteme haklarından birini kullanabilir.

## BIBLIOGRAPHY

CEVDET YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16. Baskı, İstanbul 2019

SUHA YILMAZ, Eser Sözleşmelerinde Eseri Teslim Borcunun Vadesi. Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi.

MUSTAFA GÜR, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları. Yaşar Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi.

CAN BARIŞ KÖSEOĞLU, Eser Sözleşmesi Kapsamında Ayıp ve Bildirimi. Çığ Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi.

Yargıtay 21. HD. E. 2008/7313 K. 2008/8470 T. 3.6.2008;

İstanbul BAM, 15. HD. E. 2019/12 K. 2019/375 T. 26.3.2019;

İstanbul Anadolu 9. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2018/575 K. 2019/387, T. 16.4.2019

Yargıtay 15. HD. E. 2014/3272 K. 2014/5970 T. 22.10.2014

Yargıtay 23. HD. E. 2014/1106 K. 2014/5941 T. 25.9.2014

Yargıtay 15. HD. E. 2011/485 K. 2012/1218 T. 1.3.2012

## KAYNAKÇA

CEVDET YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16. Baskı, İstanbul 2019

SUHA YILMAZ, Eser Sözleşmelerinde Eseri Teslim Borcunun Vadesi. Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi.

MUSTAFA GÜR, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları. Yaşar Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi.

CAN BARIŞ KÖSEOĞLU, Eser Sözleşmesi Kapsamında Ayıp ve Bildirimi. Çığ Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi.

Yargıtay 21. HD. E. 2008/7313 K. 2008/8470 T. 3.6.2008;

İstanbul BAM, 15. HD. E. 2019/12 K. 2019/375 T. 26.3.2019;

İstanbul Anadolu 9. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2018/575 K. 2019/387, T. 16.4.2019

Yargıtay 15. HD. E. 2014/3272 K. 2014/5970 T. 22.10.2014

Yargıtay 23. HD. E. 2014/1106 K. 2014/5941 T. 25.9.2014

Yargıtay 15. HD. E. 2011/485 K. 2012/1218 T. 1.3.2012

## DETERMINATION OF THE LAW APPLICABLE TO ELECTRONIC CONSUMER AGREEMENTS MADE THROUGH WEBSITES

İNTERNET SİTELERİ ARACILIĞIYLA KURULAN ELEKTRONİK TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

AHMET TAYYİB ERENOĞLU

### ABSTRACT

In line with the possibilities of technology, consumers can now meet their many needs through websites without physical contact and make agreements accordingly. The determination of the law to be applied in consumer agreements involving foreign elements is a very important factor for consumers dealing with large-sized businesses. Despite the fact that the law to be applied to these agreements, which, generally, consumers cannot negotiate, is determined by these large commercial companies, which are the other party to the agreement, Article 26 of the Law on International Private Law and Procedural Law has introduced a minimum protection mechanism for foreign consumers. Thanks to this mechanism, consumers have the same protection they have in their own country if they make an agreement with a business in a different country.

### ÖZET

Teknolojinin getirdiği imkanlar doğrultusunda artık tüketiciler fiziksel temasa girmeden internet siteleri üzerinden pek çok ihtiyaçlarını karşılayabilmekte ve bu doğrultuda sözleşmeler yapmaktadır. Yabancı unsurlu tüketici sözleşmelerinde uygulanacak hukukun tespiti ise devasa işletmelerin karşısında bulunan tüketiciler için çok önemli bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Tüketicilerin çoğunlukla müzakere edemediği bu sözleşmelere uygulanacak hukukun sözleşmenin diğer tarafı olan ticari işletmeler tarafından belirlenmesi durumuna karşın Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 26. maddesi tüketicilere asgari anlamda bir koruma mekanizması getirmiştir. Bu mekanizma sayesinde tüketiciler kendi ülkelerinde sahip oldukları korumaya farklı ülkede yer alan bir işletme ile sözleşme yapmaları durumunda da sahip olacaklardır.



### KEYWORDS

CONSUMER, CONSUMER AGREEMENTS, LAW ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND PROCEDURAL LAW, CLICK-WRAP AGREEMENTS, ELECTRONIC AGREEMENTS, CHOICE OF LAW



### ANAHTAR KELİMELER

TÜKETİCİ, TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİ, MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN, CLICK-WRAP SÖZLEŞMELER, ELEKTRONİK SÖZLEŞMELER, HUKUK SEÇİMİ



## PART 7

Given the way the internet now impacts people's lives and developed and altered traditional habits, it has been inevitable that this has had a profound effect on the law. One of the most important benefits that the internet brings to consumers is that they are able to easily fulfil their needs.

İnternetin insanların hayatlarına girişi, gelişmesi ve eski geleneksel alışkanlıkları değiştirmesi ile hukuku da derinden etkilemesi kaçınılmaz olmuştur. İnternetin tüketicilere getirdiği en önemli yararlarından birisi de ihtiyaçlarını karşılayabilecek duruma gelmiş olmalarıdır.

## I. INTRODUCTION

Given the way the internet now impacts people's lives and developed and altered traditional habits, it has been inevitable that this has had a profound effect on the law. One of the most important benefits that the internet brings to consumers is that they are able to easily fulfil their needs. Millions of individuals around the world provide products and services that consumers want to purchase through websites, and these consumers make agreements with commercial enterprises operating in different parts of the world in an electronic environment. In this situation, there is a need for international protection against the large-scale commercial enterprises on the opposite side of these agreements (click-wrap agreements), agreements which consumers mostly enter with a "single click" on websites. Because consumers do not have the opportunity to negotiate the terms of agreements with the companies in question, as party to these agreements, there is a risk that the consumer becomes subject to the law of a country other than that where the consumer is located. Here, the issue of what law is to be applied to agreements is a critical question in terms of protecting the consumer in future disputes. We will examine these issues in our article.

## I. GİRİŞ

İnternetin insanların hayatlarına girişi, gelişmesi ve eski geleneksel alışkanlıkları değiştirmesi ile hukuku da derinden etkilemesi kaçınılmaz olmuştur. İnternetin tüketicilere getirdiği en önemli yararlarından birisi de ihtiyaçlarını karşılayabilecek duruma gelmiş olmalarıdır. Dünya üzerinde milyonlarca birey, almak istedikleri ürünleri ve hizmetleri internet siteleri üzerinden sağlamakta ve elektronik ortamda dünyanın farklı bölgelerinde faaliyet gösteren ticari işletmeler ile sözleşmeler yapmaktadırlar. Bu durumda tüketicilerin internet siteleri üzerinden çoğunlukla "tek bir tıklama" ile kurdukları bu sözleşmelerin (click-wrap sözleşmeleri) karşı tarafında yer alan büyük ölçekli ticari işletmeler karşısında milletlerarası düzeyde korunması ihtiyacı söz konusu olmuştur. Çünkü tüketiciler bu sözleşmelere taraf olurken söz konusu işletmeler ile sözleşmelerin şartları hususunda müzakere etme gibi bir fırsat olmadığından sözleşmede tüketicinin bulunduğu ülkenin hukukundan farklı bir ülkenin hukukuna tabi olacağı şeklinde bir düzenleme yer alması durumunda tüketicilerin hiç bilmedikleri ülkenin kanunlarıyla karşı karşıya kalma riski bulunmaktadır. İşte bu dünyanın sözleşmelere uygulanacak hukukun ne olacağı hususu, daha sonrasında çıkabilecek ihtilaflarda tüketicinin korunması açısından kritik bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Biz de makalemizde bu hususları mercek altına alacağız.



## II. DEFINITION OF ELECTRONIC TRADE

With developments in technology, consumers are now in a position where they can carry out necessary market research and comparison on a global scale and pay for the goods and services they receive without the need for physical contact with the producer. The concept of electronic commerce, which is described as the whole process that brings producers and consumers together, is defined by the World Trade Organization as "production, advertising, sales, and distribution of goods and services over telecommunication networks".

In this way, electronic agreements concluded by parties can be expressed as agreements made using internet tools in an electronic environment.<sup>1</sup>

The transfer of goods and services between businesses and consumers was traditionally carried out by telephone, television, and fax. After the establishment of the internet and its opening up to the use of businesses and consumers, such transactions developed under the leadership of the virtual stores Amazon and e-bay, involving the sale of goods, from computers to food products, and the provision of services.<sup>2</sup>

## II. ELEKTRONİK TİCARET TANIMI

Teknolojide yaşanan gelişmelerle birlikte tüketiciler ihtiyaç duydukları mal ve hizmetleri üreticiyle fiziki olarak karşı karşıya bulunmaya gerek kalmadan, gerekli pazar araştırması ve karşılaştırmasını küresel çapta yaparak ve aldığı mal ve hizmetlerin ödemesini yine sanal ortamda gerçekleştirebileceği duruma gelmiştir. Üreticileri ve tüketicileri bir araya getiren sürecin tamamı olarak nitelendirilen elektronik ticaret kavramı Dünya Ticaret Örgütü tarafından "Mal ve hizmetlerin üretim, reklam, satış ve dağıtımlarının telekomünikasyon ağları üzerinden yapılmasıdır" olarak tanımlanmıştır. Bu doğrultuda tarafların akdettiği elektronik sözleşmeler ise elektronik ortamda internet araçları kullanılarak yapılan sözleşmeler olarak ifade edilebilir.<sup>1</sup>

Mal ve hizmetlerin işletmeden tüketiciye satılması ve buna ilişkin işlemler; telefon, televizyon, faks gibi geleneksel araçlarla gerçekleştirilmekteydi. İnternet ağının oluşturulması işletmelere ve tüketicilerin kullanımına açılmasının ardından "Amazon" ve "e-bay" internet siteleri önderliğinde gelişen işletme ve tüketici arası işlemler, bugün geldiği noktada sanal mağaza uygulamaları ile bilgisayardan otomobile, gıda ürünlerinden danışmanlık hizmetlerine kadar pek çok mal satışı veya hizmet teminine ilişkin sözleşmeleri kapsamaktadır.<sup>2</sup>

## FOOTNOTE

<sup>1</sup> Hatice Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmeden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul, 2003, p. 5;

<sup>2</sup> Serdar Canbaz, Elektronik Ticaret, Edirne, 2003, p. 48

## DİPNOT

<sup>1</sup> Hatice Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmeden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul, 2003, s. 5;

<sup>2</sup> Serdar Canbaz, Elektronik Ticaret, Edirne, 2003, s. 48

## PART 7

## A. Types of Electronic Commerce

## 1. In Terms of Type of Subject Product

As mentioned above, all kinds of products and services such as food, clothing, furniture, computer programs, consultancy services can now be subject to electronic commerce.<sup>3</sup> There is a distinction between direct and indirect electronic commerce, which depends on the nature of the products and services and whether or not performance takes place on the internet.<sup>4</sup>

## a. Indirect Trade

Indirect trade is trade in which, due to its nature, the performance of the act can only take place physically, even though transactions such as advertising, marketing, and payment of goods or services can be performed online.<sup>5</sup>

For example, while the processes involved in the transaction, including payment for products with a material nature such as books, mobile phones, and computers can take place on the internet, it is not possible to deliver the products in question on the internet.

## b. Direct Trade

Direct trade involves commercial transactions in which all of the performance from the beginning to the end of the agreement is carried out on the internet.<sup>6</sup>

Direct trade consists of intangible goods or services that can be distributed, downloaded, and used worldwide though digitalization, for example computer programs and consulting or information services in some branches, and consequently are suitable for performing on the internet without physical contact.<sup>7</sup>

## 2. In Terms of the Parties

Electronic commerce is divided into sub-models according to the status of the parties and their commercial relationship: business-to-business (B2B), business-to-consumer (B2C), consumer-to-consumer (C2C), and business-to-administration (B2A).<sup>8</sup>

## a. Business-to-Business Electronic Commerce

Business-to-business transactions can be carried out over the internet, as well as on a closed network system established between

## A. Elektronik Ticaret Türleri

## 1. Konu Olan Ürünlerin Niteliği Bakımından

Yukarıda da belirttiğimiz üzere gıda, giyim, mobilya, bilgisayar programları, danışmanlık hizmetleri gibi her türlü ürün ve hizmetler elektronik ticarete konu olabilmektedir.<sup>3</sup> Bu ürün ve hizmetlerin niteliğine bağlı olarak ifalarının internet ortamında gerçekleşip gerçekleşmesine göre doğrudan ve dolaylı elektronik ticaret ayrımı söz konusu olmaktadır.<sup>4</sup>

## a. Dolaylı Ticaret

Dolaylı ticaret, bir mal ya da hizmetin reklamı, pazarlanması ve bedelinin ödenmesi gibi işlemler çevrim içi olarak gerçekleştirilebilmesine rağmen, mahiyeti gereği edimin ifasının ancak fiziki olarak gerçekleşebildiği ticaret türüdür.<sup>5</sup> Örneğin kitap, cep telefonu, bilgisayar gibi maddi bir niteliğe sahip olan ürünlerin ticaretine dair ödeme dahil önceki süreçlerin hepsi, internet ortamında gerçekleşebiliyorken söz konusu ürünlerin tesliminin internet ortamında gerçekleşmesi mümkün değildir.

## b. Doğrudan Ticaret

Doğrudan ticaret, sözleşmenin başından sonuna kadar gerçekleşen ifaların tamamının internet ortamında gerçekleştirildiği ticari işlemlerdir.<sup>6</sup>

Doğrudan ticaretin konusunu ise, bilgisayar programları gibi dijital hale getirilerek dünya çapında dağıtılabilen, yüklenebilen, kullanılabilen ürünler ile bazı dallarda danışmanlık yapılması veya bilgi verilmesi hizmetleri gibi maddi olmayan ve buna bağlı olarak fiziksel bir temas olmadan internet ortamında ifa edilmeye elverişli mal veya hizmetler oluşturmaktadır.<sup>7</sup>

## 2. Taraflar Bakımından

Elektronik ticaret, taraflarının sahip olduğu sığa göre alt modellere ayrılmaktadır. Elektronik ticaret, ticari ilişkiye taraf olanların sıfatına göre; işletmeler arası işlemler (business to business, B2B), işletmelerle tüketiciler arası işlemler (business to consumer, B2C), tüketiciler arası işlemler (consumer to consumer, C2C) işletmelerle idare arası işlemler (business to administration, B2A) gibi ayrıma tabi tutulmaktadır.<sup>8</sup>

## a. İşletmeler Arası Elektronik Ticaret İşletmeler arası işlemler, internet üzerinden

parties that have a continuous business relationship and therefore know each other.<sup>9</sup>

In this model, the seller company conveys the information of its products to the buyer enterprise via the internet, and the buyer business creates an order for the products. Upon receipt of the order, the seller company sends the products to the buyer business.<sup>10</sup>

## b. Business-to-Consumer Electronic Commerce

Consumer transactions are those related to the supply of goods and services to meet personal or family needs.<sup>11</sup> As well as furniture, books, and clothing, consumers can purchase services such as online courses, language training, psychology consultancy through company websites.

Electronic transactions based on an individual user selling to another consumer constitute a business model between consumers.

Bireysel kullanıcının bir ürünü diğer bir tüketiciye satması üzerine kurulu olan elektronik işlemler, tüketiciler arası ticaret modelini oluşturmaktadır.

## c. Consumer-to-Consumer Electronic Commerce

Electronic transactions based on an individual user selling to another consumer constitute a business model between consumers.<sup>12</sup> In addition to selling homemade products, cars, and clothing through various intermediary websites that bring users together, individuals can offer and buy online services, for example courses through sites such as www.udemy.com.

## d. Business-to-Administration Electronic Commerce

This is a transaction that takes place in the electronic environment between enterprises and government institutions. Examples of the B2A trade model include a company paying its taxes, selling its goods or services to government agencies, and delivering tender specifications to relevant parties on the internet.<sup>13</sup>

gerçekleşebileceği gibi, daha çok aralarında sürekli iş ilişkisi olan, dolayısıyla birbirini tanıyan taraflar arasında kurulan kapalı ağ sistemi üzerinde de sağlanabilir.<sup>9</sup>

Bu modelde internet aracılığı ile satıcı işletme, ürünlerinin bilgisini alıcı işletmeye ulaştırmakta; alıcı işletme ürünler için sipariş oluşturmaktadır. Yapılan sipariş üzerine, satıcı işletme, ürünleri alıcı işletmeye göndermektedir.<sup>10</sup>

## b. İşletmelerle Tüketiciler Arası Elektronik Ticaret

Tüketici işlemleri, kişisel veya ailevi ihtiyaçları karşılamak üzere yapılan mal ve hizmet teminine ilişkin işlemlerdir.<sup>11</sup> Tüketiciler ihtiyaç duydukları mobilya, kitap, giyim veya internetin gelişmesiyle birlikte online bir kurs, dil eğitimi, psikoloji danışmanlık gibi mal ve hizmetleri işletmelerin internet siteleri üzerinden satın alabilirler.

## DİPNOT

3 Gamze Turan, Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti, İstanbul, 2008, s. 89;

4 Özdemir Kocasakal, p. 89.

5 Aslıhan Çoban, Elektronik Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Mahkemelerin Millîterarası Yetkisi, Ankara, s. 9.

6 Kocasakal Özdemir, s. 26;

7 Kocasakal Özdemir, s. 26;

8 Ulvi Altınışık, Elektronik Sözleşmeler, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003, s. 25-26.

9 Kocasakal Özdemir, s. 27.

10 Gazanfer Erbaşlar ve Şükran Dokur, Elektronik Ticaret. Ankara, Nobel Akademik Yayıncılık, 2016, s. 59-65.

11 Kocasakal Özdemir, s. 30;

12 Aslıhan Çoban, s. 12,

13 Aslıhan Çoban, s. 12

## FOOTNOTE

3 Gamze Turan, Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti, İstanbul, 2008, p. 89;

4 Özdemir Kocasakal, p. 89.

5 Aslıhan Çoban, Elektronik Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Mahkemelerin Millîterarası Yetkisi, Ankara, p. 9.

6 Kocasakal Özdemir, p. 26;

7 Kocasakal Özdemir, p. 26;

8 Ulvi Altınışık, Elektronik Sözleşmeler, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003, p. 25-26.

9 Kocasakal Özdemir, p. 27.

10 Gazanfer Erbaşlar ve Şükran Dokur, Elektronik Ticaret. Ankara, Nobel Akademik Yayıncılık, 2016, p. 59-65.

11 Kocasakal Özdemir, p. 30;

12 Aslıhan Çoban, p. 12

13 Aslıhan Çoban, p. 12



## PART 7

## III. ELECTRONIC CONSUMER AGREEMENTS

Although making electronic agreements digitally over the internet is a distinctive mix of features, the type of agreement we examine here is consumer agreements between businesses and consumers. With today's technology, while consumers benefit from the fruits of electronic commerce, such as being integrating with the global market, examining products, researching, comparing, finding the most economic, and being able to perform all these actions quickly, protecting consumers from the unequal power of large-size businesses has become an important issue. Due to this, material norms that protect the inexperienced and economically and socially weaker party to agreements have begun to be accepted.<sup>14</sup>

Article 3 of the Law on Consumer Protection defines consumer transactions as involving "goods or services markets, including public legal entities acting for commercial or professional purposes, all kinds of agreements and legal transactions between real or legal persons acting on their account and consumers, including works, transportation, brokerage, insurance, power of attorney, banking, and similar agreements". Clause F of the same article defines a consumer as a "Real or legal person acting for commercial or non-professional purposes". In this respect, consumer agreements can be defined as agreements established between persons acting for commercial or non-professional purposes and persons acting for commercial or professional purposes. The important point here is that the adjectives of the parties will be the decisive point in defining an agreement as a consumer agreement.

Electronic consumer agreements, on the other hand, can be defined as agreements that occur between consumers and people acting for commercial or professional purposes in the digital environment or on the internet.

## III. ELEKTRONİK TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİ

Elektronik sözleşmelerinin internet üzerinden ve dijital ortamda yapılması ayırt edici bir özellik olarak karşımıza çıkmakla birlikte, bizim burada inceleyeceğimiz sözleşme türü ise işletmelerle tüketiciler arası gerçekleşen tüketici sözleşmeleri olacaktır. Sözleşmelerde taraflar arasında öngörülen irade muhtariyeti ilkesi, tüketici sözleşmelerinde tüketiciler açısından zararlı sonuçlar doğurabileceğinden, tarihsel süreç içinde etkisini kaybetmeye başlamıştır. Bundan dolayı sürece içerisinde, sözleşmenin diğer tarafına oranla tecrübesiz, ekonomik ve sosyal bakımdan zayıf konumda olan tarafı koruyucu maddi normlar kabul edilmeye başlanmıştır.<sup>14</sup>

Günümüz teknolojisinde tüketiciler küresel pazara entegre olma, ürünleri inceleme, araştırma, karşılaştırma, ekonomik olanı bulma ve bu süreçlerin hepsini hızlı bir şekilde gerçekleştirme gibi elektronik ticaretin sağladığı meyvelerden yararlanıyor, doğal olarak büyük işletmelerin karşılığında korunmaları da çok daha önemli bir mesele haline gelmiştir. Hangi işlemlerin tüketici işlemi olacağı sorusunu sorduğumuzda ise 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesi bu soruya cevap vermekte ve tüketici işlemi, "Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankaçılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi" şeklinde tanımlanmaktadır. Yine aynı maddenin f bendinde tüketici: "Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi" olarak tanımlanmaktadır. Bu itibarla, tüketici sözleşmeleri bir tarafında ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden kişiler ile ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden kişiler arasında kurulan akitler olarak tanımlanabilir. Buradaki önemli nokta bir sözleşmeyi tüketici sözleşmesi olarak tanımlayabilmek için tarafların sıfatlarının belirleyici nokta olacaktır.

Elektronik Tüketici Sözleşmeleri ise tüketici ve ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden kişiler arasında dijital ortamda veya internet ortamında meydana gelen sözleşmeler olarak adlandırılabilir.

## A. Establishment of Electronic Consumer Agreements Via Websites

In accordance with Article 1 of the Turkish Code of Obligations, the parties to an agreement are required to express their mutual and compatible wills in order for the agreement to be established. An electronic consumer agreement involves the declaration of a proposal prior to the declaration of intent and the subsequent declaration of acceptance being made online or digitally. The methods we encounter in the establishment of electronic consumer agreements are making agreements with communication tools such as websites, electronic mail, chat channels, or social media.<sup>15</sup> The tool we examine here is websites, which are the most widely used tool.

Businesses that want to offer their goods or services to the public via the internet create a website. Websites are used both to present information about products offered for sale and to place orders for these products.<sup>16</sup>

Displaying goods by showing prices on websites is considered within the scope of the provision of "Displaying the goods by showing the price or sending the tariff, price list, or the like, unless otherwise clearly and easily understood, is considered a proposal" as regulated in paragraph 2 of Article 8 of the Turkish Code of Obligations.<sup>17</sup> The predominantly defended view in the doctrine is that information on products on websites should be accepted as an invitation to action, not a requirement. According to this view, it is accepted that requirement can only be realized by filling the order form on the internet user's website.<sup>18</sup>

However, if the information on the website includes the essential elements of an agreement, such as the price of the goods or services and the basic features of the products, and does not contain a statement indicating that the seller or the service provider is not bound by the offer made, it should be accepted as a requirement.<sup>19</sup>

## A. Elektronik Tüketici Sözleşmelerinin İnternet Siteleri Aracılığıyla Kuruluşu

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 1. maddesi uyarınca sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini açıklamaları gerekmektedir. İrade beyanlarından önce gelen öneri beyanının ve sonra gelen kabul beyanının internet veya dijital ortamda gerçekleşmesi halinde elektronik tüketici sözleşmelerinden bahsediyor olacağız. Elektronik tüketici sözleşmelerinin kuruluşunda karşımıza çıkan yöntemler ise, internet siteleri, elektronik posta, sohbet kanalı kullanımını veya sosyal medya gibi iletişim araçları ile sözleşmelerin yapılmasıdır.<sup>15</sup> Bizim burada inceleyeceğimiz araç ise en yaygın olarak kullanılan internet siteleri olacaktır.

Yukarıda bahsettiğimiz mal veya hizmetlerini internet aracılığıyla halka sunmak isteyen işletmeler bu amaçla kendilerine bir internet sitesi oluştururlar. İnternet siteleri, hem satışa sunulan ürünlerle ilgili bilgilerin sunulması, hem de bu ürünlerle ilgili siparişlerin verilmesi için kullanılmaktadır.<sup>16</sup>

İnternet siteleri üzerinden fiyat gösterilerek mal sergilenmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 8. maddesi 2. fıkrasında düzenlenen "fiyatın gösterilerek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır" hükmünün kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>17</sup> Doktrinde ağırlıklı olarak savunulan görüş, internet sitelerinde ürünlere ilişkin yer alan bilgiler icap değil, icaba davet olarak kabul edilmesi yönündedir. Bu görüşe göre, icap, ancak internet kullanıcısının internet sitesinde yer alan sipariş formunun doldurulmasıyla gerçekleşebileceği kabul edilmektedir.<sup>18</sup>

Ancak internet sitelerinde yer alan bilgiler, mal veya hizmetlerin fiyatı, ürünlerin temel özellikleri gibi sözleşmenin objektif bakımdan esaslı unsurlarını içermesi ve satıcı veya hizmet sunan tarafın yapmış olduğu teklifi ile bağlı olmadığını gösteren bir ifadeyi içermesi halinde, icap olarak kabul edilmelidir.<sup>19</sup>

## FOOTNOTE

<sup>14</sup> Vahit Doğan, Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması, Milletlerarası Hukuk Bülteni, 1995, p. 1-2,

<sup>15</sup> Aslıhan Çoban, s. 22,

<sup>16</sup> Ulvi Altınışık, Elektronik Sözleşmeler, Ankara, Seckin Yayınları, 2003, p. 46.

<sup>17</sup> Sinan Sami Akkurt, Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 2011, p. 38;

<sup>18</sup> Kocasakal Özdemir, p. 56

<sup>19</sup> Kocasakal Özdemir, p. 63

## DİPNOT

<sup>14</sup> Vahit Doğan, Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması, Milletlerarası Hukuk Bülteni, 1995, s. 1-2,

<sup>15</sup> Aslıhan Çoban, s. 22,

<sup>16</sup> Ulvi Altınışık, Elektronik Sözleşmeler, Ankara, Seckin Yayınları, 2003, s. 46.

<sup>17</sup> Sinan Sami Akkurt, Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 2011, s. 38.

<sup>18</sup> Kocasakal Özdemir, s. 56

<sup>19</sup> Kocasakal Özdemir, s. 63

## PART 7

## IV. DETERMINATION OF THE LAW APPLICABLE TO ELECTRONIC CONSUMER AGREEMENTS

The issue of determining the law applicable to agreements becomes important where electronic agreements involve foreign elements. In order for a consumer agreement to have a foreign element, elements such as the place where the agreement is made or the place of performance of the acts must be located in a country other than the country where the consumer is located. This criterion should also be taken as the basis in terms of consumer agreements established via the internet.<sup>20</sup> The rules of conflict of laws apply in agreements established on the internet that bear a foreign element. Article 24 of International Private and Civil Procedure Law ("IPCPL") numbered 5718 stipulates two subjective and objective binding rules in the determination of the law to be applied to such agreements.<sup>21</sup>

## A. Choice of Law in Electronic Consumer Agreements

In accordance with Article 24/1 of the IPCPL, the parties to an agreement have the right to determine the law applicable to that agreement. However, in agreements where one of the parties is in a stronger position than the other, it is argued that there should not be a choice of law at all or that it should be limited to protect the weaker side.<sup>22</sup>

In agreements established within the framework of electronic commerce, it is accepted that the position of the parties of the agreement toward each other should be taken as the basis when determining whether the choice of law can be made validly.<sup>23</sup> In this respect, Article 26 of the IPCPL titled Consumer Agreements, beyond Article 24/1 of the IPCPL, is applied in agreements where one of the parties is commercial or professional and the other is a consumer: "Consumer agreements for the provision of goods or services or loans for professional or non-commercial purposes, are subject to the law chosen by the parties, without prejudice to the minimum protection that the consumer will have in accordance with the mandatory provisions of the law of habitual

## IV. ELEKTRONİK TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

Elektronik sözleşmelerin yabancılık unsuru içermesi halinde, bu sözleşmelere uygulanacak hukukun tespiti hususu gündeme gelmektedir. Bir tüketici sözleşmesinin yabancılık unsuru taşıması için, sözleşmenin yapıldığı yer veya edimlerin ifa yeri gibi unsurların tüketicinin mutad meskenin bulunduğu ülkeden farklı bir ülkede bulunması gerekmektedir. İnternet aracılığı ile kurulan tüketici sözleşmeleri açısından da bu kriter esas alınmalıdır.<sup>20</sup> İnternet ortamında kurulan ve yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerde kanunlar ihtilafı kuralları uygulama alanı bulacaktır. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un ("MÖHUK") 24. maddesinde sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde subjektif ve objektif iki grup bağlama kuralı öngörülmüştür.<sup>21</sup>

## A. Elektronik Tüketici Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi

MÖHUK 24/1. maddesi uyarınca taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyebilme hakkına sahiptirler. Ancak taraflardan birinin diğerine nazaran daha güçlü konumda olduğu sözleşmelerde hukuk seçiminin ya hiç kabul edilmemesi ya da zayıf tarafı koruyacak şekilde sınırlandırılması gerektiği savunulmaktadır.<sup>22</sup>

Elektronik ticaret çerçevesinde kurulan sözleşmelerde de, hukuk seçiminin geçerli olarak yapılıp yapılamayacağı belirlenirken, sözleşmenin taraflarının birbirleri karşısındaki konumunun esas alınması gerektiği kabul görülmektedir.<sup>23</sup> Bu itibarla taraflardan birinin ticari veya mesleki amaçla hareket eden işletmeler, diğerinin ise tüketici olduğu sözleşmelerde MÖHUK 24/1. maddesinden öte Tüketici Sözleşmeleri başlıklı MÖHUK 26/1. Maddesi uygulama alanı bulacaktır: "Mesleki veya ticari olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir." Madde uyarınca, Tüketici sözleşmeleri, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici

residence." Pursuant to the aforementioned Article, consumer agreements shall be subject to the law chosen by the parties, without prejudice to the minimum protection that the consumer has in accordance with the mandatory provisions of consumers' habitual residence law.

In click-wrap agreements, established by clicking the "I accept" button under the general conditions provided on the website, the provision is included in the general terms.<sup>24</sup>

Although there are many opinions in the doctrine regarding whether the provision regarding the applicable law, one of the general conditions in click-wrap agreements, is valid, Article 26/1 of the IPCPL also sets out the limit of validity and provides consumer protection. For example, where a company that operates in Sweden sells furniture to a consumer whose habitual residence is in Turkey, and the parties agree that Swedish

hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbi olacaktır.

İnternet sitesinde ilan edilen genel şartların altında yer alan "kabul ediyorum" butonunun tıklanması suretiyle kurulan click-wrap sözleşmelerde ise, hüküm genel şartlar içinde yer almaktadır.<sup>24</sup>

Doktrinde Click-wrap sözleşmelerinde genel şartlar arasında yer alan uygulanacak hukuka ilişkin hükmün, geçerli olup olmadığına ilişkin pek çok görüş bulunmakla birlikte MÖHUK 26/1. maddesi, ilgili hükmün geçerli olduğunu kabul edeceğimiz dünyada da, sınırı çizerek tüketiciyi koruma altına almıştır. Örneğin İsveç'te bulunan ve internet üzerinden Türkiye dahil olmak üzere pek çok ülkeye mobilya satan bir işletme ile bu işletmenin internet sitesinden evi için bir koltuk siparişi veren ve mutad meskeni Türkiye'de bulunan bir tüketici arasındaki click-wrap

In agreements established within the framework of electronic commerce, it is accepted that the position of the parties of the agreement toward each other should be taken as the basis when determining whether the choice of law can be made validly.

Elektronik ticaret çerçevesinde kurulan sözleşmelerde de, hukuk seçiminin geçerli olarak yapılıp yapılamayacağı belirlenirken, sözleşmenin taraflarının birbirleri karşısındaki konumunun esas alınması gerektiği kabul görmektedir.

Law applies to their click-wrap agreement performed through the Swedish company's website, were a dispute between the parties to arise, the consumer has the protection provided by Turkish Law if is not provided by Swedish Law.

sözleşmesinin ilgili maddesi uyarınca sözleşmeye İsveç Hukuku'nun uygulanacağı kabul edilmiş olsa da, taraflar arasında bir ihtilaf çıkması durumunda tüketici İsveç Hukuku'nun sağlamadığı Türk Hukuku'nun sağladığı korumaya sahip olacaktır.

## FOOTNOTE

<sup>20</sup> Gülin Güngör, İnternet Yoluyla Girişilen Elektronik Tüketici Aktilleri ve Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, AUHFD, 1997, p. 1-4, p. 107; Kocasakal Özdemir, s. 117.

<sup>21</sup> Rona Aybay - Esra Dardağan, Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilafı), İstanbul 2001, p. 216-217.

<sup>22</sup> Vahit Doğan, İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara 1996, p.43.

<sup>23</sup> Kocasakal Özdemir, p. 125.

<sup>24</sup> Kocasakal Özdemir, p. 127-128;

## DİPNOT

<sup>20</sup> Gülin Güngör, İnternet Yoluyla Girişilen Elektronik Tüketici Aktilleri ve Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, AUHFD, 1997, s. 1-4, s. 107; Kocasakal Özdemir, s. 117.

<sup>21</sup> Rona Aybay - Esra Dardağan, Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilafı), İstanbul 2001, s. 216-217.

<sup>22</sup> Vahit Doğan, İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara 1996, s.43.

<sup>23</sup> Kocasakal Özdemir, s. 125.

<sup>24</sup> Kocasakal Özdemir, s. 127-128;



## PART 7

**B. Determination of the Law Applicable According to the Objective Binding Rule**

If parties to an electronic consumer agreement do not determine which law will be applied, Article 26/2 of the IPCPL stipulates that the law of the place where the consumer is located, where the consumer is considered to be continuously living and has better knowledge of its protective provisions, shall be applied.<sup>25</sup> "If the parties have not made a choice of law, the customer's habitual residence law is applied."

Article 26 of the IPCPL stipulates the realization of one of the many conditions of the law of the place where the customer's habitual residence is located, and the rule of active activity of the merchant towards this country should be realized in terms of websites.<sup>26</sup> In consumer agreements established for purchases made on internet sites, it is claimed that if the consumer performs these transactions in another country on a portable computer, it must be accepted that the consumer performs these transactions in the place of his habitual residence until proven otherwise.<sup>27</sup>

**V. CONCLUSION**

Electronic agreement refers to agreements established through the internet. Although the internet here is only a tool, it will also find an application area in terms of electronic agreements to the extent that the rules in the Code of Obligations regarding the establishment of agreements, when they begin to have terms and results.<sup>28</sup> However, requests and acceptances made on a website are made digitally, unlike conventional tools. For consumers who fulfil their needs through websites of businesses located in another country, international law has introduced "the minimum protection that it will have in accordance with the mandatory provisions of the habitual residence law" in agreements in which the law is applied to protect the weaker party, the consumer. For example, a consumer in habitually resident in Turkey purchasing any product through Amazon.co will have the minimum protection under Turkish consumer law, even if it had been decided to apply American law in the agreement prepared by Amazon.

**B. Objektif Bağlama Kuralı Uyarınca Uygulanacak Hukukun Tespiti**

Elektronik tüketici sözleşmelerinde taraflar uygulanacak hukuku belirlememişlerse MÖHUK 26/2. maddesi tüketiciyi tüketicinin sürekli olarak yaşadığı ve kendisini koruyucu hükümlerini daha iyi bildiği kabul edilen, mutad meskenin bulunduğu yerin hukukunun uygulanacağını hüküm altına almıştır.<sup>25</sup> "Tarafların hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır."

MÖHUK 26. maddesi tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun uygulanması pek çok şartlardan birinin gerçekleşmesine bağlanmasıyla birlikte, internet siteleri açısından, tacirin bu ülkeye yönelik aktif bir faaliyette bulunması kuralının gerçekleşmesi gerekir. Bu kuralın kabul edilebilmesi için internet sitelerine erişimin olması bir kıstas olmayıp, söz konusu sitenin tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeye yönelik hazırlanmış olması gerekmektedir.<sup>26</sup> İnternet sitelerinde yapılan alışverişlerde kurulan tüketici sözleşmelerinde, tüketici bu işlemleri taşınabilir bilgisayar ile başka bir ülkede gerçekleştirmesi durumunda aksi ispat edilinceye kadar tüketicinin bu işlemleri mutad meskeninin bulunduğu yerde yaptığının kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.<sup>27</sup>

**V. SONUÇ**

Elektronik sözleşme, internet aracılığıyla kurulan sözleşmeleri ifade eder. İnternetin burada sadece araç olduğunu görmekle birlikte, sözleşmelerin kurulması, hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başladığı an konusunda Borçlar Kanunu'nda yer alan kurallar uygun düştüğü ölçüde elektronik sözleşmeler bakımından da uygulama alanı bulacaktır.<sup>28</sup> Ancak internet sitesi üzerinden gerçekleşen icap ve kabuller klasik araçlardan farklı olarak dijital ortamda gerçekleşmektedir. İhtiyaçlarını başka bir ülkede yer alan işletmelerin internet siteleri üzerinden gerçekleştiren tüketiciler açısından ise milletlerarası hukuk zayıf taraf olan tüketiciyi korumak adına uygulanacak hukukun belirlendiği sözleşmelerde "mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma" getirmiştir. Örneğin Amazon.com üzerinden herhangi bir ürün alan ve mutad meskeni Türkiye'de bulunan bir tüketici, Amazon şirketinin hazırlanmış olduğu sözleşmede Amerikan Hukuku'nun uygulanacağı kararlaştırılmış olsa bile Türk

Consequently, even though American Law stipulates the consumer has the right to return the product without justification within ten days, the consumer will have the right as stipulated in Turkish Law to return the product within fourteen days. In agreements where the applicable law is not determined, the law to be applied where certain conditions are met is determined as "the customer's habitual residence", pursuant to Article 26 of the IPCPL.

Hukuku'nun tüketicilere tanıdığı olduğu asgari korumaya sahip olacaktır. Dolayısıyla söz konusu tüketiciye Türk Hukuku'nda tanınan ürünü herhangi bir gerekçe göstermeksizin on dört gün içerisinde iade etme hakkı, Amerikan Hukuku'nda on gün olarak tanınmış olsa bile, tüketicinin iade etme hakkının süresi on dört gün olarak kabul edilecektir. Uygulanacak hukukun belirlenmediği sözleşmelerde ise MÖHUK 26. maddesi uyarınca belirli şartların gerçekleşmesi durumunda uygulanacak hukuk "tüketicinin mutad meskeni" olarak belirlenmiştir.

**BIBLIOGRAPHY**

HATİCE ÖZDEMİR KOCASAKAL, Elektronik Sözleşmeden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul, 2003.

SERDAR CANBAZ, Elektronik Ticaret, Edirne, 2003.

GAMZE TURAN, Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti, İstanbul, 2008.

ASLIHAN ÇOBAN, Elektronik Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi, Ankara, 2019.

ULVİ ALTINIŞIK, Elektronik Sözleşmeler, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003.

GAZANFER ERBAŞLAR VE ŞÜKRAN DOKUR, Elektronik Ticaret, Ankara: Nobel Akademik Yayıncılık, 2016.

VAHİT DOĞAN, "Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması", Milletlerarası Hukuk Bülteni, 1995.

ULVİ ALTINIŞIK, Elektronik Sözleşmeler, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003.

SİNAN SAMİ AKKURT, "Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 2011.

GÜLİN GÜNGÖR, İnternet Yoluyla Girişilen Elektronik Tüketici Aktilleri ve Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, AÜHFD, 1997.

RONA AYBAY - ESRA DARDAĞAN, Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilafı), İstanbul, 2001.

VAHİT DOĞAN, İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara, 1996.

**KAYNAKÇA**

HATİCE ÖZDEMİR KOCASAKAL, Elektronik Sözleşmeden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul, 2003.

SERDAR CANBAZ, Elektronik Ticaret, Edirne, 2003.

GAMZE TURAN, Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti, İstanbul, 2008.

ASLIHAN ÇOBAN, Elektronik Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi, Ankara, 2019.

ULVİ ALTINIŞIK, Elektronik Sözleşmeler, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003.

GAZANFER ERBAŞLAR VE ŞÜKRAN DOKUR, Elektronik Ticaret, Ankara: Nobel Akademik Yayıncılık, 2016.

VAHİT DOĞAN, Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması, Milletlerarası Hukuk Bülteni, 1995.

ULVİ ALTINIŞIK, Elektronik Sözleşmeler, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003.

SİNAN SAMİ AKKURT, Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 2011.

GÜLİN GÜNGÖR, İnternet Yoluyla Girişilen Elektronik Tüketici Aktilleri ve Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, AÜHFD, 1997.

RONA AYBAY - ESRA DARDAĞAN, Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilafı), İstanbul, 2001.

VAHİT DOĞAN, İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara, 1996.

**FOOTNOTE**

<sup>25</sup> Güngör, Elektronik Tüketici Aktilleri, p. 103.

<sup>26</sup> Kocasakal Özdemir, p. 140.

<sup>27</sup> Kocasakal Özdemir, p. 141.

<sup>28</sup> Gamze Turan, p. 116.

**DİPNOT**

<sup>25</sup> Güngör, Elektronik Tüketici Aktilleri, s. 103.

<sup>26</sup> Kocasakal Özdemir, s. 140.

<sup>27</sup> Kocasakal Özdemir, s. 141.

<sup>28</sup> Gamze Turan, s. 116.

## ADAPTATION OF PECUNIARY DEBTS UNDER ARTICLE 138 OF THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS

### PARA BORÇLARININ TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN 138.MADDESİ UYARINCA UYARLANMASI

HALİL İBRAHİM AKTAY  
HALİL KASAPOĞLU  
ECE ÖZDİZLAY

#### ABSTRACT

Hardship, a concept regulated under Article 138 of the Turkish Code of Obligations numbered 6098, may take place due to unexpected changes in current conditions after the establishment of a contract. In the Turkish legal system, which is based on the principle of "freedom of contract", parties may demand adaptation from a court on the grounds of the adaptation provisions of a contract. However, in cases where the contract does not contain adaptation provisions or the present provisions cannot be executed, parties have the right to apply to the court in accordance with Article 138 of the TCO and request adaptation of pecuniary debts and other obligations affected by hardship.

#### ÖZET

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun ("TBK") 138. maddesinde düzenlenmiş olan aşırı ifa güçlüğü, sözleşmenin taraflarca imzalanmasından sonra, ancak ifasına başlanmadan önce veya sözleşmenin ifasına başlanıp da ifa tamamlanmadan önce sözleşmedeki şartların öngörülemez bir şekilde değiştiği durumlarda uygulama alanı bulan bir düzenlemedir. Sözleşme serbestisinin esas olduğu hukuk sistemimizde, tarafların eğer var ise sözleşmelerinde yer alan uyarılama hükümleri çerçevesinde; sözleşmede buna yönelik bir düzenleme bulunmaması ya da bulunan hükümlerin çalıştırılmaması halinde ise TBK 138. madde uyarınca mahkemeye başvurarak para borçları da dâhil ağırlaşan edim yükümlülüklerini uyarılama imkânları bulunmaktadır.



#### KEYWORDS

TURKISH CODE OF OBLIGATIONS, PECUNIARY DEBTS, ADAPTATION OF THE CONTRACT, CHANGING CIRCUMSTANCES, PACTA SUNT SERVANDA, UNPREDICTABILITY, BALANCE BETWEEN OBLIGATIONS



#### ANAHTAR KELİMELER

TÜRK BORÇLAR KANUNU, PARA BORÇLARI, SÖZLEŞMENİN UYARLANMASI, DEĞİŞEN KOŞULLAR, AHDE VEFA İLKESİ, ÖNGÖRÜLEMEZLİK KOŞULU, EDİMLER ARASI DENGE



## PART 8

This article evaluates pecuniary debts, a party's essential obligation to pay a certain amount of money to the other party, in light of Article 138 of the TCO.

Çalışmamızda, taraflardan birinin asli edim yükümlülüğünün bir miktar paranın karşı tarafa ödenmesi, bir başka deyişle para borçlarının TBK'nın 138. maddesi çerçevesinde uyarlanması değerlendirilmiştir.

## I. INTRODUCTION

For parties that enter into a contractual relationship, there is a balance of interests. However, after the establishment of a contract, unexpected changes or situations may occur that the parties could not have foreseen causing one of the parties to fall into hardship. Should this occur and the performance of the affected party become unfairly burdensome, the balance of interests set forth during the establishment of the contract may impair one of the parties. While the principle of pacta sunt servanda (in Turkish, ahde vefa) exists in Turkish Law, there are exceptions. Where the effects of any unexpected changes are so significant, fulfillment of the obligations set out in the contract may constitute a violation of the "principle of good faith". Therefore, the legislator has adopted the principle of "adaptation of the contract in accordance with changing circumstances" and provides an exception to strict adherence to the principle of pacta sunt servanda. In such situations, the judge may balance the interests between the parties in accordance with Article 138 of the Turkish Code of Obligations ("TCO"), titled "Hardship".

## I. GİRİŞ

Sözleşme ilişkisine giren taraflar arasında söz konusu ilişki çerçevesinde bir menfaat dengesinin oluşacağı muhakkaktır. Ancak Sözleşmenin kurulmasından sonra, tarafların önceden öngöremeyeceği, beklenmedik haller oluşabilmekte ve sözleşmenin ifa koşulları tarafların biri aleyhine ağır biçimde değişebilmektedir. Bu nedenle, söz konusu değişiklikten etkilenen tarafın edimini yerine getirmesi, kendisinden iktisaden beklenecek şekilde ağırlaşmakta ve sözleşme ilişkisine girilirken oluşmuş bulunan menfaat dengesi bozulmaktadır. Meydana gelen değişiklikler ve bunların menfaat dengesine etkisi bazı durumlarda öylesine büyük olmaktadır ki her ne kadar; Sözleşmeler Hukuku'nda ahde vefa ilkesi geçerli olsa da, menfaat dengesi aleyhine değişen tarafın edim yükümlülüğünü sözleşmede mutabık kalınan şekilde yerine getirmesi, dürüstlük kuralına ve hakkaniyete aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle, kanun koyucu "sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması" ilkesini benimseyerek ahde vefa ilkesine mutlak bir biçimde bağlı kalınmasına bir istisna getirmiş, hâkime taraflar arasındaki menfaat dengesini Türk Borçlar Kanunu'nun ("TBK") "Aşırı İfa Güçlüğü" başlıklı 138.maddesi uyarınca tekrardan tesis edebilme imkânı tanımıştır.

## FOOTNOTE

1 Gülmelihat Doğan, "Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması", Journal of Turkish Union Bar Associations, Ankara 2014 p.11-12.



This article evaluates pecuniary debts, a party's essential obligation to pay a certain amount of money to the other party, in light of Article 138 of the TCO.

## II. ADAPTATION THEORIES

Various legal systems have adopted the theory of imprevision (unexpected situation) (collapse of the basis of the transaction) and the theory of clausula rebus sic stantibus ("things thus standing") for "adaptation of the contract in accordance with changing circumstances". The Preamble of Article 138 of the TCO states as follows: "This new regulation is about the collapse of the basis of the transaction which is deemed one of the exceptions of the pacta sunt servanda theory in the doctrine and practice." The theory of imprevision is therefore accepted in Turkish Law, as it is in German and Swiss Law.<sup>1</sup> In Turkish Law, the theory of imprevision is based on the "good faith principle" as specified in Article 2 of the Turkish Code of Civil Law.

Under the theory of imprevision, hardship is described as "alteration of the substance of the contract" due to the effects of unexpected changes that the parties could not have foreseen and could not have been expected to take into consideration at the time of the establishment of the contract. In addition,

Çalışmamızda, taraflardan birinin asli edim yükümlülüğünün bir miktar paranın karşı tarafa ödenmesi, bir başka deyişle para borçlarının TBK'nın 138. maddesi çerçevesinde uyarlanması değerlendirilmiştir.

## II. UYARLAMA TEORİLERİ

Çeşitli hukuk sistemlerinde sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasında imprevision (beklenmeyen hal) ve clausula rebus sic stantibus (sözleşmenin geçerliliği kurulduğu andaki şartlara bağlıdır) teorileri benimsenmiştir. Türk Borçlar Kanunu tasarısında yer alan 138. maddenin gerekçesinde ise "... Bu yeni düzenleme, öğretisi ve uygulamada sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinin istisnalarından biri olarak kabul edilen, işlem temelinin çökmesine ilişkindir." denilerek Türk Hukuku'nda, Alman ve İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi imprevizyon yani işlem temelinin çökmesi teorisi kabul edilmiştir.<sup>1</sup> İşlem temelinin çökmesi teorisi dayanağını Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralından almaktadır.

İşlem temelinin çökmesi teorisi uyarınca, aşırı ifa güçlüğü, sözleşmenin akdedilmesine dayanan olguların, sözleşmenin kurulması sırasında tarafların öngöremeyecekleri, hesaba katmalarının beklenebileceği olağüstü durumların ortaya çıkmasıyla esaslı şekilde değişmesini, sözleşmede edimler

## DİPNOT

1 Gülmelihat Doğan, "Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2014 s.11-12.

## PART 8

such a situation impairs the balance of interests and the debtor may not reasonably be expected to fulfill his/her obligations by adhering to the principle of good faith.<sup>2</sup>

### III. CONTRACTS WHERE PECUNIARY DEBTS ARE ADAPTED AND TYPES OF ADAPTATION

Adaptation is accepted for perpetual contractual relationships wherein the parties are burdened by bilateral perpetual obligations. However, contracts that create non-continuous debt relationships may also be adapted if there is a certain time between the establishment of the contract and the performance of the acts.

Before adaptation, it is necessary to examine the obligations of the parties at the time the contract was established and the economic conditions of that period. As a matter of fact, one of the reasons behind of adaptation is the deterioration of contract economics.<sup>3</sup> Adaptation may be made by limiting the scope of the obligation, increasing the counter-performance, or by changing the maturity date of pecuniary debts or performance method.

### IV. REQUIREMENTS FOR ADAPTATION OF PECUNIARY DEBTS IN ACCORDANCE WITH CHANGING CIRCUMSTANCES

#### A. Unforeseeable Conditions or Unpredictably Changed Conditions to the Detriment of the Debtor after Establishment of a Contract

There are different opinions in the doctrine as to what kind of changes in conditions should be taken into consideration for adaptation of a contract. According to the pre-

arasında kurulan dengenin bozulmasını, borçlu için sözleşme koşullarında borcun ifasının beklenmesinin dürüstlük kuralına aykırı düşecek ölçüde ağırlaşmasını ifade etmektedir.<sup>2</sup>

### III. PARA BORÇLARININ UYARLANDIĞI SÖZLEŞMELER VE UYARLAMA ŞEKİLLERİ

Uyarılma, edimin tek bir defada ifa edilmediği sürekli borç ilişkisi yaratan ve her iki tarafa da borç yükleyen sözleşmeler için öngörülmektedir. Ancak, sözleşmede ani edimli borç ilişkisi düzenlenmesine rağmen, sözleşmenin kuruluşu ile edimlerin ifası arasında belirli bir zaman giriyorsa bu sözleşmeler de uyarlanabilmektedir.

Uyarılma yapılmadan önce, sözleşmenin kurulması esnasında dikkate alınan ekonomik durum nezdinde borçlanılmış olan edimlere bakmak gerekmektedir. Nitekim uyarılmanın gündeme gelmesinin bir nedeni de sözleşme ekonomisinin bozulmasıdır.<sup>3</sup> Uyarılma, borçlunun edim yükünün azaltılması veya karşı edimin artırılması şeklinde yapılabileceği gibi vadelerin veya ifa şeklinin değiştirilmesi şeklinde de yapılabilmektedir. Uyarılma Sözleşmesi'nin uyarlanması, edimin tek bir defada ifa edilmediği sürekli borç ilişkisi yaratan sözleşmeler bakımından öngörülmüştür.

### IV. PARA BORÇLARININ DEĞİŞEN KOŞULLARA UYARLANMASININ ŞARTLARI

#### A. Şartların Sözleşme Sonrasında Öngörülemez Olması veya Öngörülmesi Beklenmeyecek Bir Şekilde Borçlu Aleyhine Değişmesi

Koşullardaki hangi değişikliklerin sözleşmenin uyarlanmasında dikkate alınması gerektiği konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur.

vailing view, an extraordinary and general event such as a social disaster must arise.<sup>4</sup> The Court of Cassation seeks extraordinary conditions for adaptation in many of its decisions.<sup>5</sup> It makes elaborated evaluations on the "unpredictability" factor and looks for objective unpredictability in terms of each event.<sup>6</sup> In this respect, epidemics, war, economic crises, and a decrease in the value of money due to sudden fluctuations in the exchange rate are examples of unexpected situations.

The Covid-19 pandemic can be seen as an example of an "unexpected situation".<sup>7</sup> Due to the outbreak, some companies have had difficulty fulfilling their obligations set out in agreements they entered into before the outbreak. What is more, the actual performance of some contractual obligations has become impossible since the beginning of the pandemic. A party who has difficulty fulfilling pecuniary debts may seek adaptation of the contract price due to the announcement of quarantines, termination or outbreak of commercial activities, prohibitions on import/export, and similar measures. The parties may agree on the terms of adaptation or they may request adaptation from a judge through a lawsuit on the basis of Article 138 of the TCO.

Hâkim görüşüne göre, sosyal felaket niteliğinde, olağanüstü ve genel nitelikte bir olayın gerçekleşmesi gerekmektedir.<sup>4</sup> Yargıtay da birçok kararında uyarılma için olağanüstü koşulların varlığını aramakta<sup>5</sup>, öngörülemezlik unsuru üzerinde detaylı değerlendirmeler yapmakta ve her bir olay bakımından objektif öngörülemezliğin yerine gelip gelmediğini araştırmaktadır.<sup>6</sup> Bu itibarla, beklenmedik hal teşkil eden hallere örnek olarak; salgın hastalık, savaş, ekonomik krizler, döviz kurundaki ani düşüşler nedeniyle paranın değerinin önemli ölçüde düşmesi gösterilebilir.

İşbu metnin yazıldığı tarihte halen güncelliğini koruyan Coronavirüs Salgını<sup>7</sup> anılan özellikleri bünyesinde barındıran bir örnek teşkil etmektedir. Salgın nedeniyle ticari şirketlerin salgından önce akdettikleri sözleşmelerin ifasında güçlük yaşadıkları, bazı sözleşmelerin ise ifasının imkânsızlaştığı görülmektedir. Karantina ilan edilmesi, bazı ticari faaliyetlerin durdurulması ya da ara verilmesi, ihracat/ithalat yasağı getirilmesi ve benzeri önlemler nedeniyle para borcunu ifa etmesi oldukça güçleşen taraf, sözleşmenin karşı tarafından sözleşme bedelinin uyarlanmasını talep edebilecektir. Uyarılma için her iki tarafın uyarılma şartları üzerinde anlaşması veya TBK 138. madde uyarılma davası yoluyla hâkimden uyarılma talep edilmesi gündeme gelebilecektir.

#### FOOTNOTE

<sup>2</sup> Ayşe Havutçu, "İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlı Hukuki Sonuçlar", Marmara University Faculty of Law Journal of Legal Research, İstanbul 2011, p. 335.

<sup>3</sup> Özlem Tüzüner, Kerem Öz, "Aşırı İfa Güçlüğüne İlişkin İhtihat İncelemesi", (Date of Access, 07.07.2020) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/398591>

<sup>4</sup> İrem Toprakkaya Babalık, "Korona Virüs Salgınının Kira Sözleşmelerine Etkisi, Geçici İfa İmkânsızlığı, İfa Güçlüğü ve Uyarılma", (Access Date: 27.05.2020) <https://Blog.Lexpera.Com.Tr/Korona-Virus-Salgininin-Kira-Sozlesmelerine-Etkisi-Gecici-Ifa-Imkansizligi-Ifa-Guclugu-Ve-Uyarilma/>

<sup>5</sup> Court of Cassation, dated 07.05.2003, numbered E. 2003.13-332, K. 2003/340.

<sup>6</sup> Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23th Edition, Seçkin, Ankara 2019, p.253.

<sup>7</sup> An infectious disease caused by severe acute respiratory syndrome coronavirus 2 (SARS-CoV-2). It was first identified in December 2019 in Wuhan, Hubei, China, and it was declared a pandemic on 11 March 2020 by the World Health Organization (WHO).

#### DİPNOT

<sup>2</sup> Ayşe Havutçu, "İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlı Hukuki Sonuçlar", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul 2011, s. 335.

<sup>3</sup> Özlem Tüzüner, Kerem Öz, "Aşırı İfa Güçlüğüne İlişkin İhtihat İncelemesi", (Erişim Tarihi, 07.07.2020) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/398591>

<sup>4</sup> İrem Toprakkaya Babalık, "Korona Virüs Salgınının Kira Sözleşmelerine Etkisi, Geçici İfa İmkânsızlığı, İfa Güçlüğü ve Uyarılma", (Erişim Tarihi, 27.05.2020) <https://Blog.Lexpera.Com.Tr/Korona-Virus-Salgininin-Kira-Sozlesmelerine-Etkisi-Gecici-Ifa-Imkansizligi-Ifa-Guclugu-Ve-Uyarilma/>

<sup>5</sup> Yargıtay. Hukuk Genel Kurulu, T.07.05.2003, E. 2003.13-332, K. 2003/340.

<sup>6</sup> Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23.Baskı, Ankara 2019, s.253.

<sup>7</sup> Aralık 2019'da Çin Halk Cumhuriyeti'nin Wuhan kentinde ortaya çıkan ve "2019-nCoV" olarak adlandırılan, Coronavirüs ya da Corona Virüsü adıyla da bilinen virus kaynaklı Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından 11 Şubat'ta SARS-CoV2 (Severe Acute Respiratory Syndrome - Ağır Akut Solunum Yetmezliği) adı verilen hastalık. WHO tarafından 11 Mart 2020'de hastalığın pandemi boyutuna geldiği ilan edilmiştir.



## PART 8

**B. Debtor's Lack of Fault in Unexpected Situations Which Cause Hardship**

The unexpected changes or situations should not be caused through any fault of the debtor and the debtor should not cause hardship through his/her own fault or negligence. There are three different approaches to determining debtor fault. First of all, an extraordinary and general event must occur beyond the fault of the debtor. In addition, the debtor should not be at fault in causing the performance of the act to become unexpectedly burdensome. Finally, the debtor should not be in default due to his/her own fault.

Under Article 138 of the TCO, the debtor's lack of fault is expressed as "occurs due to a reason not caused by the debtor". According to this provision, any unexpected changes should not arise due to reasons attributable to the debtor. In this respect, Article 138 of the TCO is in compliance with Articles 112 and 116 of the TCO. In light of the provisions mentioned above, if the fulfillment of obligations becomes impossible for reasons attributable to the debtor's own fault, the debtor may not be released from the debt. Even if impossibility exists, the party who causes the impossibility may not be released from the debt. Therefore, in cases of hardship, if the affected party causes unexpected changes

**B. İfayı Güçleştiren Beklenmedik Hallerin Meydana Gelmesinde Borçlunun Kusurunun Bulunmaması**

Sözleşmenin değişik koşullara uyarlanabilmesi için ortaya çıkan durumun borçlunun kusurundan kaynaklanmaması ya da borcun ifasının güçleşmesinde borçlunun kusurunun, ihmalinin bulunmaması gerekir. Borçlunun kusuru üç açıdan ele alınmaktadır. İlk olarak olağanüstü ve genel nitelikte bir olayın, borçlu kusuru olmadan ortaya çıkmış olması gerekir. Ayrıca edimin ifasının beklenmeyecek derecede ağırlaşmasında borçlunun kusuru bulunmamalıdır. Son olarak da borçlunun kendi kusuru ile temerrüde düşmemiş olması gerekmektedir.

Borçlunun kusuru olmamasına ilişkin ilk koşul, TBK 138. maddesinde "...borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar..." ifadesi ile kanunda yer bulmuştur. Bu hükme göre, söz konusu olağanüstü durum borçlunun etki alanından kaynaklanan bir nedenden doğmamalıdır. Bu bakımdan anılan madde, TBK 112. ve 116. maddeleri ile de uyumluluk arz etmektedir. Söz konusu hükümlere göre, borçlu edimin ifasını kusuru ile imkânsızlaştırırsa, borcundan kurtulamaz. İmkânsızlıkta dahi imkânsızlığa kendi kusuru ile yol açan kişinin borcu sona ermemektedir; dolayısıyla imkânsızlıktan daha düşük derecede yer alan aşırı ifa güçlüğünde, söz

or situations through his/her own fault, that party may not be released from his/her pecuniary debts.<sup>8</sup> Secondly, in cases where a debtor who requests adaptation causes hardship through his/her own fault, even if the debtor requests adaptation, the debtor shall bear the contractual risk that has increased through his/her own fault.<sup>9</sup> Thirdly, based on Article 138 of the TCO, where a debtor goes into default through his/her own fault, it is not possible for the debtor to request adaptation for any pecuniary debts stipulated in the contract. However, if the debtor is able to prove that the default was not caused through his/her own fault, the debtor would be able to demand adaptation on the basis of Article 119/2 of TCO: "The debtor may avoid this responsibility by proving that he has no fault in the default or that even if he/she fulfilled his/her debt on time, the unexpected situation would have damaged the subject of performance."

konusu durumun ortaya çıkması kendisine isnat edilebilen kişi için de evleviyetle aynı sonucun kabul edilmesi gerekmektedir.<sup>8</sup> İkinci kusur hali ise uyarılama talep eden borçlunun edimin ağırlaşmasında kusuru bulunması halidir. Bu durumda, borçlu uyarılama talep edebilse dahi kendi kusuru ile artan sözleşme rizikosuna kendisi katlanacaktır.<sup>9</sup> Üçüncü durum ise, borçlunun temerrüt durumuna kendi kusuru ile düşmesi halidir. Bu durumda borçlunun sözleşmede öngörülen parasal nitelikteki borçlarını TBK 138. maddesine dayanarak uyarılama talebinde bulunması mümkün olmayacaktır. Ancak borçlu, temerrüt halinin kendi kusurundan kaynaklanmadığını ispat ederek TBK. m. 119/2 hükmündeki; "Borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik hâlin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir." ifadesine dayanarak uyarılama talep edebilecektir.

If hardship was present at the time of establishment of the contract and it was not recognized by the debtor, the debtor may not exercise the right of adaptation.

Aşırı ifa güçlüğü sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olup borçlu tarafından fark edilememiş ise, uyarılama hükümlerinden yararlanılamayacağı kabul edilmektedir.

**C. Excessive Imbalance Between Obligations in Accordance with Changing Circumstances**

Excessive imbalance occurs where the balance between the obligations and the contractual equilibrium that existed at the time of establishment of the contract is impaired due to an extraordinary or unexpected situation that makes performance unfairly burdensome. If hardship was present at the time of establishment of the contract and it was not recognized by the debtor, the debtor may not exercise the right of adaptation. The judge evaluates each case to decide whether the imbalance of obligations requires the contract

**C. Değişen Koşullar Nedeniyle Tarafların Yüklendikleri Edimler Arasındaki Dengenin Aşırı Ölçüde Bozulmuş Olması**

Sözleşmenin kurulduğu sırada var olan edimler arasındaki denge, sonradan meydana gelen ifayı güçleştiren olağanüstü ve beklenmedik bir hal nedeniyle bozulmalıdır. Aşırı ifa güçlüğü sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olup borçlu tarafından fark edilememiş ise, uyarılama hükümlerinden yararlanılamayacağı kabul edilmektedir. Edim dengesinin hangi durumlarda sözleşmenin uyarlanması imkânı taniyacak derecede bozulduğu, hâkim tarafından her sözleşme için ayrıca değerlendirilmelidir. Bu bağlamda,

## FOOTNOTE

<sup>8</sup> Pelin, Çavdar, Aybike Karaca, "Türk Hukukunda Aşırı İfa Güçlüğü Ve Toplu İş Sözleşmesine Uygulanabilirliği", Marmara University Faculty of Law Journal of Legal Research Volume:23 No:3, İstanbul 2017, p.626

<sup>9</sup> Selin Gülbahar Süzğün, "Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması", Ankara University Institute of Social Sciences, Ankara 2018, p.74-75

## DİPNOT

<sup>8</sup> Pelin, Çavdar, Aybike Karaca, "Türk Hukukunda Aşırı İfa Güçlüğü Ve Toplu İş Sözleşmesine Uygulanabilirliği", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cilt 23 Sayı 3, İstanbul 2017, s.626

<sup>9</sup> Selin Gülbahar Süzğün, "Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2018, s.74-75

## PART 8

A JUDGE FIRST EXAMINES WHETHER THERE IS ANY PROVISION ON THE CONTRACT OR LAW REGARDING THE CHANGING CIRCUMSTANCES.

to be adapted. Generally, the balance between obligations is impaired in situations that exceed the normal risk limit. It should be noted that an imbalance between obligations need not necessarily lead to the economic collapse of one of the parties. In cases where, after establishment of the contract, demanding the performance of the debtor's obligations cannot be expected in accordance with the principle of good faith, it must be accepted that the balance is extremely impaired.<sup>10</sup>

#### D. Non-Performance or Performance by Reserving Rights Arising out of Hardship

Where the debtor fulfills their monetary obligations, there is no debt to be adapted. According to the prevailing view of the doctrine, when partial performance is at stake, adaptation may be requested for unperformed pecuniary debts. However, if the debtor makes a reservation, adaptation would be legally possible in accordance with Article 138 of the TCO. A reservation is a legal declaration by one of the parties to keep back or withhold specific rights for a particular future use. For instance, in a decision dated 2015, the Supreme Court stated that in a lawsuit regarding the collection of the price difference receivable due to unforeseen groundwater in foundation excavations, the obligation was fulfilled and there was no reservation provision regarding adaptation in the acceptance certificate. It was therefore not possible to request adaptation.<sup>11</sup>

#### E. Lack of Provision Regarding Changing Circumstances in Law or in the Contract Itself

Initially, a judge first examines whether there is any provision on the contract or law regarding the changing circumstances. In Swiss Law, the prevailing view considers adaptation of contracts in accordance with changing circumstances as an issue of the execution of the contract. In this case, adaptation of a contract in accordance with chang-

normal riziko sınırını aşan durumlarda, edimler arasındaki dengenin bozulduğu kabul edilebilecektir. Belirtmek gerekir ki, edimler arasında meydana gelen dengesizliğin, taraflardan birinin iktisaden mahvolmasına yol açacak nitelikte olması şart değildir. Sözleşmenin kurulmasından sonra, koşullardaki değişiklik ile edimlerin ifa edilmesini istemenin dürüstlük kuralı uyarınca beklenemeyeceği hallerde, edimler arasında baştan var olan dengenin aşırı ölçüde bozulmuş olduğunun kabulü gerekmektedir.<sup>10</sup>

#### D. Edimlerin Henüz İfa Edilmemiş Olması veya İfanın Aşırı Ölçüde Güçleşmesinden Doğan Haklar Saklı Tutularak İfa Edilmiş Olması

Borçlunun sözleşme konusu para borcunu ifa etmesi ile borç sona erer. Bu sebeple, ifa gerçekleştiği takdirde uyarlanması talep edilecek bir borç bulunmayacağından uyarlama da söz konusu olmayacaktır. Doktrindeki hâkim görüşe göre, kısmi ifa hallerinde, uyarlama ifa edilmemiş para borçları için talep edilebilecektir. Bununla beraber, edimin ifası ihtirazi kayıt konarak gerçekleştirilmişse uyarlama TBK 138. maddede belirtildiği üzere mümkün olabilecektir. İhtirazi kayıt, muayyen hakları kullanmak serbestisini muhafaza etmek isteyen tarafın bu husustaki vaki beyanıdır. Örneğin Yargıtay, 2015 tarihli bir kararında temel kazısında öngörülemez yeraltı sularının ortaya çıkması sebebiyle fiyat farkı alacağına tahsili istemli davada, işin tamamlandığını ve teslim sırasında geçici kabul tutanağında uyarlama ile ilgili ihtirazi kayıt bulunmadığını, dolayısıyla uyarlama istenmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir.<sup>11</sup>

#### E. Kanunda veya Sözleşmede Değişen Koşullara İlişkin Herhangi Bir Hüküm Bulunmaması

Hâkim ilk olarak değişen hal ve koşullara ilişkin olarak sözleşmede veya kanunda herhangi bir hüküm bulunup bulunmadığına bakmaktadır. İsviçre Hukuku'nda hâkim görüş, sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanmasını, sözleşmenin tamamlanması sorunu olarak ele almaktadır; bu bağlamda,

ing circumstances is carried out by the judge filling the risk or adaptation gap in the contract. If there is no provision regarding the changing circumstances, the judge will fill the contract gap by taking into consideration the risk distribution principles in the contract and extending the scope of these principles by analogy.<sup>12</sup>

If there is a provision in the contract or in the law regarding the adaptation of pecuniary debts, the parties have an opportunity to adapt the contract in accordance with the changing circumstances by adding an amendment or adaptation protocol. In cases where there are no such provisions, the debtor may request the court adapt the pecuniary debts as per Article 138 of the TCO.

#### V. ADAPTATION OF PECUNIARY DEBTS ARISING OUT OF FOREIGN CURRENCY-INDEXED CONTRACTS UNDER ARTICLE 138 OF THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS

TCO 138/2 explicitly enables contracts to be adapted due to sudden changes in foreign exchange rates, stating "This provision also applies to foreign currency debts." In the decision numbered 2013/16898 E.2014 / 18895 K., the 13th Department of the Supreme Court states that foreign currency debts can be adapted. The Supreme Court states, "adaptation may be requested for foreign currency debts." In this regard, if there is an unpredictable increase in the exchange rate and the obliged party falls into hardship in a way that violates the principle of good faith, he/she may benefit from Article 138/2 of the TCO. However, the Supreme Court has made various decisions in terms of satisfying the condition of unpredictability on this matter. Firstly, if the increase in the exchange rate is unpredictable, Article 138

sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması sözleşmede var olan risk veya uyarlama boşluğunun hâkim tarafından doldurulması suretiyle olacaktır. Sözleşmede ortaya çıkan yeni duruma ilişkin bir hüküm yoksa hâkim sözleşme boşluğunu doldururken sözleşmede yer alan risk dağılımı ilkelerini dikkate alarak bunları kıyasen genişletip ortaya çıkan yeni duruma göre sözleşme boşluğunu dolduracaktır.<sup>12</sup>

Eğer sözleşmede veya kanunda para borçlarının uyarlanması ile ilgili bir hüküm varsa, taraflar aralarında anlaşmaları takdirde akdedecekleri bir tadil ya da uyarlama protokolü ile aralarındaki sözleşmeyi yeniden düzenleyerek yeni koşullara uyarlayabilme imkânına sahiptirler. Böyle bir hüküm bulunmadığı hallerde ise, borçlu taraf TBK 138. maddeye dayanarak edim konusu para borcunun uyarlanmasını mahkemeden talep edebilir.

#### V. DÖVİZ ÜZERİNDEN YAPILAN SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN PARA BORÇLARININ TBK 138. MADDESİ UYARINCA UYARLANMASI

TBK 138. maddesinin 2. fıkrası "Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır." demek suretiyle döviz kurlarındaki ani değişimler sebebiyle bozulan edim dengeleri için de sözleşmelerin açıkça uyarlanabileceğini belirtmektedir. Nitekim Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2013/16898 E.2014/18895 K. sayılı ilamında da "... dövizle borçlanmalarda uyarlama istenebileceği gözetilmelidir." demek suretiyle yabancı para borçlarının uyarlanabileceğini ifade etmiştir. Bu minvalde, yabancı para borçları bakımından döviz kurunda öngörülemez bir artış olmuşsa ve bunun sonucunda taraflardan biri dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacak şekilde ifa güçlüğüne düşmüşse TBK 138/2 hükmünden faydalanabilecektir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın bu konuda öngörülemezlik şartının sağlanması bakımından farklı kararları

HÂKİM İLK OLARAK DEĞİŞEN HAL VE KOŞULLARA İLİŞKİN OLARAK SÖZLEŞMEDE VEYA KANUNDA HERHANGİ BİR HÜKÜM BULUNUP BULUNMADIĞINA BAKMAKTADIR.

## FOOTNOTE

<sup>10</sup> Mehmet Tezcan, "Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi Ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması", Ankara University Institute of Social Sciences, Department of Private Law, Master Thesis, Ankara, 2004. p.95

<sup>11</sup> Supreme Court 13.CC., dated 13.06.2014, numbered E.2013/16898, K.2014/18895.

<sup>12</sup> Başak Z. Baysal Erman, "Zaman İçinde Değişen Koşulların Hukuki İşleme Etkisi, İstanbul University Institute of Social Sciences, Department of Private Law, Ph.D. Thesis, İstanbul 2007, p.60-61

## DİPNOT

<sup>10</sup> Mehmet Tezcan, "Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi Ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2004. s.95

<sup>11</sup> Yargıtay 13. H.D., T. 13.06.2014, E. 2013/16898, K.2014/18895.

<sup>12</sup> Başak Z. Baysal Erman, "Zaman İçinde Değişen Koşulların Hukuki İşleme Etkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2007, s.60-61



## PART 8

of the TCO shall be applied. Another view holds that high foreign exchange rates and fluctuations are not deemed unpredictable when Turkey's economic structure is taken into consideration. In the decision of the Court of Cassation dated 12.11.2014 numbered 2014 / 13-1614 E., 2014/900 K., the Court states that in every concrete case, unexpected changes and unpredictable conditions should be evaluated and states, "The issue is whether the adaptation requirements of the Mortgage Loan Agreement are satisfied. The plaintiff requested adaptation claiming that the Japanese Yen gained excessive value against the Turkish Lira so the basis of transaction has collapsed. Even though financial aid packages have been announced in Turkey for many years, Turkey's financial situation is still unstable. It is a fact that devaluation is not an unpredictable situation for our country, and exchange rate policies can change any time. It is known that devaluation and economic crises do not occur suddenly, but occur after certain economic bottlenecks in the market. Devaluations have been declared in our country since 1958, currency adjustments have been made frequently, and the value of the Turkish currency has decreased against the

olabilmektedir. İlk görüş, döviz kurundaki artışın öngörülemez bir artış olduğu zaman TBK 138. maddesinin uygulanması gerektiğidir. Diğer görüş ise, Türkiye'nin ekonomik şartları düşünüldüğünde, döviz kurundaki ani ve yüksek değişikliklerin öngörülemez nitelik taşımadığını savunmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2014/13-1614 E., 2014/900 K., 12.11.2014 T. sayılı ilamında, "Uyuzmazlık; "Konut Finansman Kredi Sözleşmesinin uyarlama koşullarının oluşup oluşmadığına ilişkindir. Davacı Japon Yeni'nin TL karşısında aşırı değer kazandığını ve bu suretle işlem temelinin çöktüğünü ileri sürerek uyarlama talebinde bulunmuştur. Türkiye'de yıllardan beri ekonomik paketler açılmakta, ancak istikrarlı bir ekonomiye kavuşamamaktadır. Devalüasyonların ülkemiz açısından önceden tahmin edilemeyecek bir keyfiyet olmadığı, kur politikalarının her an değişebileceği bir gerçektir. Devalüasyon ve ekonomik krizlerin aniden oluşmadığı, piyasadaki belli ekonomik darboğazlardan sonra meydana geldiği bilinmektedir. Ülkemizde 1958 yılından beri devalüasyonlar ilan edilmekte sık sık para ayarlamaları yapılmakta, Türk parasının değeri dolar ve diğer yabancı paralar karşısında düşürülmektedir. Ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum davacı



dollar and other foreign currencies. The unstable economic situation in our country is a situation that can be predicted by the plaintiff. The element of unpredictability which is one of the requirements of adaptation did not occur in the case." However, in its decision numbered 2013/16898 E., 2014/18895 K, 13.06.2014 T., the 13th Department of the Supreme Court of Appeals reversed a judgment and ruled for adaptation stating, "It was emphasized by the First Instance Court that the depreciation of the Turkish Lira is an issue that can be easily known and predicted, but the criteria of unpredictability hereof is not satisfied. Former crises have been merely set forth." Moreover, a Court of Cassation decision dated 15.10.2003 numbered 2003 / 15-599 E., 2003/599 K., accepted that the merchant should have anticipated the increase in currency exchange rates, stating "Even though financial aid packages have been announced in Turkey for many years, Turkey's financial situation is still unstable. It is a fact that devaluation is not an unpredictable situation for our country, and exchange rate policies can change at any moment. It is known that devaluation and economic crises do not occur suddenly, but occur after certain economic bottlenecks in the market. Plaintiff merchant was a leasee one month before the February 2001 crisis arose when the signs of the economic crisis were evident. However, he entered into a lease agreement in foreign currency without negotiation. His conduct explicitly demonstrates that he did not act as a prudent merchant. In this respect, one of the basic requirements of adaptation in terms of the plaintiff who is a merchant that 'unexpected changes are unpredictable or they can be predicted but the importance of their effects on the concrete event could not be predicted' is not satisfied."

tarafından tahmin olunabilecek bir keyfiyettir. Somut olayda uyarlamanın koşullarından olan öngörülemezlik unsuru oluşmamıştır." denilmek suretiyle meydana gelen değişikliğin öngörülmemiş veya öngörülmesi mümkün olmayan bir husus olması şartını her somut olayda değerlendirmesi gerektiğini ve bu şartlar olmadığı zaman döviz üzerinden yapılan sözleşmelerin uyarlaması isteminin reddi gerektiğini belirtmiştir. Buna karşılık, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2013/16898 E.,2014/18895 K, 13.06.2014 T. sayılı kararında "... Mahkemece Türk Lirası'nın değer kaybettiğinin kolayca bilinebilecek ve öngörülebilecek bir husus olduğu vurgulanmış ancak bu hususta hangi objektif kriterlerin bulunduğu açıklanmamıştır. Sadece önceki krizler gösterilmiştir." diyerek yerel mahkeme kararını bozmuş ve uyarlamaya karar vermiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 15.10.2003, E. 2003/15-599, K. 2003/599, sayılı kararında "Türkiye'de yıllardan beri ekonomik paketler açılmakta, ancak istikrarlı bir ekonomiye kavuşulamamaktadır. Devalüasyonların ülkemiz açısından önceden tahmin edilemeyecek bir keyfiyet olmadığı, kur politikalarının her an değişebileceği bir gerçektir. Devalüasyon ve ekonomik krizlerin aniden oluşmadığı, piyasadaki belli ekonomik darboğazlardan sonra meydana geldiği bilinmektedir. Davacı tacirin ekonomik krizin işaretlerinin belli olduğu bir dönemde, Şubat 2001 krizinden bir ay önce taşınmazda kiracı olarak oturmakta iken üstelik bir müzayaka olmadan yabancı para üzerinden kira sözleşmesi yapması, basiretli bir tacir olarak davranmadığını göstermektedir. Bu itibarla tacir olan davacı yönünden, uyarlamanın temel koşullarından biri olan "Sonradan ortaya çıkan olguların tahmin edilemez nitelikte olması veya olgular tahmin edilebilmekle birlikte, bunların sonuçlarının somut olaya etkilerinin bu derecede ağır olabileceğinin öngörülmemiş olması" unsuru gerçekleşmemiştir." diyerek tacirin döviz fiyatlarındaki artışı önceden öngörebileceğine ilişkin kararlar da vermiştir.

## PART 8

## VI. ADAPTATION OF RENTAL FEES IN FOREIGN CURRENCY AS PER THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS ARTICLE 138

Adaptation of lease agreements based on a foreign currency has also been regulated in the TCO. Adaptation of rental fees is made effective as of the date of the lawsuit. Adaptation may not be deemed effective before the date of the lawsuit. Article 344 of the TCO stipulates "If the rental fee is indexed to a foreign currency on the contract, lessor shall not demand amendment against lessee until five years have passed. Article 138 of the TCO that is entitled 'Hardship' is reserved." It should be pointed out that the Supreme Court's prevailing practice is as follows: "sudden increases in currency exchange rates contingent upon regressive Turkish economy and devaluations are not unpredictable. Thus, parties may not claim hardship and collapse of the basis of the transaction on the grounds of unpredictability". This view prevails over other views in practice and it has been explicitly explained by the Court of Cassation in a precedent case.<sup>13</sup>

Communiqué No. 2018-32 / 51, Amending the Communiqué Regarding the Decree

## VI. YABANCI PARA BİRİMİ İLE BELİRLENEN KİRA BEDELLERİNİN TBK 138. MADDESİ UYARINCA UYARLANMASI.

Yabancı para birimi ile belirlenen kira sözleşmelerinin uyarlanması ise TBK'da ayrıca düzenlenmiştir. Kira bedelinin uyarlanması, dava tarihinden ileriye doğru geçerli olacak şekilde yapılmaktadır. Dava tarihinden önceki kiralar içinse uyarlama talep edilemeyecektir. TBK'nın 344. maddesine göre; "Sözleşmede kira bedeli yabancı para olarak kararlaştırılmışsa, beş yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamaz. Kanunun, "Aşırı ifa güçlüğü" başlıklı 138 inci maddesi hükmü saklıdır." Ancak önemle belirtmek gerekir ki, Yargıtay içtihatlarında; "Türkiye'de ekonominin kötü gidişine bağlı olarak döviz kurlarındaki yükselmeler, devalüasyonlar gibi sıkıntılar öngörülemez değildir. Dolayısıyla taraflar buna dayanarak aşırı ifa güçlüğü olduğu ve işlem temelini çöktüğünü ileri süremezler." görüşü hâkimdir. İşbu görüş, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından emsal nitelikteki bir kararla da açıkça ifade edilmiştir.<sup>13</sup>

Yabancı para birimi ile belirlenen kira bedellerine ilişkin, 12 Eylül 2018 tarihli Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ'de Değişiklik Yapılmasına Dair



## FOOTNOTE

<sup>13</sup> Court of Cassation, dated 12.11.2014, numbered E. 2014/1614, K. 2014/900 K.

<sup>14</sup> Süleyman Yılmaz, "Döviz Endeksli Tüketici Kredilerinde Uyarlama Sorunu Ve Yargıtay'ın Bakışı", Ankara University Journal of Law Faculty No: 59, Ankara 2010, p.60

No. 32 on Protection of the Value of Turkish Currency dated September 12, 2018, imposes restrictions for real persons residing in Turkey entering into agreements that are determined in foreign currencies or indexed to foreign currencies. According to the regulation, except in circumstances specified by the Ministry, residents of Turkey shall not determine the contract price or other pecuniary obligations arising out of a real estate sale and purchase agreements, all sorts of leasing agreements including vehicle and financial leasing agreements, and construction and employment agreements in foreign currency or indexed to a foreign currency.

2018-32/51 Numaralı Tebliğ ile sözleşme bedellerinin döviz ile belirlenmesine kısıtlamalar getirilmiştir. 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 kararlaştırılmayacağı düzenlenmiştir.

Owing to low interest rates, consumers often prefer foreign currency-indexed loans in order to pay lower installment amounts.

Tüketiciler, faizlerin düşük olmasından ötürü ödeyeceği taksitlerin miktarının daha az olması için dövize endeksli kredi kullanmaktadırlar.

## VII. ADAPTATION OF PECUNIARY DEBTS ARISING OUT OF CONSUMER LOANS INDEXED TO FOREIGN CURRENCIES AS PER ARTICLE 138 OF THE TCO

Owing to low interest rates, consumers often prefer foreign currency-indexed loans in order to pay lower installment amounts. Since performing loan debts takes place over a period of time, the economic situation of the market may rapidly change or foreign currencies may increase in value during this period. This situation may unfairly imbalance the obligations of the parties to the detriment of debtor.<sup>14</sup> Therefore, consumers that take out foreign currency-indexed loans frequently request adaptation of pecuniary debts in accordance with Article 138 of the TCO. Although it is no longer possible to

## VII. DÖVİZE ENDEKSİLİ TÜKETİCİ KREDİLERİNDEN DOĞAN PARA BORÇLARININ TBK 138. MADDESİ UYARINCA UYARLANMASI

Tüketiciler, faizlerin düşük olmasından ötürü ödeyeceği taksitlerin miktarının daha az olması için dövize endeksli kredi kullanmaktadırlar. Kredi borçlarının ifası zamana yayıldığı için, piyasanın ekonomik durumunda değişiklikler meydana gelebilmekte veya döviz zaman içerisinde değerlenebilmektedir. Bu durum borçlu taraf yönünden edim dengesinin bozulması sonucunu doğurabilmektedir.<sup>14</sup> Bu nedenle, dövize endeksli kredi alan tüketiciler, TBK 138. madde uyarınca ödeyecekleri para borçlarının uyarlanmasını hâkimden talep edebilmektedirler. Her ne kadar, Bakanlar Kurulu'nun, "Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Hakkında

## DİPNOT

<sup>13</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T.12.11.2014, E. 2014/1614, K. 2014/900 K.

<sup>14</sup> Süleyman Yılmaz, "Döviz Endeksli Tüketici Kredilerinde Uyarlama Sorunu Ve Yargıtay'ın Bakışı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sayı 59, Ankara 2010, s.60



## PART 8

take out foreign-currency indexed consumer loans due to the Communiqué Regarding Decree No. 32 on Protection of the Value of the Turkish Currency, there are currently foreign currency-indexed loans that are still being paid back and adaptation requests for those loans are still being made.

### VIII. ADAPTATION OF PECUNIARY DEBTS ARISING OUT OF GUARANTEE AND BAILMENT CONTRACTS AS PER ARTICLE 138 OF THE TCO

Personal guarantee contracts, such as guarantee and bailment contracts, are unilateral contracts in which the guarantor or bailor has pecuniary obligations ex parte. However, under adapted contracts, adaptation re-establishes a balance between obligations and contractual equilibrium of the contract. Therefore, the main principle is that adaptation shall apply only to bilateral contracts. Whether adaptation may be requested in guarantee and bailment contracts is a controversial issue which needs to be analyzed thoroughly. Some authors acknowledge that adaptation would be possible only for bilateral contracts.<sup>15</sup> However, Baysal indicates that the legal aim of Article

Değişiklik Yapılmasına Dair Karar'ın yürürlüğe konulması ile dövizde endeksli tüketici kredisinin alınması artık mümkün olmasa da, hâlihazırda kullanılmış ve ödemeleri devam etmekte olan bu türden krediler bulunmaktadırlar. Söz konusu kredilere ilişkin olan uyarılama talepleri halen devam etmektedir.

### VIII. KEFALET VE GARANTİ SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN PARA BORÇLARININ TBK 138. MADDESİ UYARINCA UYARLANMASI

Kefalet ve garanti sözleşmeleri gibi kişisel teminat sözleşmelerinde teminat verenin borcu para borcu olup bu sözleşmeler tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Uyarılama yapılan sözleşmelerde ise edim-karşı edim ilişkisi yer almakta ve uyarılama ile birlikte bu edimler arasındaki denge tekrardan sağlanmaktadır. Bu bakımdan, ilke, her iki tarafa da borç yükleyen sözleşmelerin uyarlanmasındadır. Dolayısıyla, tek tarafa borç yükleyen kefalet ve garanti sözleşmelerinde uyarılama talep edilip edilemeyeceği tartışmalı olup bu sözleşmelerde uyarılama yapılıp yapılamayacağı üzerinde durulması gerekmektedir. Öğretideki bazı yazarlar sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasının sadece iki



## FOOTNOTE

<sup>15</sup> Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarılama Sorununa Bir Bakış, Feyza Eren Sayın, Berk Kenan Koyuncu Istanbul University Law Review Volume: 70, N: 1, İstanbul 2012, p. 321 see. Zahit İmre, "Türk Medeni Hukukuna Göre Hâkimin İktisadi Meseleler Karşısında Durumu (Türk Medeni Kanunu'nun Değiştirilmesinde Zorunluluk var mıdır?)", Prof. Dr. Fikret Anık'a Armağan, Ankara 1973, p. 189; Tahir Gürsoy, Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi), Ankara 1950, p. 148. The author cites the lack of provision as the justification for the non-adaptation of bilateral contracts. On the other hand, regarding the possibility of adaptation in unilateral contracts see. Baysal, p.107, 108; İbrahim Kaplan, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara, 1987, p.162; Mustafa Dural, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117), İstanbul 1976, p. 69-70; Ayşe Arat, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Seçkin, Ankara 2006, p. 118.

<sup>16</sup> Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarılama Sorununa Bir Bakış, Feyza Eren Sayın, Berk Kenan Koyuncu Istanbul University Law Review Volume: 70, No. 1, İstanbul 2012, p. 321 see. Başak Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması, On İki Levha, İstanbul 2009, p. 14

<sup>17</sup> Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarılama Sorununa Bir Bakış, Feyza Eren Sayın, Berk Kenan Koyuncu Istanbul University Law Review Volume:70, No: 1, İstanbul 2012, p. 320- 325

<sup>18</sup> İbrahim Kaplan, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, 3th Edition, Yetkin, Ankara 2013, p. 23.

138 of the TCO is achievement of contract justice. He argues that bailment and guarantee contracts may be adapted so contract equilibrium also needs to be protected for unilateral contracts.<sup>16</sup> Accordingly, in cases where seeking bailor or guarantor performance constitutes a breach of the "principle of good faith", adaptation may be requested as per Article 138 of the TCO. The debtor may demand adaptation of the contract<sup>17</sup> if hardship entails performance of his/her obligations can be fulfilled only through extraordinary effort which is unfair and extremely damaging to the contractual relationship.

### IX. LEGAL CONSEQUENCES OF LAWSUITS FOR ADAPTATION

#### A. Adaptation of the Contract

A judge may adapt a contract in accordance with unexpected changes or situations either by changing the essential and secondary obligations or by making another change in the content of the contract. In this respect, examples of adaptation methods are changes to the installment payments, partial payments, interest reduction, abolition, changes in the place and time of performance, extending or shortening the contract terms. The judge may determine the amount and method of adaptation, but if the party requesting the adaptation of the contract is a merchant, the judge is expected to make adaptation by taking into consideration the principle of "obligation to act like a prudent businessman". The judge may also adapt a contract differently to the plaintiff's request. This situation is mostly seen in the adjustment of rental prices in accordance with Article 138 of the TCO. For example, even if a tenant demands adaptation of the rental fee, the judge may adapt the terms of the contract. The judge chooses the method of adaptation that is most suitable for the balance of interests and actions between the parties on an equitable basis. In this regard, a lawsuit for adaptation is a constitutive lawsuit as the judge's decision designates a legal status or position of the parties.<sup>18</sup> It should be noted that while adaptation proceedings continue, the debtor is obliged to keep fulfilling their pecuniary obligations.

tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olabileceğini, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerinin uyarlanamayacağını kabul etmişlerdir.<sup>15</sup> Ancak Baysal, TBK 138. madde hükmünün amacının adaletin sağlanması olduğundan bahisle, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de değişen koşullar karşısında sözleşme adaletinin sağlanması ihtiyacı ortaya çıkabileceğini belirterek kefalet ve garanti sözleşmelerinde de uyarılamanın kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.<sup>16</sup> Kefilden ve garanti verenden borcun ifasının talep edilmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebileceği hallerde, bu sözleşmelerden doğan para borcunun aşırı ifa güçlüğü haline dayanılarak TBK 138. maddesi uyarınca uyarlanmasında talep edilebilecektir. Borçlu, borç ilişkisiyle bağlantısını koparması ihtimali yaratacak derecede üstün çabalarla edimini ifa etmek durumunda kalırsa sözleşmenin uyarlanmasını isteyebilecektir.<sup>17</sup>

### IX. UYARILAMA DAVASININ SONUÇLARI

#### A. Sözleşmenin Uyarlanması

Sözleşmenin uyarlanması, asli veya yan edimlerin hâkim tarafından değiştirilmesi veya sözleşme içeriğinde başka bir değişiklik yapılması suretiyle olmaktadır. Bu itibarla taksitli ödeme, kısmi ödeme, faizin indirilmesi, kaldırılması, ifa yeri ve zamanının değiştirilmesi, sözleşme süresinin uzatılması ya da kısaltılması hâkim tarafından yapılabilecek uyarılama şekillerine örnek olarak verilebilir. Hâkim, uyarılama miktarı ve yöntemini belirlemede serbesttir ancak sözleşmenin uyarlanmasını talep eden tarafın tacir olması durumunda, hakimin "basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünü" göz önüne alarak bir değerlendirme yapması beklenmektedir. Hâkim, davacının talep ettiği uyarılama tarzından farklı bir uyarılama da yapabilir. Bu durum daha çok kira bedellerinin TBK 138. maddesi uyarınca uyarlanmasında görülmektedir. Örneğin, kiracı kira bedelinde uyarılama istediği halde, hâkim sözleşmenin kira artırım şartlarında uyarılama yapabilir veya sözleşmenin süresini kısaltabilir. Hâkim, taraflar arasındaki menfaat ve edim dengesine hakkaniyet ölçüsünde en uygun olan uyarılama yöntemini seçmelidir. Uyarılama, hâkim kararıyla gerçekleşeceği için inşai nitelikte bir karardır.<sup>18</sup> Belirtmek gerekir ki, uyarılama davası devam ederken borçlu, sözleşmeden doğan para borcunu ifa etmeye devam etmekle yükümlüdür.

## DİPNOT

<sup>15</sup> Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarılama Sorununa Bir Bakış, Feyza Eren Sayın, Berk Kenan Koyuncu İÜHF M C. LXX, S. 1, İstanbul 2012, s. 321 Ayrıca bkz. Zahit İmre, "Türk Medeni Hukukuna Göre Hâkimin İktisadi Meseleler Karşısında Durumu (Türk Medeni Kanununun Değiştirilmesinde Zorunluluk var mıdır?)", Prof. Dr. Fikret Anık'a Armağan, Ankara, 1973, s. 189; Tahir Gürsoy, Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi), Ankara, 1950, s. 148. Yazar karışık edim olmamasını tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerin uyarlanmamasının gerekçesi olarak göstermektedir. Öte yandan tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uyarılamanın mümkün olduğuna ilişkin olarak bkz. Baysal, s.107, 108; İbrahim Kaplan, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara, 1987, s.162; Mustafa Dural, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117), İstanbul, 1976, s. 69-70; Ayşe Arat, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Seçkin, Ankara, 2006, s. 118.

<sup>16</sup> Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarılama Sorununa Bir Bakış, Feyza Eren Sayın, Berk Kenan Koyuncu İÜHF M C. LXX, S. 1, İstanbul 2012, s. 321 Ayrıca bkz. Başak Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması, On İki Levha, İstanbul, 2009, s. 14

<sup>17</sup> Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarılama Sorununa Bir Bakış, Feyza Eren Sayın, Berk Kenan Koyuncu İÜHF M C. LXX, S. 1, İstanbul 2012, s. 320 - 325

<sup>18</sup> İbrahim Kaplan, "Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi", 3.Baskı, Ankara 2013, s. 23.

## PART 8

THE MAIN PRINCIPLE OF CONTRACTUAL RELATIONS IS PACTA SUNT SERVANDA, WHICH REQUIRES STRICT ADHERENCE TO THE AGREEMENT AND THE CONTRACTUAL OBLIGATIONS.

## B. Termination of the Contract

A judge may make a judgement for the termination of a contract if the parties demand termination. If both parties request termination of the contract, the judge may not adapt the contract in a way that changes its content. In this respect, the "ultra petita prohibition" (in Turkish: Taleple Bağlılık İlkesi") principle comes to the fore.<sup>19</sup>

## C. Compensation

In cases where a judge chooses termination of a contract as an adaptation method, the judge may award compensation in order to allocate the risk arising from the unexpected changes between the parties. Some authors refer to such compensation as a "risk allocation fee".<sup>20</sup> If awarded, the compensation shall be sufficient to cover the costs and expenses incurred by the creditor to terminate the contract. That is, the taxes and fees that the creditor pays for the termination of the contract are within the scope of such compensation.

## D. CONCLUSION

The main principle of contractual relations is pacta sunt servanda, which requires strict adherence to the agreement and the contractual obligations. As such, adaptation or rescission of a contract after establishment constitutes an exception. If all the following requirements are met, adaptation may be requested: (i) lack of provision regarding any changing circumstances in the law and/or the contract itself, (ii) unforeseen and unexpected extraordinary changes or situations occur after establishment of the contract, (iii) the party requesting adaptation does not have any fault, (iv) the balance between the obligations impaired constitute a violation of the principle of good faith, and (v) the performance has not yet been performed or has been performed by reserving the rights arising out of the hardship.

## B. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi

Sözleşmenin sona erdirilmesi de bir uyarlamadır. Her iki taraf da sözleşmenin sona erdirilmesini talep ederse hâkim sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesi yoluyla uyarlama yapamaz. Bu bakımdan hâkim, tarafların talepleri ile bağlıdır.<sup>19</sup>

## C. Tazminat

Hâkim, uyarlama olarak sözleşmenin sona erdirilmesi yolunu seçmişse, şartların değişmesinden kaynaklanan riskin taraflar arasında dengeli bir şekilde paylaşılması amacıyla tazminata hükmedebilmektedir. Bazı yazarlar söz konusu tazminatı "risk paylaşım bedeli" olarak addetmektedirler.<sup>20</sup> Tazminata hükmedilmesi halinde tazminat, alacaklının sözleşmenin sona erdirilmesi için yaptığı masraf ve giderleri karşılamaya yetecek kadar olmalıdır. Örneğin alacaklının sözleşmenin sona ermesi için yatırmış olduğu vergi ve harçlar tazminat kapsamına dahil masraflardır.

## D. SONUÇ

Taraflar arasındaki akdi ilişkilerde esas ilke ahde vefa, yani sözleşmeden doğan yükümlülüklerle bağlı kalınmasıdır. Bu nedenle, sözleşmenin kurulmasından sonra uyarlama ya da sözleşmeden dönme istisna teşkil etmekte olup; ancak kanunda ve/veya sözleşmede değişen koşullara ilişkin herhangi bir hükmün bulunmadığı durumlarda, sözleşmenin kurulmasından sonra öngörülemez, öngörülebilmesi beklenmeyecek olağanüstü bir değişikliğin meydana gelmesi, uyarlama isteyen tarafın kusurunun bulunmaması, tarafların yükledikleri edimler arasındaki dengeyi edimin talebinin dürüstlük kuralına aykırı nitelik teşkil edecek seviyede borçlu aleyhine bozulmuş olması, edimin henüz ifa edilmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklar saklı tutularak ifa edilmiş olması şartlarının birlikte gerçekleşmiş olması halinde uyarlama yapılabilirliktedir.

TARAFLAR ARASINDAKİ AKDİ İLİŞKİLERDE ESAS İLKE AHDE VEFA, YANI SÖZLEŞMEDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERE BAĞLI KALINMASIDIR.

## BIBLIOGRAPHY

DOĞAN, GÜLMELAHAT. "Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması", Journal of Turkish Union Bar Associations, Ankara, 2014

HAVUTÇU, AYŞE. "İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar", Marmara University Faculty of Law Journal of Legal Research, İstanbul, 2011

TOPRAKKAYA BABALIK, İREM. "Korona Virüs Salgınının Kira Sözleşmelerine Etkisi, Geçici İfa İmkansızlığı, İfa Güçlüğü Ve Uyarlama", (Date of Access, 27.05.2020) <https://Blog.Lexpera.Com.Tr/Korona-Virus-Salgininin-Kira-Sozlesmelerine-Etkisi-Gecici-İfa-İmkansizligi-İfa-Guclugu-Ve-Uyarlama/>

Court of Cassation, dated 07.05.2003, numbered E. 2003.13-332, K. 2003/340.

KILIÇOĞLU, AHMET. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019

ÇAVDAR, PELİN., KARACA, AYBIKE. "Türk Hukukunda Aşırı İfa Güçlüğü Ve Toplu İş Sözleşmesine Uygulanabilirliği", Marmara University Faculty of Law Journal of Legal Research Volume: 70 No 3, İstanbul, 2017

SÜZGÜN, SELİN GÜLBAHAR. "Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması", Ankara University Institute of Social Sciences, Ankara, 2018

TEZCAN, MEHMET. "Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi Ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması", Ankara University Institute of Social Sciences Department of Private Law, Master Thesis, Ankara, 2004

Supreme Court, 13. CC., dated 13.06.2014, numbered E. 2013/16898, K.2014/18895.

ERMAN BAYSAL, BAŞAK Z. "Zaman İçinde Değişen Koşulların Hukuki İşleme Etkisi, İstanbul University Institute of Social Sciences, Department of Private Law Ph.D. Thesis, İstanbul 2007

Court of Cassation, dated 12.11.2014, numbered E. 2014/1614, K. 2014/900 K.

YILMAZ, SÜLEYMAN. "Dövize Endeksli Tüketici Kredilerinde Uyarlama Sorunu Ve Yargıtay'ın Bakışı", Ankara University Journal of Legal Research No: 59, Ankara 2010

SAYIN, FEYZA EREN., KOYUNCU, BERK KENAN. "Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarlama Sorununa Bir Bakış", İstanbul University Law Review Volume:70, No: 1, İstanbul 2012

KAPLAN, İBRAHİM. Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 2013

GÜLMELAHAT DOĞAN, "Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması", Türkiye Barolar Birliği Magazine, Ankara 2014

SEROZAN, RONA. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Volume 3, Ankara 2016

## KAYNAKÇA

GÜLMELAHAT DOĞAN, "Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2014

AYŞE HAVUTÇU, "İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul 2011

İREM TOPRAKKAYA BABALIK, "Korona Virüs Salgınının Kira Sözleşmelerine Etkisi, Geçici İfa İmkansızlığı, İfa Güçlüğü Ve Uyarlama", (Erişim Tarihi, 27.05.2020) <https://Blog.Lexpera.Com.Tr/Korona-Virus-Salgininin-Kira-Sozlesmelerine-Etkisi-Gecici-İfa-İmkansizligi-İfa-Guclugu-Ve-Uyarlama/>

Yargıtay, Hukuk Genel Kurulu, T.07.05.2003, E. 2003.13-332, K. 2003/340.

AHMET KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23.Baskı, Ankara 2019

PELİN, ÇAVDAR, AYBIKE KARACA, "Türk Hukukunda Aşırı İfa Güçlüğü Ve Toplu İş Sözleşmesine Uygulanabilirliği", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cilt 23 Sayı 3, İstanbul 2017

SELİN GÜLBAHAR SÜZGÜN, "Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2018

MEHMET TEZCAN, "Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi Ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2004

Yargıtay 13. H.D., T. 13.06.2014, E. 2013/16898, K.2014/18895.

BAŞAK Z. BAYSAL ERMAN, "Zaman İçinde Değişen Koşulların Hukuki İşleme Etkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2007

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T.12.11.2014, E. 2014/1614, K. 2014/900 K.

SÜLEYMAN YILMAZ, "Dövize Endeksli Tüketici Kredilerinde Uyarlama Sorunu Ve Yargıtay'ın Bakışı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sayı 59, Ankara 2010

Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri Açısından Uyarlama Sorununa Bir Bakış, FEYZA EREN SAYIN, BERK KENAN KOYUNCU İÜHFMC. LXX, S. 1, İstanbul 2012

İBRAHİM KAPLAN, "Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi", 3.Baskı, Ankara 2013

GÜLMELAHAT DOĞAN, "Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2014

RONA SEROZAN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 3, 7.Baskı, Ankara 2016

## FOOTNOTE

19 Gülmelihat Doğan, "Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması", Journal of Turkish Union Bar Associations, Ankara 2014, p.11-12.

20 Rona Serozan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Volume: 3, 7th Edition, Filiz, Ankara 2016, p.267

## DİPNOT

19 Gülmelihat Doğan, "Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2014, s.11-12.

20 Rona Serozan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 3, 7.Baskı, Ankara 2016, s.267



## EVALUATION UNDER TURKISH CRIMINAL LAW OF CRIMES COMMITTED IN THE CYBER WORLD

SİBER DÜNYADA İŞLENEN  
SUÇLARIN TÜRK CEZA  
KANUNU KAPSAMINDA  
DEĞERLENDİRİLMESİ

GİZEM AR  
İSMAİL ÇAĞLAR

### ABSTRACT

Due to the increase in technological systems and access to technology, there is an increase in the rate of crime involving information systems. Moreover, because of the international reach of the internet, illegal actions in the field of information systems easily go beyond countries' borders. Given these developments, the current regulations of our legal system are insufficient for preventing violations committed in the field of informatics or carried out using computer devices. There is therefore a need to introduce national and international regulations. "Crimes in the field of informatics" regulated in the third part of the Turkish Penal Code numbered 5237 titled "Crimes Against Society" has been enacted in order to ensure effective defense against crimes in the field of informatics. In this article, cyber space crimes will be discussed within the scope of Turkish Penal Code No.5237 and other legislation.

### ÖZET

Teknolojik sistemlerin ve teknolojiye ulaşılabilirliğin artması sebebiyle bilişim sistemlerine yönelik gerçekleşen suçlarda artış görülmektedir. Üstelik internetin kazandığı uluslararası kimlik sayesinde bilişim sistemleri alanında gerçekleşen hukuka aykırı eylemlerde ülke sınırları dışına taşabilmektedir. Bu kapsamda, bilişim alanında işlenen ya da bilgisayar vasıtaları kullanılarak gerçekleştirilen ihlalleri önlemek bakımından mevzuatımızdaki düzenlemeler yetersiz kaldığından ulusal ve uluslararası birtakım düzenlemeler yapılması ihtiyacı doğmuş ve bilişim alanındaki suçlarla etkin mücadelenin sağlanması için 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısmı içerisinde düzenlenen "Bilişim Alanında Suçlar" yasalaşmıştır. Bu çalışmamızda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve sair mevzuat kapsamında siber alanda işlenen suçlar ele alınacaktır.



### KEYWORDS

INFORMATICS, CYBERCRIME,  
CRIMES ON INFORMATICS,  
INFORMATION SYSTEMS



### ANAHTAR KELİMELER

BİLİŞİM, SİBER SUÇ, BİLİŞİM  
SUÇLARI, BİLİŞİM SİSTEMLERİ

## PART 9

The types of crimes committed in cyber space are considered computer and internet-specific crimes. It should be noted that the concept of cyber is a superior concept covering not only the internet but also other similar network systems.

Siber alanda işlenen suç türleri bilgisayara ve internete özgü suçlar olarak değerlendirilmektedir. Belirtmek gerekir ki, siber kavramı sadece interneti değil internet ve benzer diğer ağ (network) sistemlerini de kapsayan bir üst kavram olup; mevzuatımızda yer alan düzenlemeler gereği bu çalışmada “bilgi suçları” olarak anılacaktır.

## FOOTNOTE

1 İç İşleri Bakanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü, Siber Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı, “Siber Suç Nedir?”, <https://www.egm.gov.tr/siber/siber-sucnedir> (Access Date: 21.07.2020.)

2 İç İşleri Bakanlığı Jandarma Genel Komutanlığı, Suçla Mücadele; “Bilişim Suçu”, <https://www.jandarma.gov.tr/bilism-suclari> (Access Date: 21.07.2020.)

3 Cahit Aliusta, Recep Benzer, “Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi ve Türkiye’nin Dahil Olma Süreci”, International Security Information Engineering Journal, December 2018, Vol:4, No:2, p:35-42.

4 Turkish Language Society <https://sozluk.gov.tr/> (Access Date, 20.07.2020.)

5 C. Özel, (2002). Bilişim-İnternet Suçları. Access Date: 20.09.2011, [http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/bilism\\_internet\\_suclari.htm](http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/bilism_internet_suclari.htm) ‘dan aktaran; Ebru Altunok, Ali Fatih Vural, Bilişim Suçları, see also <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/208853> Access Date: 20.07.2020.

6 Levent Kurt, Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması, Seçkin Yayınları, İstanbul, September 2005, p.157.

## I. INTRODUCTION

The types of crimes committed in cyber space are considered computer and internet-specific crimes. It should be noted that the concept of cyber is a superior concept covering not only the internet but also other similar network systems. In accordance with the regulations in Turkish statute law, this concept will be referred to as “crime on informatics”. While it is possible to commit all crimes using information systems, the act of the crime referred to here is any unauthorized and illegal entry into an information system and actions occurring after it.<sup>1</sup> In other words, crimes committed through or against an information system for the purpose of violating personal rights and freedoms, illegally obtaining benefits and financial gains, and gaining interest in favor of organizations and individuals are defined as crimes on informatics together with other crimes related to data or data processing.<sup>2</sup>

While the acceleration of developments in information technologies and the internet has provided great convenience in all areas of life, it has also led to an increase in violations in the cyber world. For this reason, introducing regulations to prevent violations has become inevitable. The cyber world not only makes committing such crimes easy given the facilities and opportunities it pro-

## I. GİRİŞ

Siber alanda işlenen suç türleri bilgisayara ve internete özgü suçlar olarak değerlendirilmektedir. Belirtmek gerekir ki, siber kavramı sadece interneti değil internet ve benzer diğer ağ (network) sistemlerini de kapsayan bir üst kavram olup; mevzuatımızda yer alan düzenlemeler gereği bu çalışmada “bilgi suçları” olarak anılacaktır. Tüm suçların bilişim sistemleri kullanılarak işlenmesi mümkün olsa da suçun unsuru bulunan fiil, bilişim sistemine izinsiz olarak ve hukuka aykırı olacak şekilde girilmesi ve sonrasında yapılan eylemlerdir.<sup>1</sup> Diğer bir ifadeyle bilişim sistemleriyle veya bilişim sistemine karşı işlenen, kişisel hak ve hürriyetin ihlal edilmesine, illegal yollardan menfaat ve maddi kazanç elde edilmesine, kuruluş ve kişiler lehinde menfaat sağlanmasına yönelik yapılan, verilerle veya veri işleme ile konu bağlantısı olan suçlar bilişim suçları olarak tanımlanmaktadır.<sup>2</sup>

Bilişim teknolojileri ve internet dünyasındaki gelişmelerin hızlanması hayatın her alanında büyük kolaylıklar sağlarken, sanal alanda gerçekleşen ihlallerin de artmasına sebep olmuştur. Bu nedenle ihlalleri önlemeye yönelik hukuki düzenlemeler yapılması kaçınılmaz hale gelmiştir. Sanal ortam, yarattığı kolaylıklar ve fırsatlarla suç işlenmesini son derece kolaylaştırma-



vides, but it also creates an environment where the criminals cannot be followed. It is essential that legislation keeps pace with these developments so that authorities can respond to the innovations that result with developments in information technologies and the internet.<sup>3</sup>

## II. HISTORICAL DEVELOPMENT

Informatics is defined by the Turkish Language Association as “The science of processing information, which is the basis of science, which is used by human beings in technical, economic and social fields, especially through electronic machines, informatic.”<sup>4</sup> Although there is no common definition of cybercrimes, the most widely accepted definition comes from the European Economic Community Experts Commission, May 1983, which states cybercrime is “information that is not legal, immoral or in a system that automatically processes information or transfers data, or any unauthorized conduct”.<sup>5</sup>

The development of personal computers led to the use of information networks for cybercrimes. The first known cybercrime was committed in the United States of America.<sup>6</sup> This crime on informatics in-

nın yanı sıra suçlunun takibinin de yapılmadığı bir ortam oluşturmaktadır. Bilişim teknolojileri ve internetin gelişimi ile meydana gelen yeniliklere hukuk düzenince cevap verilebilmesi için mevzuatın da bu gelişmelere ayak uydurması elzem olacaktır.<sup>3</sup>

## II. TARİHSEL GELİŞİM

Bilişim, Türk Dil Kurumu uyarınca “(i)nsanoğlunun teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişimde kullandığı ve bilimin dayanağı olan bilginin özellikle elektronik makineler aracılığıyla düzenli ve akla uygun bir biçimde işlenmesi bilimi, enformatik.”<sup>4</sup> olarak tanımlanmış olup bilişim suçları konusunda herkesin ittifak ettiği bir tanım yoksa da en geniş kabul göreni Avrupa Ekonomik Topluluğu Uzmanlar Komisyonu’nun Mayıs 1983 tarihinde Paris Toplantısı’nda, “bilgileri otomatik işleme tabi tutan veya verilerin nakline yarayan bir sistemde gayri kanuni, gayri ahlaki veya yetki dışı gerçekleştirilen her türlü davranış” şeklinde tanımlamıştır.<sup>5</sup>

Bilişim ağlarının kullanılmaya başlanmasını, kişisel bilgisayarların geliştirilmesi takip etmiş ve bilişim suçlarına vücut veren eylemler gündeme gelmeye başlamıştır. Bu alanda bilinen ilk bilişim suçu Amerika Birleşik Devletleri’nde gerçekleşmiştir.<sup>6</sup> ABD Minneapo-

## DİPNOT

1 İç İşleri Bakanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü, Siber Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı, “Siber Suç Nedir?”, <https://www.egm.gov.tr/siber/siber-sucnedir> (Erişim Tarihi, 21.07.2020.)

2 İç İşleri Bakanlığı Jandarma Genel Komutanlığı, Suçla Mücadele; “Bilişim Suçu”, <https://www.jandarma.gov.tr/bilism-suclari> (Erişim Tarihi, 21.07.2020.)

3 Cahit Aliusta, Recep Benzer, “Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi ve Türkiye’nin Dahil Olma Süreci”, Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi, Aralık 2018, Cilt:4, No:2, S:35-42.

4 Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi, 20.07.2020.)

5 C. Özel, (2002). Bilişim-İnternet Suçları. Er. Tar. 20.09.2011, [http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/bilism\\_internet\\_suclari.htm](http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/bilism_internet_suclari.htm) ‘dan aktaran; Ebru Altunok, Ali Fatih Vural, Bilişim Suçları, Erişim için bkz. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/208853> Er. Tar. 20.07.2020.

6 Levent Kurt, Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması, Seçkin Yayınları, İstanbul, Eylül 2005, s.157.



## PART 9

THE WORD “SIBER”, EQUIVALENT TO “CYBER” IN ENGLISH, HAS MEANINGS PERTINENT TO COMPUTER NETWORKS AND THE INTERNET.

involved the falsification of bank accounts by a computer expert in Minneapolis City Bank, USA. Following this incident, discussions arose regarding the legal regulations involved and a new branch of American law was formed, “Computer Law”.<sup>7</sup> The necessity of working on this field of criminal law emerged particularly following the development of the internet, through which the majority of cybercrimes are committed. With the increasingly intensive use of the internet from 1994 for illegal acts, important national and international regulations were introduced.

As cybercrimes are not restricted to national boundaries, the aim is to create uniform legal arrangements in order to effectively defend against these crimes worldwide.<sup>8</sup> One result of the works carried out in this context was the EU Convention on Cybercrime, which entered into force on November 23rd, 2001. Following the signing of this convention by Turkey on November 10th, 2010, Law numbered 6533 dated 22.04.2014 on Approval of Convention on Crimes Committing on a Virtual Platform entered into force, after being published in the Official Gazette dated 05.02.2014, number 28988. Thus, the European Convention on Cybercrime was integrated into Turkish domestic law.

Crimes on informatics were set out in detail in Turkish Penal Code (“TPC”) number 5237, which was accepted and enacted on 26th September, 2004. Recognizing the need to continue such studies and to ensure an effective defense against cybercrime, in 2007, Law No. 5651 on the Regulation of Broadcasts on the Internet and Fight Against Crimes Committed Through These Broadcasts and a series of other regulations were brought into force.

### III. CYBER CRIMES

Owing to the opportunities offered by information technology and the facilities enabling access to these opportunities all over the world, the intensive and effective use of virtual world tools has increased in both the public and private sector. In addition to the

lis City Bank’da bilgisayar uzmanı tarafından banka hesaplarında tahrifat yapılması ile ilk kez gündeme geldiği bilinen bilişim suçları, bu olayın ardından hukuki düzenlemelerin de muhatabı olmaya başlamıştır. Bu kapsamda Amerikan Hukukunda “Computer Law” olarak yeni bir hukuk dalı oluşmuştur.<sup>7</sup> Özellikle internetin bulunması ve günümüz itibarıyla bilişim suçlarının büyük çoğunluğunun internet vasıtasıyla işlenmesi sebebiyle ceza hukuku alanında bu konu üzerine çalışılmasını gerekli kılmıştır. 1994 yılı ve sonrasında internetin yoğun şekilde kullanılmasıyla hukuka aykırı eylemlerdeki artış sonucu ulusal ve uluslararası alanda ciddi düzenlemeler yapılmıştır.

Bilişim suçlarının ulusal sınırlar içerisinde kalmaması, bu suçlarla dünya çapında etkin şekilde mücadele edilmesini gerekli kıldığından hukuki düzenlemelerin yeknesaklaştırılması amaçlanmıştır.<sup>8</sup> Bu kapsamda yapılan çalışmaların neticesinde 23 Kasım 2001’de Avrupa Siber Suç Sözleşmesi yürürlüğe girmiştir. İlgili sözleşmenin Türkiye tarafından 10 Kasım 2010’da imzalanmasının ardından 22.04.2014’de 6533 sayılı Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, 02.05.2014 tarihli ve 28988 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Böylece Avrupa Siber Suç Sözleşmesi iç hukukumuzda dahil olmuştur.

Bu doğrultuda, bilişim suçlarına detaylı olarak yer verilen 26.09.2004 tarihinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (“TCK”) kabul edilerek yasalaşmıştır. Bununla sınırlı olmaksızın bu minvaldeki çalışmalar devam etmiş ve 2007 yılında 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi Ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun ve devamında bir dizi düzenleme yürürlüğe girerek siber suçlara ilişkin etkin bir mücadele sağlanması amaçlanmıştır.

### III. SİBER SUÇLAR

Tüm dünya genelinde bilişim teknolojisinin sunduğu imkanlar ve bu imkanlara erişimdeki kolaylıklar sayesinde gerek kamusal alanda gerek özel sektörde sanal alemin

facilities it provides, this development has also led to changes in violations of the law as information systems have begun to be used to commit crimes more usually committed in the traditional way. In parallel with these technological developments, new types of crimes in the field of informatics have emerged.

The word “siber”, equivalent to “cyber” in English, has meanings pertinent to computer networks and the internet. Cybercrime therefore, “refers to all crimes that target the security of an information system and the data contained in this system and subject to the illegal seizure of these data”.<sup>9</sup> According to the European Commission’s definition, “cybercrimes consist of criminal acts committed online using electronic communication networks and information systems.”<sup>10</sup> However, since it is possible for every type of crime to be committed through information systems, every crime committed using information systems cannot be defined as a cybercrime and/or crime on informatics.

As there is a worldwide increase in illegal acts within the virtual world, or cyber space, it is necessary to define cybercrimes by legal order and to determine their status with regard to existing criminal law rules.<sup>11</sup>

#### A. How Cybercrimes Are Committed

Information systems refer to all kinds of computers and data systems, and, reflecting that, the methods of committing crimes in the cyber world differ. However, the most common methods are as follows:

Trojan Horse: These programs are named according to their features but they all serve the same purpose. The Trojan horse method threatens information security by allowing remote management of a system by tricking users into loading what seems a useful program onto their computer.<sup>12</sup>

Displacement: This is using an authorized or limited access authority password or access code or imitating its unique characteristics.<sup>13</sup>

İNGİLİZCEDE “CYBER” KELİMESİNİN KARŞILIĞI OLAN “SİBER” KELİMESİ, BİLGİSAYAR AĞLARINA AİT OLAN, İNTERNETE AİT OLAN, ANLAMLARI TAŞIMAKTADIR.

yoğun ve etkin kullanımı artmıştır. Sağladığı kolaylıkların yanı sıra bu gelişim hukuka aykırılıklarda da birtakım değişiklikler yaratmış, klasik suç tiplerinin işlenme şekillerinde bilişim sistemleri kullanılmaya başlanmış, teknolojik gelişime paralel olarak doğrudan bilişim alanında gerçekleşen yeni suç tipleri ortaya çıkmıştır.

İngilizcede “cyber” kelimesinin karşılığı olan “Siber” kelimesi, bilgisayar ağlarına ait olan, internete ait olan, anlamları taşımaktadır. Bu bağlamda “siber suçlar, bir bilişim sisteminin güvenliğini ve bilişim sistemi içerisinde yer alan verileri hedef alan ve bu verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesini konu alan bütün suçları” ifade eder.<sup>9</sup> Avrupa Komisyonunun yaptığı tanıma göre ise, “siber suçlar elektronik iletişim ağları ve bilgi sistemleri kullanılarak çevrimiçi olarak işlenen suç işlemlerinden oluşur.”<sup>10</sup> Ancak her suç tipinin bilişim sistemleri aracılığıyla işlenmesi mümkün olduğundan, bilişim sistemi kullanılarak işlenen her suç siber suç ve/veya bilişim suçu olarak değerlendirilmeyecektir.

İnternet ağlarının tüm dünyayı sarması siber alan olarak isimlendirilen sanal alemdeki hukuka aykırılıkların artmasına sebep olduğu için siber suçların hukuk düzeni tarafından tanımlanması ve ceza hukukunda mevcut kurallar karşısındaki konumlarının belirlenmesini gerekli kılmıştır.<sup>11</sup>

#### A. Siber Suçların İşleniş Şekilleri

Her türlü bilgisayar ve veri sistemini ifade eden bilişim sistemlerindeki gelişime paralel olarak siber dünyada işlenen suçların işleniş şekilleri de birlikte farklılık arz etmektedir. Ancak en bilinen yöntemler aşağıdaki şekildedir:

Truva Atı: bu programlar özelliklerine göre değişik isimlerle adlandırılrsa da hepsi aynı amaca hizmet etmektedir. Truva atı yöntemi, yararlı gibi görünen bilgisayar programlarının arkasında yer alan gizli kod ile sistemi ele geçirerek uzaktan yönetim sağlayarak bilişim güvenliğini tehdit etmektedir.<sup>12</sup>

Yerine Geçme; yetkili veya sınırlı erişim yetkisi olan kişinin, parola veya erişim kodunun yazılması veya ona özgü niteliklerin taklit edilmesidir.<sup>13</sup>

#### DİPNOT

<sup>7</sup> Murat Volkan Dülger, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, September 2015, p.114.

<sup>8</sup> Cahit Aliusta, Recep Benzer, “Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi ve Türkiye’nin Dahil Olma Süreci”, Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi, December 2018, Vol:4, No:2, p.35-42.

<sup>9</sup> İç İşleri Bakanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü, Siber Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı, “Siber Suç Nedir?”, <https://www.egm.gov.tr/siber/siber-sucnedir> (Erişim Tarihi, 21.07.2020.)

<sup>10</sup> Süleyman Yılmaz / Gökçe Filiz Çavuşoğlu, Kişisel Verileri Koruma Hukuku, Yetkin Basımevi, Ankara, 2020, s.147.

<sup>11</sup> Oğuz Turhan, “Bilgisayar Ağları ile İlgili Suçlar”, Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı Hukuk Müşavirliği, Planlama Uzmanlığı Tezi, Ankara, April 2006, p. 32.

<sup>12</sup> Ibid., s. 56.

<sup>13</sup> Levent Kurt, Açıklamalı-İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması Seçkin Yayınları, İstanbul, 2005, s.60-77.

## PART 9

**Network Worms:** These are programs that can run themselves, without the need for user intervention. They enter the system by bypassing the firewall (for example, where easy passwords are used) and accessing the information network.

**Unwanted Electronic Messages:** Spam, technically, is the sending of large numbers of copies of the same compelling message over the internet to people who have not requested the message.

Other methods include trash, eavesdropping, data spoofing, scanning, super hit, salami technique, secret doors, asynchronous attacks, software bombs, wolves, bug ware computer viruses, piggyback, logic bombs, credit card frauds, rabbits, chameleons, fake messages, etc.

#### IV. CRIMES ON INFORMATICS UNDER TURKISH CRIMINAL LAW NO 5237

Crimes on informatics within the scope of the TPC (Turkish Penal Code) are regulated in the section titled "Crimes in the Field of Information". The crimes set out in this section are crimes that can be committed with information systems, for example theft and fraud. However, it should be noted that this distinction is not always clear as new forms of crime emerge as technology develops.

It is possible to evaluate cybercrimes under the TPC in two separate categories. Crimes on Informatics includes Access to data processing system (TPC Art. 243); Hindrance or destruction of the system, deletion or alteration of data (TPC Art. 244); Improper use of bank or credit cards (TPC Art. 245); and illegal devices or programs (Art.245/A). The second category is Crimes that Can Be Committed through Informatics. These crimes are Defamation (TPC Art.125); Violation of communicational secrecy (TPC Art. 132); Tapping and recording conversations between individuals (TPC Art.133); Violation of privacy (TPC Art.134); Recording of personal data (TPC Art.135); Unlawful delivery or acquisition of data (TPC Art.136); Theft (TPC Art. 142/2-e); and Qualified form of fraud (TPC Art.

**Ağ Solucanları;** kullanıcı müdahalesi gerekmeden, kendi kendini çalıştırabilen, bilişim ağında ulaştıkları sistemin güvenlik duvarıyla karşılaştıklarında iyi oluşturulmamış güvenlik duvarını (kolay şifreler gibi) aşarak sisteme giren programlardır.

**İstem Dışı Alınan Elektronik İletiler;** Spam teknik olarak, internet üzerinde aynı mesajın çok sayıdaki kopyasının, bu mesajı alma tabiiyetinde bulunmayan kişilere zorlayıcı olarak gönderilmesidir.

**Diğer Yöntemler ise,** çöpe dalma, gizlice dinleme, veri aldatmacası, tarama, süper darbe, salam tekniği, gizli kapılar, eş zamansız saldırılar, yazılım bombaları, kurtlar, bug ware bilgisayar virüsleri, sırtlama, mantık bombaları, kredi kartı sahtekârlıkları, tavşanlar, bukalemun, sahte iletiler vb. olarak özetlenebilir.

#### IV. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU KAPSAMINDA BİLİŞİM SUÇLARI

TCK kapsamında bilişim suçları, "Bilişim Alanında Suçlar" bölümünde düzenlenmiştir. Bu bölümlerde düzenlenen suçlar bilişim sistemiyle işlenebilen suçlardır. Bunların yanı sıra TCK'da düzenlenen bazı suç tiplerinin bilişim sistemleri aracılığıyla işlenebilmesi de mümkündür. Hırsızlık ve dolandırıcılık suçları bilişim sistemleri kullanılarak işlenebilecek suç tiplerine örnek verilebilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, gelişen teknoloji sebebiyle yeni suç işleniş şekillerinin ortaya çıkması söz konusu olduğundan bu ayrım net bir ayrım değildir.

TCK kapsamındaki bilişim suçlarını iki ayrı kategoride değerlendirmek mümkündür. Bilişim Alanında İşlenen Suçlar; bilişim sistemine girme (TCK m.243), sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme (TCK m.244), banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması (TCK m. 245), yasak cihaz veya programlar (m.245/A). Bunun dışında ikinci kategori ise bilişim Yoluyla İşlenebilen Suçlardır. Bunlar ise, hakaret (TCK m.125), haberleşmenin gizliliğini ihlal (TCK m. 132), kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması (TCK m.133), özel hayatın gizliliğini ihlal (TCK m.134), kişisel verilerin kaydedilmesi (TCK m.135), verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme (TCK

158/1-f). The following sections of this article will discuss crimes regulated under "Crimes in the Field of Informatics" in the TPC.

#### A. Access to data processing systems

Article 243 of the TPC regulates that:  
(1) Any person who unlawfully enters a part or whole of data processing system or remains there is punished with imprisonment up to one year, or imposed punitive fine. (2) In cases where the offenses defined in the above subsection involve systems that are benefited against charge, the punishment to be imposed is increased up to one half. (3)

m.136), hırsızlık (TCK m. 142/2-e), dolandırıcılık (TCK m. 158/1-f) olarak belirtilebilir. Bu aşamada çalışmamızın devamında TCK'da "Bilişim Alanında Suçlar" başlığı altında düzenlenen suçlar ele alınacaktır.

#### A. Bilişim Sistemine Girme Suçu

TCK Madde 243'te düzenlenmiş olup, buna göre;  
"(1) Bir veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren veya orada kalmaya devam eden kimseye bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir. (2) Yukarıdaki fıkrada tanımlanan fiillerin bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilir. (3) Bu fiil

it is not clear whether the principle of consumer protection will be applied in all cases where the buyer is a consumer.

Bununla beraber alıcının tüketici olduğu her durumda tüketicinin korunması ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı da anlaşılammaktadır.

If such act results with deletion or alteration of data within the content of the system, the person responsible for such failure is sentenced to imprisonment from six months up to two years.<sup>14</sup>

In the preamble of the TPC Article in question, an information system is defined as a magnetic system that allows data to be automatically processed after collecting and placing it. With this regulation, the legislator has protected the security of information systems and criminalizes illegally entering the whole or part of an information system. Regardless of whether a person entered the system illegally to obtain certain data, a crime naturally occurs if the system is entered unfairly and deliberately.<sup>15</sup>

nedeniyle sistemin içerdiği veriler yok olur veya değişirse, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükümlenir."<sup>14</sup>

Söz konusu kanunda yer verilen madde gerekçesinde bilişim sistemi, verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işleme tabi tutma imkânı veren manyetik sistemler olarak tanımlanmış olup kanun koyucu bu düzenleme ile bilişim sisteminin güvenliğini koruma altına almış ve bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına hukuka aykırı olarak girme ve orada kalmaya devam etme eylemine suç vasfı kazandırmıştır. Sisteme, hukuka aykırı olarak giren kişinin belirli verileri elde etmek amacıyla hareket etmiş bulunmasının önemi bulunmamaktadır. Sisteme, doğal olarak, haksız ve kasten girilmiş olması ile suç gerçekleşecektir.<sup>15</sup>

## FOOTNOTE

<sup>14</sup> TPC art. 243.

<sup>15</sup> TPC art. 243, Preamble.

## DİPNOT

<sup>14</sup> TCK m. 243.

<sup>15</sup> TCK m. 243, Gerekçe.



## PART 9

A Court of Appeal decision on this topic states: "Entering the complainant company's system is recognized as a crime under Article 244/1-3 of the TPC, which states to delete, alter, corrupt or bar access to data, prevent the functioning of a data processing system or render such useless, to introduce data into a system or send existing data to another place can not be executed and the act of entering the complainant company's system illegally and continuing to remain there should be accepted as a crime regulated in Article 243/1."<sup>16</sup>

The main factor in the crime of entering an informatics system illegally is "unlawfulness". The victim's permission to enter the system with his/her consent or sharing security information will change the criminal characteristic of the action.

### B. Preventing the Functioning of a System and Deleting, Altering, or Corrupting Data

According to this crime regulated in Article 244 of the TPC:

Any person who prevents the functioning of a data processing system or renders such useless shall be subject to a penalty of imprisonment for a term of one to five years. (2) Any person who deletes, alters, cor-

rupts, or bars access to data, or introduces data into a system or sends existing data to another place shall be subject to a penalty of imprisonment for a term of six months to three years. (3) Where this offence is committed in relation to a data processing system of a public institution or establishment, bank or institution of credit, then the penalty to be imposed shall be increased by one half. (4) Where a person obtains an unjust benefit for himself or another by committing the acts defined in the aforementioned paragraphs, and such acts do not constitute a separate offence, he shall be subject to a penalty of imprisonment from two years to six years and a judicial fine of up to five thousand days.<sup>17</sup>

Bilişim sistemine hukuka aykırı girme suçunun oluşumu için temel etken "hukuka aykırılık" olup, mağdurun rızası ile sisteme giriş izni vermesi veya güvenlik bilgilerini paylaşması söz konusu eylemi suç vasfından çıkaracaktır.

### B. Sistemi Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme Suçu

TCK madde 244'de düzenlenen bu suçta göre;

"(1) Bir bilişim sisteminin işleyişini engelleyen veya bozan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Bir bilişim sistemindeki verileri bozan, yok eden, değiştiren veya erişilmez kılan, sisteme veri yerleş-

rupts, or bars access to data, or introduces data into a system or sends existing data to another place shall be subject to a penalty of imprisonment for a term of six months to three years. (3) Where this offence is committed in relation to a data processing system of a public institution or establishment, bank or institution of credit, then the penalty to be imposed shall be increased by one half. (4) Where a person obtains an unjust benefit for himself or another by committing the acts defined in the aforementioned paragraphs, and such acts do not constitute a separate offence, he shall be subject to a penalty of imprisonment from two years to six years and a judicial fine of up to five thousand days.<sup>17</sup>

This regulation turns acts that damage systems into a special crime. The subject of the crime is the physical existence of the vehicle and all other elements that ensure its functioning.<sup>18</sup> A crime occurs upon one of the optional actions in the legal definition taking place.

The crime of destroying or altering data in an information system takes place when data that the system user has recorded on the system is destroyed or changed. The crime of preventing the functioning of an information system occurs when a user is prevented from entering the relevant information system. The crime of corrupting an information system occurs when the operation of an information system is disrupted or it is ensured that the expected benefit from the system cannot be obtained.

In this decision, the Court of Appeal considered that blocking a user's access to their Facebook account by obtaining the user's password falls within the scope of this crime.<sup>19</sup> In another decision, it was ruled that the defendant, who illegally entered the complainant's e-mail account and blocked the complainant's access to it by creating a new password and then used the e-mail address, should be punished for the crime of "Preventing the Functioning of a System and Deleting, Altering, or Corrupting Data".<sup>20</sup>

In another case, a complainant filed a lawsuit alleging that someone had blocked access to his Facebook account by accessing the account and changing his password. However, the complainant stated that he had then changed his password by answering the security question upon Facebook's notification and, as a result of the complainant's intervention, the other person could not log

tiren, var olan verileri başka bir yere gönderen kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Bu fiillerin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. (4) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamanın başka bir suç oluşturmaması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasına hükümlenir." şeklinde düzenlenmiştir.<sup>17</sup>

Bu düzenleme ile sistemlere yönelik zarar fiilleri özel bir suç haline getirilmiştir. Suçun konusunu aracın fiziki varlığı ve işlenmesini sağlayan bütün diğer unsurlar oluşturmaktadır.<sup>18</sup> Kanuni tanımdaki seçimlik hareketlerden birinin gerçekleşmesi ile suç oluşmaktadır.

Bilişim sistemindeki verileri yok etme veya değiştirme suçu; sistem kullanıcısı kişinin sistem üzerinde kaydettiği verileri yok etme veya verilerin değiştirilmesi ile gerçekleşmektedir. Bilişim sisteminin işleyişini engelleme suçu; kişinin ilgili bilişim sistemine girmesinin engellenmesiyle gerçekleşir. Bilişim sisteminin bozma suçu; bilişim sisteminin işleyişini bozma veya sistemden beklenen faydanın sağlanmamasını sağlama eylemleri ile oluşacaktır.

Yargıtay ilgili kararında facebook kullanıcısının şifresini ele geçirerek kullanıcının kendi hesabına erişimini engellemesini bu suç kapsamında değerlendirmiştir.<sup>19</sup> Bir başka kararında ise; şikayetçiye ait mail adresine hukuka aykırı olarak giren ve yeni şifre oluşturup katılanın erişimini engelleyerek e-mail adresini kullanan sanığın TCK md.244/2 uyarınca "bilişim sisteminin engelleme, erişilmez kılma, bozma, verileri yok etme veya değiştirme" suçundan cezalandırılması gerektiğine hükmetmiştir.<sup>20</sup>

Diğer bir olayda ise şikayetçinin facebook hesabına erişim sağlanıp şifresinin değiştirilmesi suretiyle hesaba erişiminin engellendiği iddiasıyla dava açılmıştır. Ancak şikayetçinin facebookun bildiri üzerine güvenlik sorusunu cevaplayarak kendi şifresini değiştirdiğini beyan etmesi ve şikayetçinin müdahalesi sonucu diğer kişinin sisteme girişinin sonuçlanmaması nedeniyle bilişim sistemindeki verileri bozma, yok etme, değiştirme veya erişilmez kılma, sisteme veri yerleştirme, var olan verileri başka bir yere gönderme eylemlerinin gerçekleşmediğinin anlaşılması sonucunda, sanığın eyleminin

## FOOTNOTE

<sup>16</sup> Penal Department no.8 of the Court of Appeal, T. 24.6.2014, E. 2013/1777, K. 2014/16144.

<sup>17</sup> TPC art. 244.

<sup>18</sup> TPC art. 244, Preamble.

<sup>19</sup> Penal Department no.8 of the Court of Appeal, D. 1.11.2013, E. 2012/33557, K. 2013/25987.

<sup>20</sup> Penal Department no.8 of the Court of Appeal, D. 23.6.2014, E. 2013/771, K. 2014/15833.



## DİPNOT

<sup>16</sup> Yargıtay 8. Ceza Dairesi, T. 24.6.2014, E. 2013/1777, K. 2014/16144.

<sup>17</sup> TCK m. 244.

<sup>18</sup> TCK m. 244, Gerekçe.

<sup>19</sup> Yargıtay 8. Ceza Dairesi, T. 1.11.2013, E. 2012/33557, K. 2013/25987.

<sup>20</sup> Yargıtay 8. Ceza Dairesi, T. 23.6.2014, E. 2013/771, K. 2014/15833.

## PART 9

into the system and the actions of destroying, changing, or rendering the data in the information system inaccessible, inserting data into the system, and sending the existing data elsewhere did not occur and it was consequently accepted that whether or not the defendant's action constituted the crime of attempting to enter the information system should be discussed at this point.<sup>21</sup>

**C. Misuse of Bank or Credit cards**

According to this crime regulated in Article 245 of the TPC:

Any person who secures a benefit for himself, or another, by acquiring or retaining (by any means), the bank or credit card of another person; or using, or allowing to be used, such a card without the consent of the card holder or the residual owner shall be sentenced to a penalty of imprisonment for a term of three to six years and a judicial fine of up to five thousand days. (2) Any person who produces, sells, transfers, purchases or receives a counterfeit bank or credit card which relates to the bank account of another shall be sentenced to a penalty of imprisonment for a term of three to seven years and judicial fine of up to ten thousand days. (3) Any person who secures a benefit for himself or another by using a counterfeit or falsified bank or credit card shall be sentenced to a penalty of imprisonment for a term of four to eight years and a judicial fine of up to five thousand days, provided such act does not constitute a separate offence. (4) Where an offence described in paragraph one concerns a loss to: a) a spouse of a marriage where such spouse has not been subject to a court decree of separation, b) a direct-ancestor or direct-descendant, direct-in-law, adoptive parent or adopted child; or c) a sibling residing in the same dwelling, no penalty shall be imposed on the person who is related in such a way.<sup>22</sup>

The crime of Misuse of Bank or Credit cards can be committed in three different ways: misuse of real bank or credit cards belonging to another person (TPC Art .245/1), production, sale, transfer, purchase, or receiving a counterfeit bank or credit card (TPC Art .245/2), securing benefit for him or herself or

bilgi sistemine girmeye teşebbüs suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılması gerektiğini kabul etmiştir.<sup>21</sup>

**C. Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu**

TCK m. 245'te düzenlenen bu suça göre;

“(1) Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üreten, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (3) Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (4) Birinci fıkrada yer alan suçun; a) Haklarında aylık kararı verilmemiş eşlerden birinin, b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlâtlığın, c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin, Zararına olarak işlenmesi hâlinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz. Birinci fıkra kapsamına giren fiillerle ilgili olarak bu Kanununun malvarlığına karşı suçlara ilişkin etkin pişmanlık hükümleri uygulanır.”<sup>22</sup>

Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu; başkasına ait gerçek bir banka veya kredi kartının kötüye kullanılması (TCK md.245/1), sahte banka veya kredi kartı üretmek, satmak, devretmek, satın almak veya kabul etmek (TCK md.245/2), sahte bir

another by using a counterfeit or falsified bank or credit card (TPC Art. 245/3).

In the crime of misuse of a real bank or credit card belonging to someone else, the main point is of providing benefit to him or herself or someone else by using or making usable a bank or credit card without the owner's consent. Since the definition of the criminal is regulated as “the person who seized or possessed the card in any way whatsoever” even if the card is stolen, found, or seized with the permission of the card holder, the crime will be committed provided that the card is used without permission and an unlawful benefit is obtained as a result of the action.<sup>23</sup>

In the act of producing, selling, transferring, buying, or accepting a counterfeit debit or credit card, the debit or credit card must be counterfeited and there must be an interest between an existing real account. Within the scope of this act, if there is no account with which the card is linked, it will not constitute the occurrence of a crime. Because the legislator does not seek any conditions to the benefit from the committing of this crime, it is regulated that the formation of the crime would be completed with the realization of one of the optional actions.

banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlamak (TCK md.245/3) şeklinde üç farklı şekilde işlenmesi mümkündür.

Başkasına ait gerçek bir banka veya kredi kartının kötüye kullanılması suçunda asıl olan, kişinin, banka veya kredi kartının sahibinin rızası hilafına kullanılması veya kullandırılmasıyla kendisine veya başkasına yarar sağlamasıdır. Suç tanımında her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse denildiğinden, kartın çalıntı, buluntu ya da kart sahibinin izni ile ele geçirilmesi söz konusu olsa bile izni olmadan kullanılması ve eylemlerin sonucunda hukuka aykırı yarar sağlanması ile suç gerçekleşecektir.<sup>23</sup>

Sahte banka veya kredi kartı üretmek, satmak, devretmek, satın almak veya kabul etmek eyleminde, banka veya kredi kartının sahte olarak üretilmeli ve var olan gerçek bir hesap arasında ilgi bulunmalıdır. İşbu fiil kapsamında kartın bağlantılı olduğu bir hesap olmaması durumunda suçun oluşmasından söz edilemeyecektir. Zira kanun koyucu bu suçun oluşumu için yarar sağlama koşulu aramamış, seçimlik hareketlerden birinin gerçekleşmesi ile suçun oluşumunun tamamlanacağını düzenlemiştir.

**FOOTNOTE**

<sup>21</sup> Penal Department no.8 of the Court of Appeal E. 2016/11922 K. 2017/6655 T. 7.6.2017

<sup>22</sup> TPC art. 245.

<sup>23</sup> Ali Parlar, Türk Ceza Hukukunda Bilgi Suçları, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015.

**DİPNOT**

<sup>21</sup> Yargıtay 8. Ceza Dairesi E. 2016/11922 K. 2017/6655 T. 7.6.2017

<sup>22</sup> TCK m. 245.

<sup>23</sup> Ali Parlar, Türk Ceza Hukukunda Bilgi Suçları, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015.



## PART 9

In the crime of benefiting him or herself or someone else by using a fake bank or credit card, the use of only a fake bank or credit card is not sufficient for the occurrence of a crime, and, as a result, the perpetrator must benefit him or herself or someone else. In cases where the targeted benefit cannot be achieved, it can be easily stated that this crime, which is a crime of damage, remains at the stage of attempt. However, in order for the crime regulated within the scope of this paragraph to be punished, the action must not be another crime that requires a heavier penalty.

## V. CONCLUSION

In the 21st century, the development rate of technology has increased exponentially resulting in a noticeable change in information systems. As a result of ongoing developments, the concept of cybercrime, which is defined as the types of crimes targeting information systems and data in these systems, has emerged. However, the diversification in using these systems contrary to their allocated purposes has led to the commitment of many types of cybercrime with different characteristics. As a result, many countries have focused on their own international regulations as well as their own domestic legal regulations. The legislator, too, is not indifferent to the changes the current age has brought and has created various types of crimes with cybercrime characteristics.

Additionally, there are some crimes regulated in the Crimes on Informatics section of the Turkish Penal Code as Access to a data processing system, hindrance or destruction of the system, deletion or alteration of data, improper use of bank or credit cards, and some other crimes have been deemed not as Crimes on Informatics but as having cybercrime characteristics as defamation, violation of communicational secrecy, tapping and recording of conversations between individuals, violation of privacy, recording of personal data, unlawful delivery or acquisition of data, theft, and qualified form of fraud in different articles.

Sahte bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlamak suçunda, sadece sahte banka veya kredi kartının kullanılması suçun oluşumu için yeterli olmayıp neticesinde failin kendisine veya başkasına fayda sağlaması gerekmektedir. Hedeflenen yararın sağlanmadığı bir dünyada zarar suçu olan bu suçun teşebbüs aşamasında kaldığı rahatlıkla söylenebilecektir. Ancak bu fıkra kapsamında düzenlenen suçun cezalandırılabilmesi için fiilin daha ağır bir cezayı gerektiren başka bir suça vücut vermemesi gerekmektedir.

## V. SONUÇ

21. yüzyılla gelişim hızı katlanarak artan teknolojiyle birlikte bilişim sistemlerinde de gözle görülür seviyede değişim yaşanmıştır. Süregelen gelişmelerin bir sonucu olarak ise bilişim sistemlerini ve bu sistemlerdeki verileri hedef alan suç tipleri şeklinde tanımlanan siber suç kavramı hayatımıza girmiştir. Ancak söz konusu sistemlerin tahsis amaçlarına aykırı kullanımı noktasında meydana gelen çeşitlenme, farklı özellikler gösteren çok sayıda siber suç tipinin işlenmesine neden olmuştur. Bunun sonucunda, birçok ülke kendi iç hukuk düzenlemeleri yanında uluslararası regülasyon çalışmalarına yoğunlaşmıştır. Kanun koyucu ise çağın getirdiklerine kayıtsız kalmamış ve siber suç özelliği taşıyan çeşitli suç tipleri ihdas etmiştir.

Başta Türk Ceza Kanunu'nda Bilişim Alanında İşlenen Suçlar başlığı altında bilişim sistemine girme, sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçlarının düzenlenmesinin yanı sıra "Bilişim Alanında İşlenen Suçlar" başlığı altında yer almamakla birlikte yine siber suç niteliği gösteren suçlar olarak hakaret, haberleşmenin gizliliğini ihlal, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması, özel hayatın gizliliğini ihlal, kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme, hırsızlık, dolandırıcılık suçları farklı maddelerde kendisine yer bulmuştur.

Analysis of Turkish legislation shows regulation of different crimes. However, depending on the development of technology, it should be noted that continuity should be ensured in making additional legislation due to legal systems protecting themselves by preserving their dynamism at every point and are unable to remain independent from the developments of the era. The things to be done regarding cybercrime can be stated as making legislation in line with 21st century developments, ensuring more efficient execution of criminal proceedings, providing the technological infrastructure, and raising awareness of information system users.

Mevzuatımıza bakıldığında farklı suçların düzenlendiği; ancak teknolojinin gelişimine bağlı olarak ek düzenlemelerin hali hazırda yapılmasında sürekliliğin sağlanması gerektiği belirtilmelidir. Zira hukuk sistemleri her çağda dinamizmini koruyarak kendilerini muhafaza etmiş ve buldukları çağın gelişmelerinden bağımsız kalamamışlardır. Siber suçlarla ilgili olarak yapılması gerekenler ise 21. Yüzyılın getirilerine paralel olacak şekilde düzenlemelerin yapılması, suç takiplerinin daha etkin yürütülmesi için teknolojik alt yapının sağlanması ve bilişim sistemi kullanıcılarının bilinçlendirilmesi şeklinde belirtilebilir.

## BIBLIOGRAPHY

İç İşleri Bakanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü, Siber Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı, "Siber Suç Nedir?", <https://www.egm.gov.tr/siber/sibersucnedir> (Access Date: 21.07.2020.)

CAHİT ALIUSTA, RECEP BENZER, "Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi ve Türkiye'nin Dahil Olma Süreci", Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi, Vol:4, No:2, December 2018.

Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr/> (Access Date: 20.07.2020.)

C. ÖZEL, (2002). Bilişim-İnternet Suçları. Access Date: 20.09.2011, [http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/bilism\\_internet\\_suclari.htm](http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/bilism_internet_suclari.htm) 'dan naklen; Ebru Altunok, Ali Fatih Vural, Bilişim Suçları, Erişim için bkz. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/208853> Er. Access Date: 20.07.2020.

LEVENT KURT, Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması, Seçkin Yayınları, İstanbul, September 2005.

MURAT VOLKAN DÜLGER, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, September 2015.

SÜLEYMAN YILMAZ & GÖKÇE FİLİZ ÇAVUŞOĞLU, Kişisel Verileri Koruma Hukuku, Yetkin Basımevi, Ankara, 2020.

OĞUZ TURHAN, "Bilgisayar Ağları ile İlgili Suçlar", Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı Hukuk Müşavirliği, Planlama Uzmanlığı Tezi, Ankara, April 2006.

LEVENT KURT, Açıklamalı-İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2005.

## KAYNAKÇA

İç İşleri Bakanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü, Siber Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı, "Siber Suç Nedir?", <https://www.egm.gov.tr/siber/sibersucnedir> (Erişim Tarihi, 21.07.2020.)

CAHİT ALIUSTA, RECEP BENZER, "Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi ve Türkiye'nin Dahil Olma Süreci", Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi, Vol:4, No:2, Aralık 2018.

Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi, 20.07.2020.)

C. ÖZEL, (2002). Bilişim-İnternet Suçları. Er. Tar. 20.09.2011, [http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/bilism\\_internet\\_suclari.htm](http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/bilism_internet_suclari.htm) 'dan naklen; Ebru Altunok, Ali Fatih Vural, Bilişim Suçları, Erişim için bkz. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/208853> Er. Tar. 20.07.2020.

LEVENT KURT, Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması, Seçkin Yayınları, İstanbul, Eylül 2005.

MURAT VOLKAN DÜLGER, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, Eylül 2015.

SÜLEYMAN YILMAZ / GÖKÇE FİLİZ ÇAVUŞOĞLU, Kişisel Verileri Koruma Hukuku, Yetkin Basımevi, Ankara, 2020.

OĞUZ TURHAN, "Bilgisayar Ağları ile İlgili Suçlar", Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı Hukuk Müşavirliği, Planlama Uzmanlığı Tezi, Ankara, April 2006.

LEVENT KURT, Açıklamalı-İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2005.

## SEQUESTRATION OF MUNICIPAL PROPERTY

### BELEDİYE MALLARININ HACZİ

FATMA BURCU TERCAN  
MUSTAFA FATİH BASMACI

#### ABSTRACT

Public goods that belong to a municipality are non-seizable. Constitutionally, there are some regulations municipality's some private assets that cannot sequester except the goods that assigned to satisfy local and collective needs and public services that are discharged by municipalities that have public legal personality . This study discusses the issue of sequestering a municipality's goods due to that municipality's debt. Because with the decision of Constitutional Court 2014/194 E. and 2015/55 K. numbered and 17.06.2015 dated, regulation of non-seizability in Municipality Code was rescinded, there are some discrepancies caused by different interpretations. This study also aims at eliminating these discrepancies. According to this, after presenting non-seizable goods of the municipality because of that special regulation, principles, and procedures that will be applied assets and incomes, which can be seizable.

#### ÖZET

Belediyeye ait kamusal malların haczi kabil değildir. Anayasa gereği kamu tüzel kişiliğini haiz belediyeler mahalli ve müşterek nitelikte ihtiyaçları karşılamak üzere yerine getirdikleri kamu hizmetlerinin aksatılmaması amacı ile hizmete tahsis edilen malları dışında belediyenin özel mallarından bir kısmının haczedilemeyeceğine ilişkin düzenlemeler söz konusudur. Bu çalışmada, belediyelerin borçları nedeni ile belediyeye ait mallar üzerinde haciz konulması meselesi tartışılacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin 17.06.2015 tarih ve 2014/194 Esas 2015/55 Karar sayılı ilamı ile Belediye Kanunu'nda haczedilemezlik düzenlemesi kısmen iptal edilmiş olup; bu iptal sonrasında uygulamada ortaya çıkan farklı yorumlar dolayısıyla oluşan tereddütlerin giderilmesi amaçlanmıştır. Buna göre, özel düzenleme dolayısıyla haczi kabil olmayan belediyenin malları ortaya konulduktan sonra, haczi kabil olan mal ve gelirlerine uygulanacak esas ve usuller değerlendirilecektir.



#### KEYWORDS

GOODS OF MUNICIPALITY, CLAIM OF NON-SEIZABILITY, PUBLIC GOODS OF MUNICIPALITY, RIGHTS AND CLAIMS OF MUNICIPALITY, SEQUESTRATION



#### ANAHTAR KELİMELER

BELEDİYE MALLARI, HACZEDİLEMEZLİK ŞİKÂYETİ, BELEDİYELERİN KAMUSAL MALLARI, BELEDİYENİN HAK VE ALACAKLARI, HACİZ



## PART 10

According to Article 82 of the Bankruptcy and Enforcement Law no.2004 (“The Law No. 2004”), property and government property, which is non-seizable according to particular laws, cannot be sequestrated. This norm still causes some discrepancies in practice.

Haczedilemezlik kuralını düzenleyen 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun (“2004 sayılı Kanun”) 82. maddesi uyarınca, devlet malları ile özel kanunlarda haczedilemeyeceği ifade edilen idarenin malları üzerine haciz tatbik edilememektedir. Ancak bu kural uygulamada çeşitli tereddütlere yol açmıştır.

## FOOTNOTE

1 Whether the Mayor’s office vehicle should be available for the municipality to carry out the public service, and whether a vehicle allocated as an authority vehicle is actually used in the public service, the municipal vehicle of the debtor municipality, which is the subject of the sequestration complaint, does not have to find the municipal vehicle of the mayor’s office. See Supreme Court of Appeal for decision.

2 Ejder Yılmaz, “Devlet Malları Hak ve Rüçhanlığına Sahip Malların Haczedilememesi”, Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, by enforcement and bankruptcy law 603. m. 82, 1/1 provision It is possible to collect goods that cannot be seized in four categories. These state (public) goods, assets such as government goods, goods that are specified as not to be taken but not belonging to the state, and goods with state property rights and priority.

3 The Constitutional Law, T. 21.10.1992, E. 1992/13, K. 1992/50.

4 Hasan Nuri Yaşar, “İdare Hukuku Genel Esaslar”, İstanbul, Der Publications, 2016, p. 227.

5 Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, “İcra ve İflas Hukuku”, Yetkin Publications, 2014, p. 268-269.

Saim Üstündağ, “İcra Hukuku Esasları”, Nesil Matbaacılık, İstanbul 2004, p. 190.

6 Talih Uyar, “İcra Hukukunda Haciz”, Bilge Yayınevi, Manisa 2016, p. 396.

## I. INTRODUCTION

According to Article 82 of the Bankruptcy and Enforcement Law no.2004 (“The Law No. 2004”), property and government property, which is non-seizable according to particular laws, cannot be sequestrated.<sup>1</sup> This norm still causes some discrepancies in practice. In particular of debate is which state goods are considered government property and whether the assets of other public institutions are included or not.<sup>2</sup> Considering that the provision in question was brought before the Constitutional Court with the unconstitutional allegations, the Supreme Court of Appeal, considering that it is a requirement of the state of law and that the sequestration is an immediate execution against the state. Constitutional Court denied the cancellation request by stating that it would not be appropriate to use it.<sup>3</sup>

The uninterrupted provision of public service comes under the principle of continuity of public service. The administration of a public service has responsibility under the law of continuity of public service. Therefore, every administration which has a public service obligation must take the necessary measures to ensure continuity of service.<sup>4</sup> According to this, by force of the principle of continuity of public service, non-seizability of public goods and more-

## I. GİRİŞ

Haczedilemezlik kuralını düzenleyen 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun (“2004 sayılı Kanun”) 82. maddesi uyarınca, devlet malları ile özel kanunlarda haczedilemeyeceği ifade edilen idarenin malları üzerine haciz tatbik edilememektedir.<sup>1</sup> Ancak bu kural uygulamada çeşitli tereddütlere yol açmıştır. Özellikle devletin hangi mallarının devlet malı sayılacağı ve diğer kamu kuruluşlarının özel mallarının da dâhil olup olmadığı tartışma konusu olmuştur.<sup>2</sup> Söz konusu hükümün anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi önüne götürülmesi ile birlikte Yüksek Mahkeme, hukuka bağlı bir idarenin borçlarını herhangi bir cebir kullanmadan kendiliğinden ödemesinin hukuk devletin gereği olduğu ve haczin idareye tanınmış bir cebri icra olduğu dikkate alındığında, devlete karşı bu cebirin (zorlayıcı gücün) kullanılmasının uygun olmayacağını belirterek, iptal talebini reddetmiştir.<sup>3</sup>

Kamu hizmetinin düzenli şekilde verilmesi kesintisiz öngörülmesi, kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi ile açıklanmaktadır. Kamu hizmetinin sürekliliği ilkesine aykırılık halinde idarenin sorumluluğu doğacaktır; bu sebeple kamu hizmeti yükümlüsü olan her idare hizmetin sürekliliğini sağlayacak tedbirleri almak zorundadır.<sup>4</sup> Buna göre, kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi gereği, hizmetin



over, the principles brought by the budget shall not be subjected to non-predictive violations as a result of forced execution to provide the service without interruption.<sup>5</sup> With the in another expression, sequestration of government property changes these goods’ form of allocation, it will damage public interest by disrupting continuity in state property (patrimuan) and commercial law.<sup>6</sup> In the scope of Law No. 2004 states that with the decision in question, only whether public goods or private goods that belong to “state legal entity” cannot be sequestrated.

According to Article 127 of the Constitution, municipalities, which are local administrations, are a separate legal public entity that provide public service within the framework of the duties assigned to them under the Municipality Law No. 5393 (“The Law No. 5393”) and other legislative provisions. Municipalities are public administrations created by decision-makers established to meet the local and collective needs of inhabitants and have administrative and financial autonomy. Therefore they have an independent legal personality separate from the legal personality of the state and do fall within the scope of regulations for the state. Despite this, Law No 5393 creates some provisions about non-seizability with attributing the rule of “cannot be sequestrated in special laws” that regulated under Article 82 of the

kesintiye uğramadan sağlanması amacıyla kamusal malların haczedilmemesi ve dahası bütçenin getirdiği esasların cebri icra sonucunda öngörü dışı ihlallere uğratılmaması esastır.<sup>5</sup> Bir diğer ifade ile, devlet mallarının haczi, bu malların tahsis şeklini değiştirdiğinden, devletin malvarlığında (patrimuan) ve mali hukukta devamlılığı bozarak kamu yararına zarar verebilecektir.<sup>6</sup> 2004 sayılı Kanun’un kapsamı, söz konusu kararla birlikte, yalnızca “devlet tüzel kişiliğine” ait gerek kamusal malların gerek özel malların haczedilemeyeceğini ifade etmektedir.

Anayasa’nın 127. maddesi gereği mahalli idarelerden olan belediyeler, 5393 sayılı Belediye Kanun (“5393 sayılı Kanun”) ve diğer mevzuat hükümleri uyarınca kendisine verilen görevler çerçevesinde kamu hizmeti gören ayrı bir kamu tüzel kişiliğe haiz olup; belde sakinlerinin mahalli müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan ve karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan, idari ve mali özerkliğe sahip bir kamu idaresidir. Dolayısıyla devlet tüzel kişiliğinden bağımsız bir müstakil tüzel kişiliğe haizdir ve ilgili düzenlemenin kapsamında yer almamaktadır. Buna karşın, 5393 sayılı Kanun, 2004 sayılı Kanun’un 82. maddesinde “özel kanunlarda haczedilemeyeceği” kuralına atıfla haczedilemezliğe ilişkin olarak bazı hükümler sevk ederek belediyelerin kamusal malları ve özel mallarından bazıla-

## DİPNOT

1 Belediyenin kamu hizmetini yürütmesi için belediye başkanının makam aracının bulunmasının gerekip gerekmediği ve makam aracı olarak tahsis edilen bir aracın fiilen kamu hizmetinde kullanılıp kullanılmadığı haczedilemezlik şikayetine konu edilen borçlu belediyeye ait aracın belediye başkanının makam aracının kamu hizmetinin yürütülebilmesi için belediye başkanının makam aracının bulunması gerekmediği yönünde karar için bkz Yargıtay 12. H. D., T. 10.06.2019 E. 2019/7271 K. 2019/9780.

2 Ejder Yılmaz, “Devlet Malları Hak ve Rüçhanlığına Sahip Malların Haczedilememesi”, Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 603. İlk m. 82, 1/1 hükmü (ve orada yollama yapılan ilgili özel kanun hükümleri) karşısında haczedilemeyen malların dört kategoride toplanması mümkündür. Bunlar, devlet (kamu) malları, devlet malları gibi olan mallar, devlet malı olmamakla beraber haczedilemeyeceği belirtilen mallar ve devlet malı hak ve rüçhanlığını haiz mallar.

3 AYM, T. 21.10.1992, E. 1992/13, K. 1992/50.

4 Hasan Nuri Yaşar, İdare Hukuku Genel Esaslar, İstanbul, Der Yayınları, 2016, s. 227.

5 Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları, 2014, s. 268-269.

Saim Üstündağ, İcra Hukuku Esasları, Nesil Matbaacılık, İstanbul 2004, s. 190.

6 Talih Uyar, İcra Hukukunda Haciz, Bilge Yayınevi, Manisa 2016, s. 396.

## PART 10

Law No. 2004 and included the regulation of municipalities that some of its public and private property cannot be sequestered.

This study first provides a general explanation of the principle of non-seizability of public goods and which municipality assesses are covered by non-seizability protection. Following this, the sequestration of goods procedure is evaluated together with the partial annulment decision given by the Constitutional Court.

## II. SEQUESTRATION OF MUNICIPAL PROPERTY

### A. The Principle of Non-Seizability of Public Goods

In the doctrine, public goods are defined as properties that are continuously used for the general purpose, usage, and benefit of society.<sup>7</sup> As these goods are directly associated with public service, they amount to most of the goods owned by an administration and used by the community either directly or as public services.<sup>8</sup> However, an administration's goods are not limited to public goods, which are subject to public law. Administrations generally also have private goods. The goods owned by municipalities, which are a public legal entity, are subject to the distinction between "public good" and "private good" are characterized as public goods. A municipality's public goods are protected within the framework of the principle of non-seizability of public goods. Despite this, legal regulation is required for a municipality to benefit from this principle of private goods if they are not directly allocated to public service.

Law No. 5393 Article 15 Subclause 9 expressly states when public or private goods cannot be sequestered. According to this, public goods that are used by the municipality in the course of providing public service cannot be sequestered. Goods that come under the public service of a municipality are, for example, municipal offices, libraries, university buildings, amphitheatres, laboratories, stadiums, museums, parking areas, irrigation channels, hippodromes, health centers, lodgings, police stations. These cannot be sequestered because they are goods in use. In addition, goods allocated for use in part or wholly by the public such as roads,

rının haczedilemeyeceği düzenlemesine yer vermiştir.

Bu çalışmada, öncelikle kamu mallarının haczedilemezliği ilkesi genel hatları ile açıklanarak, ardından söz konusu atıf dolayısıyla belediyelerin özel mallarından hangilerinin haczedilemezlik korumasının kapsamına girdiği ve haczi kabil malların haciz usulü, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kısmen iptal kararı ile birlikte değerlendirilecektir.

## II. BELEDİYE MALLARININ HACZİ

### A. Kamusal Malların Haczedilemezliği İlkesi

Öğretide kamusal mallar, sürekli olarak genel amaçlara, toplumun kullanımına ve yararlanmasına tahsis edilmiş olan eşyalar olarak tanımlanmaktadır.<sup>7</sup> İdarenin sahip olduğu malların büyük kısmını oluşturan kamusal mallar, kamu hizmeti ile yakından ilişkili olduğundan halk, bu mallardan doğrudan ya da kamu hizmetleri vasıtası ile yararlanmaktadır.<sup>8</sup> Ancak idarenin malları yalnızca kamu hukuku rejimine tabi kamusal mallarla sınırlı olmayıp, idarenin özel malları da bulunmaktadır. Kamu tüzel kişisi niteliğini haiz belediyelerin sahip oldukları mallar da geniş anlamıyla kamu malı niteliğinde olup, "kamusal mal" ve "özel mal" ayrımına tabidir. Belediyenin kamusal malları, kamusal malların haczedilemeyeceğine ilişkin genel ilke çerçevesinde korunmaktadır; buna karşın belediyenin doğrudan kamu hizmetine tahsis edilmemiş özel mallarına ilişkin bu ilkeden yararlanması ancak kanuni bir düzenleme ile mümkündür.

5393 sayılı Kanun'un 15. maddesinin 9. fıkrasında, belediyenin gerek kamusal malları gerek özel mallarından bazılarının haczedilemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Buna göre, kamusal mallardan belediyenin kamu hizmetinde fiilen kullandığı malları haczedilemez. Buna göre, belediye tarafından görülen kamu hizmetinde, bu hizmetin bir unsurunu oluşturan mallar, örneğin, belediye sarayları, kütüphaneler, üniversite binaları, amfiler, laboratuvarlar, stadyumlar, müzeler, otoparklar, sulama kanalları, hipodromlar, sağlık ocağı binaları, lojmanlar, karakollar gibi hizmet malları fiilen kullanıldığından haczedilemez. Bununla birlikte, kamunun tamamının veya bir kısmının kullanımına tahsis edilen

squares, marketplaces, parks, fairgrounds, and pastures are also non-seizable.<sup>9</sup> The critical point in relation to the sequestration of goods is the presence of actual allocation. According to this, even if the administration has not allocated the related goods by administrative procedure, these goods should not be used in public service. Otherwise, also the goods in question cannot be sequestered thereunder The Law No.5393 Article 15.

It should also be pointed out that under this regulation, any goods allocated to the public service directly by the municipality do not need to be in use. In addition, although a municipality's goods may not be in use by the municipality, if these goods are allocated to public service by a private legal person serving public service, these goods may not be sequestered as they have been allocated.

### B. Municipal Goods that Are Non-Seizable

According to Law No.5393 Article 15 Subclause 9, "Any municipality income from project borrowing, conditional donations, and goods used in public services, and any taxes, duties, and fees collected by the municipality cannot be sequestered." In addition to this provision, under Law No.5393 Article 73, real estate transferred to a municipal by agreement cannot be sequestered in areas declared subject to urban development and transformation. The following is an analysis of the regulations that expressly include the principle of non-seizability.

### 1. Revenues from Project Borrowing

The first sentence of the last paragraph of Article 15 of Law No. 5393, reads "The revenues of the municipality through borrowing in return for the project ... cannot be sequestered." According to this provision regarding municipalities' provision of public service, income from projects such as bridge construction, subway construction, and construction of treatment facilities from both domestic and foreign institutions and foundations or international institution borrowings (except grants) should not be sequestered. "İller Bankası",<sup>10</sup> provincial private office and other public institutes and institutions or from international institutions.

veya yollar, meydanlar, pazar yerleri, parklar, panayır yerleri, otlaklar gibi orta malı niteliğinde bulunan malların da haczi kabil değildir.<sup>9</sup> Söz konusu malların haczi bakımından dikkat edilmesi gereken husus, fiili tahsisin varlığıdır. Buna göre idare, ilgili malları idari işlemle tahsis etmemiş olsa dahi, bu malların fiilen kamu hizmetinde kullanılmaması gerekmektedir; aksi halde söz konusu mallar da 5393 sayılı Kanun'un 15. maddesi uyarınca haczedilemez.

Belirtmek gerekir ki, ilgili düzenleme uyarınca kamu hizmetine tahsis edilen malların doğrudan belediye tarafından kullanılması da lüzum bulunmamaktadır. Belediyenin mallarının doğrudan belediye tarafından kullanılmamasına karşın, bu malların kamu hizmetini gören özel hukuk kişisi tarafından kamu hizmetine tahsisi halinde, söz konusu tahsis dolayısıyla bu malların da haczi mümkün değildir.

### B. Haczi Kabil Olmayan Belediyenin Malları

5593 sayılı Kanun'un 15. maddesinin 9. fıkrasına göre, "Belediyenin proje karşılığı borçlanma yolu ile elde ettiği gelirleri, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri haczedilemez." şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükme ek olarak, 5593 sayılı Kanun'un 73. maddesi uyarınca, kentsel gelişim ve dönüşüm alanı ilan edilen bölgelerde, anlaşma yolu ile belediye mülkiyetine geçen gayrimenkullerin de haczedilmesi mümkün değildir. Bu başlık altında, haczedilemezlik kuralına açıkça yer veren düzenlemeler incelenecektir.

### 1. Proje Karşılığı Borçlanma Yolu ile Elde Edilen Gelirler

5393 sayılı Kanununun 15. maddesinin son fıkrasının ilk cümlesinde, "Belediyenin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde ettiği gelirleri ... haczedilemez" ifadesi yer aldığından, bu hükme göre belediyelerin kamu hizmeti yürütümüne ilişkin olarak, İller Bankası<sup>10</sup>, il özel idaresi ile diğer kamu kurum ve kuruluşları ya da uluslararası kuruluşlardan köprü inşaatı, metro yapımı, arıtma tesisi yapımı gibi bir proje karşılığı olarak gerek yurt içi gerekse yurtdışından borçlanma yoluyla temin ettiği gelirlerin (hibe olanlar hariç) haczi yoluna gidilmemesi gerekmektedir.

## DİPNOT

<sup>7</sup> Gözler, kamu mallarını, kamunun doğrudan kullanımına veya özel düzenlemelerle bir kamu hizmetine tahsis edilen kamu tüzel kişilerine ait mallar olarak tanımlamaktadır. Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri, 10. B., Ekin, Bursa, 2019, s. 615. Kamusal malların belirlenmesinde organik ve maddi koşul olmak üzere iki koşul aranmaktadır. Organik koşul ile kastedilen, bir malın kamu malı sayılabilemesi için bir kamu tüzel kişisine, yani devlete, yerel idarelere veya kamu kurumlarına ait olması gerekir. Maddi koşula göre ise malın, kamunun ortak kullanımına ve yararlanmasına ya da bir kamu hizmetine özel bir düzenleme ile tahsis edilmiş olması gerekir. Şeref Gözübüyük / Turgut Tan, İdare Hukuku, C.1, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi 7.B., Ankara, 2019, s.895)

<sup>8</sup> Hamza Eroğlu, İdare Hukuku Genel Esasları İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi", İşin Publications, 1984, Ankara, p. 306.; İsmet Giritli / Pertev Bilgen / Tayfun Akgüner / Kahraman Berk, "İdare Hukuku", 4. P., Der Publications, İstanbul 2011 p. 835.

<sup>9</sup> Hakan Hasırcı, "Belediye Mallarının Haczi, (Erişim: 25.02.2020) <https://dSPACE.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/123456789/49230/22304.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

<sup>10</sup> 26.01.2011 tarihinde kabul edilip, 08.02.2011 tarih ve 27840 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 6107 sayılı Kanunla özel hukuk hükümlerine tabi, tüzel kişiliğe sahip, anonim şirket statüsünde "İller Bankası Anonim Şirketi" unvanıyla bir kalkınma ve yatırım bankası kurulmuş ve bankanın kısaltılmış unvanı "İlbank" olarak düzenlenmiştir.



## PART 10

**2. Conditional Donations**

The inferior goods which cannot be sequestrated under the regulation in question are the conditional donations to municipality.<sup>11</sup> When the issue of conditional donations that cannot be sequestrated is examined in the light of 285th and subsequent articles of the Law of Obligations No.6098 regarding "donation", conditional donations to municipalities are all kinds of securities, real estate and monies that are donated for public use, for a specific purpose, given by a public or private legal and real persons for a specific business or practice or covers similar things donated by imposing an absolute obligation on the municipality under a certain condition, for a certain purpose, the condition of non-transferability, unsalability, and indivisibility should be taken as a basis in a conditional donation.

In practice, in any sequestration, if the good that sequestrated by the municipality is claimed to be that is a conditional donation, considering that the municipality is a public institution and all kinds of transactions are carried out in accordance with certain procedures, principles, and records if it is a chattel good, a document (official or private) indicating that it has been donated conditionally and a formal document that this donation has been registered in the municipality records should be submitted; if it is an immovable property, this property has been registered and annotat-

**2. Şartlı Bağışlar**

İlgili düzenleme uyarınca haczedilemeyeceği belirtilen ikinci mallar, belediyeye yapılmış olan şartlı bağışlardır.<sup>11</sup> Şartlı bağışların haczedilmezliği hususu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "bağışlamaya" ilişkin 285. ve müteakip maddeleri ışığında incelendiğinde; belediyelere yapılan şartlı bağışın, kamu hizmetinde kullanılmak üzere, belli bir amaç için bağışlanan, belli bir iş veya uygulama için belediyelere kamu veya özel tüzel ve gerçek şahıslarınca verilen her türlü menkul, gayrimenkul mallar ile paralar olduğu ya da belli bir şartla belediyeye belli bir yükümlülük yükleyerek hibe edilen benzeri şeyleri kapsadığı, belli bir amacın gerçekleşmesi veya belli bir amaç için kullanıma sunulan şeylerin haczinin mümkün olmayacağı ve şartlı bağışlarda devredilmezlik, satılamazlık, bölünemezlik şartının esas alınması gerekmektedir.

Uygulamada herhangi bir haciz olayında, belediye tarafından haczedilen malın şartlı bağış olduğunun iddia edilmesi durumunda, belediyenin bir kamu kuruluşu olduğu nazara alındığında her türlü muamelesinin belli usul, esas ve kayıtlar muvacehesinde yürütüldüğü dikkate alınarak, haczedilen şey menkul mal ise bunun şartlı bağışlandığına dair bir belgenin (resmi veya özel) ve bu bağışın belediye kayıtlarına alındığına dair resmi bir evrakın ibraz edilmesi, taşınmaz mal ise bu taşınmazın şartlı bağış yapıldığına dair tapuya tescil ve şerh edil-

ed to the title deed that a conditional donation has been made, similiary, for other chattels that need to be registered, the same issue must be confirmed by the municipality. For example, if the real person (A) has donated a property that belongs to him, on condition that a protection house for women and children is built to (Y) and if this condition is registered and annotated, it is not possible to sequestration the land in question.

In accordance with the opponent meaning of the regulation, the donations to the municipalities without including any condition can be sequestrated. In our opinion, legislator's exclusion of "conditional" donations is because the donations made to the municipality express a provision on condition and it is a right decision.

**3. Taxes, Duties and Other Revenues**

Taxes, duties, and fees collected by the municipality are non-seizable. In this context, in accordance with the first paragraph of Article 7 of the Law No. 5779 on Providing Shares from General Budget Tax Revenues to Municipalities and provincial administrations, the shares to be allocated to the provincial administrations and municipalities and the shares to be given to these administrations by the other laws, is non-seizable as it is accepted under the tax. In this regard, it is possible to come across regulations in other laws regarding the inability to obtain the public receivable. For example, the share of the municipality's participation in the expenditures of roads, sewage and water facilities regulated in Articles 86 and 88 of the Municipal Revenues Law No. 2464 is collected from people who directly benefit from the services provided by the municipality, even though they are not taxed, not paid, under the Law No. 5779. Participation shares must not be sequestrated because they impose a financial obligation in terms of Tax Law.<sup>12</sup>

On the other hand, the municipalities' money collected in a bank with a single account number can be sequestrated without any separation in terms of taxes, duties, and fees. However, if there are tax, duty and fee revenues that cannot be sequestrated in this account, it should be put forward by the municipalities to prove the claim in this regard, to be shown with sufficient and convincing documents or to be fixed by the court decision to be taken, or to the relevant institu-

miş olması, aynı şekilde sicile kaydı gereken diğer menkuller için aynı hususun tahkik ve belediye tarafından teyit edilmesi gerekmektedir. Örneğin, (A) gerçek kişisi mülkiyeti kendisine ait olan bir arsayı, kadın ve çocuk koruma evi yapılması şartıyla (Y) Belediyesine bağışlamış ve bu şart tapuya tescil ve şerh edilmiş ise, söz konusu arsanın haczedilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Söz konusu düzenlemenin mevhumu muhalifi uyarınca, şarta bağlı olmadan belediyelere yapılan bağışlar haczedilebilecektir. Kanun koyucunun "şarta bağlı" bağışlamaları dışarıda bırakması, kanaatimizce belediyeye yapılan bağışlamaların şart karşılığında hüküm ifade etmesi dolayısıyladır ve isabetlidir.

**3. Vergi, Resim ve Harç ve Diğer Gelirleri**

Belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirlerinin haczi kabil değildir. Ayrıca, bu kapsamda 5779 sayılı İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanunu'nun ("5779 sayılı Kanun") 7. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, il özel idareleri ve belediyelere, genel bütçe vergi gelirleri tahsilatından ayrılacak paylar ile diğer kanunlarda bu idarelere verilmesi öngörülmüş paylar da vergi kapsamında kabul edildiğinden hacze kabil değildir. Bununla birlikte elde edilen amme alacağının haczedilmeyeceğine ilişkin başka kanunlarda da düzenlemelere rastlamak mümkündür. Örneğin, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun ("2464 sayılı Kanun") 86 ve 88. maddelerinde düzenlenen belediyenin yol, kanalizasyon ve su tesisleri harcamalarına katılma payları dar anlamda 5779 sayılı Kanun kapsamında vergi, resim harç olmasalar da belediyenin sunduğu yol, kanalizasyon ve su tesisleri hizmetlerinden doğrudan doğruya yararlanan kişilerden tahsil edilen katılma payları Vergi Hukuku açısından resim benzeri bir mali yükümlülük getirdiğinden haczedilememesi gerekmektedir.<sup>12</sup>

Diğer taraftan, belediyelerin bankalarda vergi, resim ve harç geliri olarak ayırım yapmadan tek hesap numarasında toplanan paraları haczedilebilecektir. Ancak bu hesapta haczi mümkün olmayan vergi, resim ve harç gelirleri mevcutsa, bu husustaki iddianın belediyelerce ileri sürülmesi, yeterli ve inandırıcı nitelikteki belgelerle ispat edilmesi veya doğruluğunun alınacak

**FOOTNOTE**

<sup>11</sup> It is sufficient for the donation to the municipality to be conditional; see whether the donation is conditionally and does not prejudice the quality of the donation. The General Assembly of the Court of Cassation, 20.03.2013, E. 2012 / 12-719, K. 2013/388.

<sup>12</sup> The Constitutional Court, 28.03.2002 T., 2001/5, E. 2002/42, K. Official Gazette: 05.09.2002.

**DİPNOT**

<sup>11</sup> Belediyeye yapılan bağışın şarta bağlı olmasının yeterli olduğu; bağışın şarta uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının bağışın niteliğine halel getirmediğine ilişkin bkz. Yargıtay HGK, T., 20.03.2013, E. 2012/12-719, K. 2013/388.

<sup>12</sup> AYM, 28.03.2002 T., 2001/5, E. 2002/42, K. R.G. 05.09.2002.

## PART 10

tions; For example, if the correctness of the claim is understood as a result of the correspondence with the banks, the sequestration on the part of the tax, duty and fee income that are non-seizable will be removed, and sequestration process on revenues other than these will continue.<sup>13</sup>

On the other hand, it is essential to note that the revenues of the municipality that are collected in return for water,<sup>14</sup> wastewater and service, which are excluded from tax, duties and fees, and which are required to be collected in accordance with the provisions of private law, can be seized.

#### **4. Real Estates that Transfer to Municipal Property by Agreement in the Regions Declared Urban Development and Transformation Area**

Paragraph 7 of Article 73 of Law No. 5393 states that "(r)real estates that are transferred to the municipal property as a result of the agreement cannot be foreclosed." The works and procedures related to the declaration of the transformation area regarding the applications within the scope of Article 73 of the Municipality Law No. 5393 are also carried out by the Ministry of Environment and Urbanization. According to Article 73 of the Law No. 5393, the municipalities under the Law on Real Estate Owners in Urban Transformation and Development Project Areas and Some Transactions to be Applied to the Buildings and Buildings That are in Conformity with the Zoning and Slum Law No. 2981 dated 24.02.1984 and the Law No. 6785 Real estate owners in the urban change and development project areas are granted rights in the urban transformation and development project area in case of agreement with the beneficiaries. Real estates that are transferred to the municipal property as a result of the transaction cannot be sequestrated. In this context, if the municipalities agree with the people who have rights in the urban transformation and development project areas, the rights of the urban change and development project area and the real estate that have been transferred to the municipal property as a result of the agreement should not be sequestrated. However, since there is no declaration in the land registry encumbrance documents from the related land registry offices, the right or real estate of the municipalities have been

mahkeme kararı ile sabit olması ya da ilgili kuruluşlarla; örneğin bankalarla yapacakları yazışma sonucunda iddianın doğruluğunun anlaşılması halinde, haczi mümkün olmayan vergi, resim ve harç gelirleri kadar olan kısım üzerindeki hacizler kaldırılacak, bunlar haricindeki gelirler üzerindeki haciz işlemi ise devam edecektir.<sup>13</sup>

Öte yandan önemle belirtmek gerekir ki, belediyenin vergi, resim ve harç gelirleri haricindeki ve özel hukuk hükümlerine göre tahsili gereken su<sup>14</sup>, atık su ve hizmet karşılığında elde etmiş olduğu gelirleri haczedilebilmektedir.

#### **4. Kentsel Gelişim ve Dönüşüm Alanı İlan Edilen Bölgelerde Anlaşma Yolu ile Belediye Mülkiyetine Geçen Gayrimenkuller**

5393 sayılı Kanunun 73. maddesinin 7. fıkrası "Anlaşma sonucu belediye mülkiyetine geçen gayrimenkuller haczedilemez." şeklindedir. 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 73. maddesi kapsamındaki uygulamalara ilişkin dönüşüm alanı ilanı ile ilgili iş ve işlemler de Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca yürütülmektedir. 5393 Sayılı Kanun'un 73. maddesi uyarınca, kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanlarındaki gayrimenkul sahipleri ve 24.02.1984 tarihli ve 2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 sayılı İmar Kanunu'nun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunu'na istinaden, belediyelerin kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanlarındaki gayrimenkul sahipleri hak sahibi olmuş kimselerle anlaşmaları halinde kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanında hakları verilir. Anlaşma sonucu belediye mülkiyetine geçen gayrimenkuller haczedilemeyecektir. Bu bağlamda belediyelerin kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanlarındaki hak sahibi olmuş kimselerle anlaşmaları halinde kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanındaki hakları ile anlaşma sonucu belediye mülkiyetine geçen gayrimenkullerin haczi yolu-na gidilmemesi gerekmektedir.

Ancak, ilgili tapu sicil müdürlüklerinden gelen tapu takyidat belgelerinde mahcuz gayrimenkulün anlaşma sonucu belediye mülkiyetine geçtiğine ilişkin bir beyan bulunmadığından, belediyelerin yukarıda sayılan nitelikte bir hakkı veya gayrimenkulü haczedilmiş ve belediye tarafından da buna itiraz edilmiş ise, söz konusu haczin kaldırılması bakımından bu itirazlarının 5393 sayılı

sequestrated and appealed by the municipality if the above-mentioned right has been sequestrated and the objection was made by the municipality. In order to determine whether it is within the scope of Article 73, asking the last title of the encumbrance from the related land registry office, with sufficient and convincing documents that the municipalities have been obtained by agreement (the Council of Minister's decision, Municipal Council, Municipal Council decision, the contract made with the owners before the notary public. etc.) if it is proved or fixed by a court decision, as a result of the necessary research to be carried out before the Ministry of Environment and Urbanization, the sequestrated right or real estate It will be removed if it is determined that the attachment is obtained by the article 73 of Law 5393 through agreement urban transformation and development. It should be noted that if the relevant regulation was not included, the real estates in question would be deemed to be seizable; since it is not possible to directly or indirectly allocate the real estate obtained by the item arrangement to the public service, these goods should be accepted among the special properties of the municipality; it could be assessed in a foreclosable nature. With the regulation of the law, it brought an exception to the goods in question, which, as a rule, did not take advantage of the sequestration principle. By the regulation, it brought an exception to the goods in question, which, as a rule, did not use the principle of sequestration.



Kanunun 73. maddesi kapsamında bulunup bulunmadığının tespiti için ilgili tapu sicil Müdürlüğü'nden son takyidat durumunun sorulması, belediyece söz konusu gayrimenkullerin anlaşma yoluyla elde edildiğinin yeterli ve inandırıcı belgelerle (Bakanlar Kurulu kararı, Belediye Encümeni, Belediye Meclisi kararı, mülk sahipleri ile noter huzurunda yapılan sözleşme vb.) ispat edilmesi veya mahkeme kararı ile sabit olması, gerekmesi halinde de Çevre ve Şehircilik Bakanlığı nezdinde yapılacak gerekli araştırma sonucunda, haczedilen hakkın veya gayrimenkulün 5393 sayılı Kanun'un 73. maddesine göre kentsel dönüşüm ve gelişim alanının anlaşma yoluyla elde edildiğinin tespit edilmesi halinde haciz kaldırılacaktır.

Belirtmek gerekir ki, ilgili düzenleme yer almasa idi, söz konusu gayrimenkuller haczi kabil niteliğinde kabul edilecekti; zira maddede düzenlemesi ile elde edilen gayrimenkullerin kamu hizmetine doğrudan veya dolaylı tahsisi mümkün bulunmadığından bu malların belediyenin özel malları arasında kabulü gerekip; haczedilebilir nitelikte değerlendirilebilecek idi. Kanun koyucu düzenleme ile, haczedilmezlik ilkesinden kural olarak yararlanmayan söz konusu mallara istisna getirmiştir.

#### **FOOTNOTE**

<sup>13</sup> The General Assembly of the Court of Cassation, 08.06.2016 E., 2014/1015 K. 2016/767.

<sup>14</sup> "In the concrete case, it is in the court's acceptance that the money in the bank account number 5009 of the debtor municipality, which was placed on sequestration, was drinking water revenues. Drinking water revenues of municipalities are not taxes, duties, fees; therefore, sequestrations are possible." see, the Supreme Court of Appeal 12. H.D., T. 21.11.2011, E. 2011/6618, K. 2011/27104.

#### **DİPNOT**

<sup>13</sup> HGK, T. 08.06.2016 E., 2014/1015 K. 2016/767

<sup>14</sup> "Somut olayda haczi konulan borçlu belediyenin 5009 no.lu banka hesabındaki paraların içme suyu gelirleri olduğu, mahkemenin kabulündedir. Belediyelerin içme suyu gelirleri ise vergi, resim, harç niteliğinde olmayıp haczi mümkündür." Bkz. Yargıtay 12. H.D., T. 21.11.2011, E. 2011/6618, K. 2011/27104.



## PART 10

### 5. Municipalities' Income and Revenues under the Law No. 6306 on Transformation of Areas Under Disaster Risk

The immovables in the transformation practices to be carried out under the Law on the Transformation of Areas Under Disaster Risk, numbered 6306 if the real estate sales contract was transferred to the contractor undertaking the construction work under the construction contract, except for the materials and labor receivables belonging to that construction work until the floor easement was established on behalf of the owners. Sequestrations and measures cannot be applied on these immovables due to the contractor's debts to third parties. If the floor easement is not established within six months from the start of the construction work, sequestrations and measures shall be applied for these properties. The movable and immovable assets and all kinds of rights and receivables allocated to the works, transactions, and services specified in the related law shall be deemed to be allocated public benefit, no sequestrations or measures can be applied in any way about these and the guarantees to be taken under this Law.

#### C. Goods Evaluated As Seizable

As stated above, due to the fact that the money found in the bank accounts of the municipalities that will be exhausted by spending due to the nature of the money and that it will be used for any purpose by changing this decision until the last moment; so it can be used for any purpose, it is possible sequestration of money in the accounts of municipalities, provided that it is not from tax-like items. The Supreme Court of Appeal narrowly interprets paragraph 9 of article 15 of the Law No. 5393 which provides immunity for sequestration to municipal property.<sup>15</sup>

In this context, in cases where the taxes, duties, fees, and other incomes that can be seized are collected in a "pool" account that cannot be separated from each other in Article 7 of Law No. 5779,

### 5. 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Kapsamında Belediyelerin Malları ve Gelirleri

6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca gerçekleştirilecek dönüşüm uygulamalarındaki taşınmazlar, gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine istinaden yapım işini üstlenen müteahhite devredilmiş ise, malikler adına kat irtifakı kuruluncaya kadar, o yapım işine ait malzeme ve işçilik alacakları hariç olmak üzere, müteahhidin üçüncü kişilere olan borçlarından dolayı bu taşınmazlar hakkında haciz ve tedbir uygulanamaz. Yapım işine başlanmasından itibaren altı ay içerisinde kat irtifakının kurulmaması durumunda, bu taşınmazlar hakkında haciz ve tedbirler uygulanır. Anılı Kanunda belirtilen iş, işlem ve hizmetlere tahsis edilmiş olan taşınır ve taşınmazlar ile her türlü hak ve alacaklar, para ve para hükmündeki kıymetli evrak, kamu yararı amacına tahsis edilmiş sayılır, bunlar ve işbu Kanun kapsamında alınacak teminatlar hakkında her ne suretle olursa olsun haciz ve tedbir uygulanamaz.

#### C. Haczi Kabil Nitelikte Değerlendirilen Mallar

Belediyelerin banka hesaplarında bulunan paralar, söz konusu paranın niteliği gereği harcanarak tükenecek olması ve hakkında kamu hizmetinde kullanılacağına ilişkin bir tahsis kararı olsa dâhi son ana kadar bu kararın değiştirilerek herhangi bir amaç ile kullanılabilir olması nedeniyle, yukarıda ifade edildiği üzere, resim, harç, vergi veya vergi benzeri kalemlerden olmamak kaydıyla, belediyelerin hesaplarındaki paraların haczi mümkündür.<sup>15</sup>

Yargıtay, belediye mallarına haczedilemezlik koruması sağlayan 5393 sayılı Kanun'un 15. maddesinin 9. fıkrasını dar yorumlamaktadır. Bu bağlamda, belediyeye ait banka hesaplarında özellikle haczedilemeyen 5779 sayılı Kanun'un 7. maddesindeki vergi, resim, harç gelirleri ile haczedilebilir nitelikte olan diğer gelirlerinin, birbirinden ayırt edilemeyecek

which cannot be sequestrated in bank accounts belonging to the municipality, if a warrant of sequestration is written to the bank regarding the said pool account, since it is not possible to determine whether the money in the said account is tax, duty or fee income or seizable income, rejection of the complaint is decided.<sup>16</sup>

The European Court of Human Rights, on the other hand, ruled that the sequestrations to be applied to municipal accounts due to its debts was not made so that the lien applied to municipal accounts was removed and the applicants' inability to take their receivables were evaluated in terms of the right to a fair trial and the right to property.<sup>17</sup>

### III. PROCEDURE FOR ENFORCEMENT OF THE SEIZABLE GOODS

When it comes to the sequestration stage in the enforcement proceedings to be initiated against the municipality, it is requested to write to the municipality a warrant of sequestration and demand that "to notify the goods of sequestration within ten days." In this case, if a sufficient amount of seizable goods are reported to the debt within ten days by the municipality, sequestrations will be applied to these goods, and the receivables will be collected by converting them.

According to previous regulation of the related law; "(i) Before the sequestration decision is taken by the enforcement office, the municipality is asked to show sufficient amount of goods to the debt and the sequestration process is applied only on this shown property. If sufficient goods are not declared within ten days, the sequestration process cannot be performed in a way that will exceed the amount of the receivable or disrupt public services."

Accordingly, since the sequestration is done only on the goods to be shown by the

şekilde bir "havuz" hesabında toplanması durumunda, hem bu tür davranışların iyi niyet kuralları ile bağdaşmasının mümkün olmadığı, hem de söz konusu hesaptaki paranın vergi, resim ya da harç geliri mi yoksa haczi caiz bir gelir mi olduğu konusunun ayırt edilememesi sebebi ile söz konusu havuz hesabı ile ilgili olarak bankaya haciz müzekkeresi yazılması durumunda, bu işlem aleyhine şikayet yoluna başvuran belediyenin şikayetinin reddine karar verilmektedir.<sup>16</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, borçları dolayısıyla belediye hesaplarına uygulanacak haciz konusunda söz konusu ayırım yapılması dolayısıyla belediye hesaplarına uygulanan haczin kaldırılması ve başvuru sahiplerinin alacaklarını alamamalarını adil yargılanma hakkı ile mülkiyet hak ekseninde değerlendirerek aykırılığına hükmetmiştir.<sup>17</sup>

### III. HACZEDİLEBİLİR MALLARIN HACZİNE İLİŞKİN USUL

Belediyeye karşı başlatılacak icra takibinde haciz aşamasına gelindiğinde, belediyeye müzekkere yazılarak "10 gün içerisinde hacze kabil mallarının bildirilmesi" talep edilmektedir. Bu ihtimalde, belediye tarafından 10 gün içerisinde borca yeter tutarda hacze kabil mal bildirilmesi hâlinde, bu mallar üzerinde haciz uygulanacak ve bu malların paraya çevrilmesi suretiyle alacak tahsil edilecektir.

Kanun'un önceki düzenlemesine göre, "(i) icra dairesince haciz kararı alınmadan önce belediyeden borca yeter miktarda mal göstermesi istenir ve haciz işlemi sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanır. On gün içinde yeterli mal beyan edilmemesi durumunda yapılacak haciz işlemi, alacak miktarını aşacak veya kamu hizmetlerini aksatacak şekilde yapılamaz."

Buna göre, haciz işlemi sadece belediyenin göstereceği mallar üzerinden yapıldığından ve uygulamada bu durumun belediyelerin tüm borçları için aynı malları icra dairesine

## FOOTNOTE

<sup>15</sup> The Court of Cassation, 12. H. D. T. 03.02.2014 E.2013/36417 K. 2014/22806.

<sup>16</sup> The General Assembly of the Court of Cassation, T. 08.06.2016 E., 2014/1015 K. 2016/767, The Court of Cassation, 8. H.D., T. 09.09.2015 E. 2015/13944 K. 2015/15921.; Yargıtay 12. H.D., T. 17.09.2012 E. 2012/8811 K. 2012/26628.

<sup>17</sup> Kanioglu and the others / Turkey's Case, Application No: 44766/98, 44771/98 ve 44772/98.

## DİPNOT

<sup>15</sup> Yargıtay 12. H. D. T. 03.02.2014 E.2013/36417 K. 2014/22806.

<sup>16</sup> YHGK, T. 08.06.2016 E., 2014/1015 K. 2016/767, Yargıtay 8. H.D., T. 09.09.2015 E. 2015/13944 K. 2015/15921.; Yargıtay 12. H.D., T. 17.09.2012 E. 2012/8811 K. 2012/26628.

<sup>17</sup> Kanioglu ve Diğerleri / Türkiye Davası, Başvuru No: 44766/98, 44771/98 ve 44772/98.

## PART 10

municipality and in practice, this situation caused the municipalities to declare the same goods to the enforcement office for all their debts and, the creditors could not collect their receivables by ordering them on the same goods.

Although to the Law No. 6552<sup>18</sup> on the Amendment of Certain Laws and Decree Laws and Restructuring of Some Claims Article 121 and Municipality Law No. 5393 to the last paragraph of Article 15;

"Before the decision of sequestration is taken by the enforcement office, the municipality is asked to show a sufficient amount of seizable goods to the debt and the sequestration process is applied only on this property shown. If sufficient goods are not declared within ten days, the sequestration process cannot be done in a way that will exceed the amount of the receivable or disrupt the public service."

has been added, the Constitutional Court, with the decision dated 17.06.2015 and numbered 2014/194 Principles and 2015/55, in the first sentence, "and the sequestration process is applied only on this property." and canceled the "or disrupt public service" statements in the last sentence.

However, the article 123 of the Law No. 6552 and the temporary article 8 which is added to the Law No. 5393 stating that "(t)he provisions of the last paragraph of the article apply to any ongoing enforcement proceedings. According to the execution proceedings made before the effective date of this

beyan etmeleri ve alacaklıların aynı hacizli mallar üzerinden sıraya girerek alacağını tahsil edememesine sebep olmuştur.

Her ne kadar 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un ("6552 sayılı Kanun")<sup>18</sup> 121. maddesi ile 5393 sayılı Belediye Kanunu 15. maddenin son fıkrasına,

"İcra dairesince haciz kararı alınmadan önce belediyeden borca yeter miktarda haczedilebilecek mal gösterilmesi istenir ve haciz işlemi sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanır. On gün içinde yeterli mal beyan edilmemesi durumunda yapılacak haciz işlemi alacak miktarını aşacak veya kamu hizmetini aksatacak şekilde yapılamaz" hükmü eklenmiş ise de Anayasa Mahkemesi, 17.06.2015 tarihli ve 2014/194 Esas ve 2015/55 Karar sayılı kararı ile birinci cümlede yer alan "ve haciz işlemi sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanır." ve son cümlesindeki "veya kamu hizmetini aksatacak" ifadeleri iptal etmiştir.

Buna karşın, 6552 sayılı Kanun'un 123. maddesi ile 5393 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 8. Madde ile, "15. maddenin son fıkrası hükümleri, devam eden her türlü icra takipleri hakkında da uygulanır. Bu maddenin yürürlük tarihinden önce yapılmış icra takipleri gereğince konulan tüm hacizler, söz konusu fıkra hükümleri dikkate alınarak kaldırılır." hükmü eklenmiştir. Söz konusu düzenlemenin, belediyelerin hizmet görme kapas-

article, all sequestrations are removed by taking into consideration the provisions of that paragraph." has been added. Although it is understood that the said regulation was made to prevent the municipalities from limiting their capacity to serve, the provision of the last paragraph of Article 15 of Law No. 5393 was applied in all enforcement proceedings and the sequestration proceedings made against the municipality prior to the effective date of this article. Since the removal of sequestrations may cause people to delay or fail to collect their receivables, it damages the sense of trust in the law and is incompatible with the principle of legal security<sup>19</sup>. The said provision was canceled by the Constitutional Court, with the decision as mentioned above dated 17.06.2015 and numbered 2014/194 and 2015/55.

telerinin kısıtlanmasına yol açmasını engellemek için çıkarıldığı anlaşılmakta ise de, 5393 sayılı Kanun'un 15. maddesinin son fıkrası hükmünün devam eden her türlü icra takiplerinde uygulanması ve bu maddenin yürürlük tarihinden önce belediye aleyhine yapılmış olan icra takipleri gereğince konulan hacizlerin kaldırılması, kişilerin alacaklarının tahsilini geciktireceği ya da alamamalarına neden olabileceğinden hukuka olan güven duygusunu zedelemekte ve hukuk güvenliği ilkesi<sup>19</sup> ile bağdaşmamaktadır. Söz konusu hüküm bu gerekçelerle Anayasa Mahkemesi, 17.06.2015 tarihli ve 2014/194 Esas ve 2015/55 Karar sayılı anılı kararı ile iptal edilerek yürürlükten kaldırılmıştır.

If the bailiff thinks that the goods are capable of sequestration, the municipality makes a complaint, claiming that their assets are within the rule of sequestration..

İcra müdürünün malların hacze kabil olduğuna kanaat getirmesi hâlinde, belediye mallarının haczedilemezlik kuralı kapsamında olduğunu iddia ederek şikâyet başvurusunda bulunmaktadır.

By the Constitutional Court's cancellation decision, if the municipality does not declare the goods or the goods that are reported are not able to meet the debt, or there are preliminary sequestrations, the creditor will be able to demand a lien on the other assets of the municipality and their rights and receivables. In this case, the executive discretion about whether the goods in question are seizable belongs to the bailiff.

If the bailiff thinks that the goods are capable of sequestration, the municipality makes a complaint, claiming that their assets are within the rule of sequestration. The objection to being made by the municipality will be considered as an indefinite complaint as it is based on the claim that the bailiff's transaction is contrary to Article 15 or 73 of the Law No. 5393 established to protect the public order. However, the burden of proof

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile birlikte, belediyenin mal bildirmemesi veya bildirilen malların borcu karşılar nitelikte olmaması veya üzerinde öncül hacizler olması nedeniyle malların paraya çevrilmesi neticesinde alacağın karşılanamayacağını tespit edilmesi hâlinde, alacaklı belediyenin bildirilenin dışındaki diğer malları ile hak ve alacakları üzerine haciz konulması talep edebilecektir. Bu ihtimalde, söz konusu malların hacze kabil olup olmadığına ilişkin takdir hakkı icra müdürüne aittir.

İcra müdürünün malların hacze kabil olduğuna kanaat getirmesi hâlinde, belediye mallarının haczedilemezlik kuralı kapsamında olduğunu iddia ederek şikâyet başvurusunda bulunmaktadır. Belediye tarafından yapılacak şikâyet ise icra müdürünün işleminin kamu düzenini korumak amacıyla tesis edilen 5393 sayılı Kanun'un 15. veya 73.

## FOOTNOTE

<sup>18</sup> The Official Gazette: 11.09.2014 dated and 29116 numbered.

<sup>19</sup> Metin Günday, "İdare Hukuku", 10. B., İmaj Publications, Ankara 2011, p. 39.



## DİPNOT

<sup>18</sup> RG. 11.09.2014 ve Sayı: 29116.

<sup>19</sup> Metin Günday, İdare Hukuku, 10. B., İmaj Yayınevi, Ankara 2011, s. 39.



## PART 10

is in the municipality, and the court will be investigating its motion (ex officio) and will be able to a conclusion by evaluating the evidence that the municipality does not present or rely on. If the bailiff finds that the goods requested to sequester may not be seized, the creditor will have to file a complaint against the bailiff's decision.

The point of importance, here is the creditor's complaint is subject to duration. Accordingly, a claim must be filed within seven days following the decision of the bailiff. In this context, the creditor burden of proof that there is no obstacle to the sequestration of the goods for which the sequestration is requested in the complaint application to be made to the official and authorized Civil Court of Law belongs to the creditor.

## IV. CONCLUSION

Non-seizability is an exceptional principle regarding public goods. It is essential to interpret the legal regulations regarding the private property of the administration, which cannot be sequestrated except for public goods to introduce the non-seizability law. Accordingly, the assets in the bank accounts of the administration cannot be expected to benefit directly from the non-seizability rule. Considering whether the current assets of the administration are allocated or not, it should be possible to make a lien to the assets not assigned to the public service.

In the relevant regulation, if the municipality determined the "seizable property" within the framework of its direct discretion, it was almost impossible for the individuals to collect the foreclosure with the property shown. Because the municipality showed the same assets in terms of all creditors for the collection of debts, the receivables were put in order and, the receivables could not be collected in a long time. With the decision of the Constitutional Court, by keeping a balance between the principle of conti-

maddesine aykırı olduğu iddiasına dayandığından süresiz şikâyet olarak değerlendirilecek olup, her ne kadar bu ihtimalde ispat yükü belediyede olsa da mahkeme re'sen araştırma yaparak belediyenin sunmadığı veya dayanmadığı delilleri de değerlendirerek sonuca varabilecektir.

İcra müdürü tarafından hakkında haciz talep edilen malların haczedilemeyeceğine kanaat getirmesi hâlinde ise icra müdürünün kararına karşı alacaklı tarafından şikâyet yoluna başvurulması gerekecektir. Burada önem arz eden noktada, alacaklının yapacağı şikâyet süreye tabidir. Buna göre, icra müdürünün ret kararının müteakip 7 gün içerisinde şikâyet başvurusunda bulunulmalıdır. Bu bağlamda görevli ve yetkili İcra Hukuk Mahkemesi'ne yapılacak şikâyet başvurusunda haciz talep edilen malların haciz edilmesinin önünde bir engel olmadığına ilişkin ispat yükü alacaklıya aittir.

## IV. SONUÇ

Haczedilemezlik, kamusal mallara ilişkin getirilmiş istisnai bir ilke olup; kamusal mallar dışında idarenin özel mallarının haczedilemeyeceğine ilişkin yasal düzenlemelerin haczedilemezlik kuralının getiriliş amacı doğrultusunda yorumlanması esastır. Buna göre, idareye ait banka hesaplarında yer alan malvarlığının doğrudan haczedilemezlik kuralından yararlanması beklenemez. İdarenin mevcut malvarlığının tahsis edilip edilmediği dikkate alınarak, kamu hizmetine tahsis edilmeyen malvarlığına haciz konulması mümkün kılınmalıdır.

İlgili düzenlemede haciz konulacak malvarlığı konusunda belediyenin "hacze kabil malvarlığını" doğrudan takdir yetkisi çerçevesinde kendisinin belirlemesi halinde, bireylerin gösterilen haczi kabil malvarlığı ile alacağını tahsil etmesi neredeyse imkânsız kılınmakta idi. Zira belediyenin borçlarının tahsili amacıyla aynı malvarlığı unsurlarını bütün alacaklılar bakımından göstererek, alacaklar sıraya konulmakta ve uzun sayılabilecek sürede alacaklar tahsili edilememekte idi.

nity of public service and the interests of creditors; the individual's receivable right is protected within the scope of the right to property, and following the principle of the continuity of the public service, it becomes compromised with the discretionary right of the bailiff, even if the administration does not show the assets in the bank accounts that are not allocated to the public service. Thus, creditors can reach their receivables in cases where the municipality is in debtor position.

Anayasa Mahkemesi'nin kararı ile birlikte, kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi ile alacaklıların menfaatleri arasında bir denge gözetilerek; bireyin alacak hakkı mülkiyet hakkı kapsamında korunmakta ve kamu hizmetinin sürekliliği ilkesine uygun olarak kamu hizmetine tahsis edilmeyen banka hesaplarında yer alan malvarlığının idare tarafından gösterilmese dahi icra müdürünün haczi kabil olduğu konusundaki takdir hakkı ile haczedilebilir hale gelmektedir. Böylelikle belediyenin borçlu konumunda olduğu durumlarda, alacaklıların alacaklarına ulaşması mümkün hale gelmiştir.

## BIBLIOGRAPHY

BAKİ KURU / RAMAZAN ARSLAN / EJDER YILMAZ, "İcra ve İflas Hukuku", 28th Edition, Ankara 2014.

SAİM ÜSTÜNDAĞ, "İcra Hukuku Esasları", Nesil Publication, İstanbul 2004.

EJDER YILMAZ, "Devlet Malları Hak ve Rüçhanlığına Sahip Malların Haczedilememesi", Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988.

HASAN NURİ YAŞAR, "İdare Hukuku Genel Esaslar", Der Publications, İstanbul 2016.

İSMET GİRİTLİ / PERTEV BİLGİN / TAYFUN AKGÜNER / KAHRAMAN BERK, "İdare Hukuku", 4. B., İstanbul 2011.

HAMZA EROĞLU, "İdare Hukuku Genel Esasları İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi", Işın Publication, Ankara 1984.

KEMAL GÖZLER, "İdare Hukuku", 10. B., Ekim Basım Yayın Publication, Bursa 2019.

METİN GÜNDAĞ, "İdare Hukuku", 10. B., İmaj Publications, Ankara 2011.

ŞEREF GÖZÜBÜYÜK / TURGUT TAN, "İdare Hukuku", C.1, Genel Esaslar, Turhan Publication 7.B., Ankara 2019.

TALİH UYAR, "İcra Hukukunda Haciz", Bilge Publishing, Manisa 2016.

HAKAN HASIRCI, "Belediye Mallarının Haczi", <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/123456789/49230/22304.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Access Date: 25.02.2020).

## KAYNAKÇA

BAKİ KURU / RAMAZAN ARSLAN / EJDER YILMAZ, İcra ve İflas Hukuku, 28. Baskı, Ankara 2014.

SAİM ÜSTÜNDAĞ, İcra Hukuku Esasları, Nesil Matbaacılık, İstanbul 2004.

EJDER YILMAZ, Devlet Malları Hak ve Rüçhanlığına Sahip Malların Haczedilememesi, Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988.

HASAN NURİ YAŞAR, İdare Hukuku Genel Esaslar, İstanbul, Der Yayınları, İstanbul 2016.

İSMET GİRİTLİ / PERTEV BİLGİN / TAYFUN AKGÜNER / KAHRAMAN BERK, İdare Hukuku, 4. B., İstanbul 2011.

HAMZA EROĞLU, İdare Hukuku Genel Esasları İdari Teşkilat ve İdarenin Denetlenmesi, Işın Yayıncılık, Ankara 1984.

KEMAL GÖZLER, İdare Hukuku, 10. B., Ekim Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2019.

METİN GÜNDAĞ, İdare Hukuku, 10. B., İmaj Yayınevi, Ankara 2011.

ŞEREF GÖZÜBÜYÜK / TURGUT TAN, İdare Hukuku, C.1, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi 7.B., Ankara 2019.

TALİH UYAR, İcra Hukukunda Haciz, Bilge Yayınevi, Manisa 2016.

HAKAN HASIRCI, Belediye Mallarının Haczi, <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/123456789/49230/22304.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Erişim Tarihi: 25.02.2020).

### PROTECTION OF DIGITAL PUBLICATIONS UNDER THE INTELLECTUAL PROPERTY LAW

DİJİTAL YAYINLARIN  
FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU  
ÇERÇEVESİNDE  
KORUNMASI

--

ŞEVVAL ŞEN

#### ABSTRACT

As a result of rapid advance of technology, changes have also occurred in the publishing world. In this context, intellectual products are embodied not only in print but also digitally. No doubt, these developments and changes bring about serious violations of the "digital publications" that can be described as works. This study, will be examine the economical rights of the owner of the work arising from digital publications in accordance with the Code No. 5846 on Intellectual and Artistic Works ("Code No. 5846").

#### ÖZET

Teknolojinin hızla ilerlemesinin bir sonucu olarak yayıncılık dünyasında da değişimler meydana gelmiştir. Bu kapsamda fikri ürünlerin yalnızca basılı olarak değil, dijital olarak da somutlaştığı görülmektedir. Hiç şüphesiz yaşanan bu gelişmeler ve değişim eser olarak nitelendirilebilen "dijital yayınlara" yönelik hakların ihlallerini beraberinde getirmektedir. Çalışmamızda 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ("FSEK") kapsamındaki dijital yayınlardan doğan eser sahibinin mali hakları irdelenecektir.



#### KEYWORDS

DIGITAL PUBLISHING, WORK,  
AUTHORSHIP, ECONOMICAL  
RIGHTS, CODE NO. 5846



#### ANAHTAR KELİMELER

DİJİTAL YAYIN, ESER, ESER  
SAHİPLİĞİ, MALİ HAKLAR, FSEK



## PART 11

As part of this study, the prevention of illegal actions aimed at digital publications and the protection of the economical right of the authorship in accordance with the Code No5846 the law will be discussed.

Bu çalışma kapsamında dijital yayınlara yönelik gerçekleştirilen hukuka aykırı eylemlerin önlenmesi ve eser sahibinin mali haklarının FSEK kapsamında korunması hususları ele alınacaktır.

## I. INTRODUCTION

With the advancement of technology, a process of change has begun in the field of publishing, as in many areas, aimed at digitization. The fact that print publications take up a lot of space physically and the difficulty of providing quick access to these publications has led individuals to digital publishing. In this context, faster access to information, easier storage and small areas played an important role in the rapid development and dissemination of digital publishing. Because of digital publications are easily accessible, there are many risks, such as reproduction without permission from the owner of the work, theft of the work. The theft copying unauthorized use of the work in real life and use of the work in the digital world without the permission of the owner should be evaluated in the context the same rules.<sup>1</sup> The protective provisions of the Code No. 5846 on Intellectual and Artistic Works ("Code No. 5846")<sup>2</sup> shall be same applied for the violations occurred on the internet medium even the determination of the violations against the intellectual property rights of the work owner arising from digital publications contains numerous difficulty such as finding the offender if the relevant action will constitute any crime, prevention of the infringement or indemnification of the damages and so on.

## I. GİRİŞ

Teknolojinin ilerlemesiyle birlikte birçok alanda olduğu gibi yayıncılık alanında da dijitalleşmeye yönelik bir değişim süreci başlamıştır. Basılı yayınların fiziki olarak çokça yer kaplaması ve bu yayınlara hızlı erişim sağlamanın zorluğu, bireyleri dijital yayıncılığa yöneltmiştir. Bu kapsamda bilgiye ulaşmanın daha hızlı olması, depolamanın daha kolay ve küçük alanlarda olması dijital yayıncılığın hızla gelişmesinde ve yaygınlaşmasında önemli rol oynamıştır. Dijital yayınların kolay ulaşılabilir olması, eser sahibinden izinsiz olarak çoğaltılması, eserin çalınması gibi birçok riski de beraberinde getirmektedir. Eserin gerçek yaşamda çalınması, kopyalanması, izinsiz kullanılması ile eserin sahibinin izni olmaksızın sanal dünyada kullanılması aynı kurallar bağlamında değerlendirilmelidir.<sup>1</sup> Dijital yayınlardan doğan eser sahibinin fikri mülkiyet haklarına yönelik ihlallerin tespiti, ilgili eylem suç teşkil ediyorsa failin bulunması, tecavüzün önlenmesi veya zararın giderilmesi gibi konular beraberinde pek çok zorluklar barındırır da, FSEK'in koruyucu hükümleri<sup>2</sup> internet ortamında gerçekleşen ihlaller açısından aynen uygulanacaktır.

Dijital ortamda bir eserin, eser sahibinin fikri mülkiyet hakları ihlal edilmesinin kopyalanması ve paylaşılması için hem hukuki hem teknik çalışmalar tüm

## FOOTNOTE

<sup>1</sup> Ayten Arıkan, Türkiye'de Elektronik Yayıncılık ve Telif Hakları, Ankara, 2017, p. 35

<sup>2</sup> Official Gazette. 13.12.1951, Number: 7981.



Both legal and technical studies are continuing all over the world too copy and share a work in digital media without violating the intellectual property rights of authorship. But even in printed publications, no definitive solution has been found against violations of intellectual property rights, how the solve this problem in digital publications that can be reproduced more easily and shared uncontrollably is a matter of debate, despite existing regulations and ongoing work. As part of this study, the prevention of illegal actions aimed at digital publications and the protection of the economical right of the authorship in accordance with the Code No5846 the law will be discussed.

## II. DIGITAL PUBLICATIONS TERM

Publishing is an important tool in the formation of social culture. As a matter of fact, with the development of society and technology, publishing has found its place first in writing, then audiovisual and finally visually. These changes in publishing are directly linked to the development/change of society and science. In this context digital publishing is a term that has found its place in general publishing and is still developing. Digital publish, differs significantly from print publications in production, ways of presenting to its user and

dünyada devam etmektedir. Ancak basılı yayınlarda dahi hâlâ fikri mülkiyet haklarının ihlallerine karşı kesin bir çözüm bulunamamışken, çok daha kolay çoğaltılarak kontrolsüzce paylaşılabilen dijital yayınlarda bu sorunun nasıl çözüleceği mevcut düzenlemelere ve devam eden çalışmalara rağmen tartışma konusudur. Bu çalışma kapsamında dijital yayınlara yönelik gerçekleştirilen hukuka aykırı eylemlerin önlenmesi ve eser sahibinin mali haklarının FSEK kapsamında korunması hususları ele alınacaktır.

## II. DİJİTAL YAYIN KAVRAMI

Yayıncılık toplumsal kültürün oluşmasında önemli bir rol üstlenmektedir. Nitekim toplumun ve teknolojinin gelişmesiyle birlikte yayıncılık, önce yazılı ardından işitsel ve son olarak görsel olarak kendine yer bulmuştur. Yayıncılıkta gerçekleşen bu değişimler, toplumun ve bilimin gelişmesi/değişmesiyle doğrudan bağlantılıdır. Bu çerçevede dijital yayıncılık, genel yayıncılık içerisinde kendine yer bulan ve henüz gelişmekte olan bir kavramdır. Dijital yayın; üretim, çoğaltım, iletim, kullanıcıya sunulma şekilleri ve diğer pek çok açıdan basılı yayınlardan ciddi şekilde farklılaşmakta, bu suretle kendine

## DİPNOT

1 RG. 13.12.1951, Sayı: 7981

<sup>2</sup> Ayten Arıkan, Türkiye'de Elektronik Yayıncılık ve Telif Hakları, Ankara, 2017, s. 35

## PART 11

many other aspects thus revealing a new publication format its own technical characteristics.<sup>3</sup> The terms of publication has many definitions in the form of “all kinds of materials such as books, newspapers, magazines offered or printed and published through radio, television and the internet”, “books, newspapers, magazines published in print.”<sup>4</sup> It is accepted that the term of digital publication covers both publications born directly in the electronic media and publications obtained by subsequent transfer of printed publications to electronic media, both of which can be evaluated this type of publication.<sup>5</sup> It is described in the Oxford Dictionary as publishing books and other materials that can be read on machines, such as computers, for digital publishing. Digital publishing has been described by UNESCO as the use of electronic means of communication to make public information.<sup>6</sup>

The emergence of digital publishing and publishing terms occurred in the 1900s, first with the invention of computers and then with discovery of the internet. The fact that the internet also very involved in social and professional life has accelerated the transition from print publishing to digital publishing. But digital publishing, which has emerged as an alternative to traditional publishing, has increasingly become dominant in the industry.<sup>7</sup> The presence of electronically produced books in Turkey can be observed since 2010.<sup>8</sup> As of 2017, it is possible to say that 25 publisher/bookstores in Turkey have sold e-books and or e-magazines on their web page. Considering that only one of the 10 largest publisher/bookstores in our country sold e-books on a web page in 2014, this number is important in terms of seeing the speed of the transition to digital publishing in Turkey in recent years. But, as a result of the fact that the term of digital broadcasting is a new and developing term, it is likely to be confused with many existing terms. In this context we believe that the term of digital work should be explained in order to better limit the scope of our work.

Dijital eser, FSEK'teki eser kategorilerine girmekle birlikte çağdaş bilgi teknolojileri araçları kullanılarak oluşturulmuş veya sonradan dijital forma dönüştürülmüş olan internet gibi iletişim ağları üzerinde yer alan, bunlar üzerinden erişilen veya transfer edilen yahut CD, DVD, MP3 çalar, telefon gibi mobil aygıtlar veya veri depolama ya da transfer araçları gibi modern veri taşıyıcılarıyla sunulan veya bunlarla kullanılan, üzerinde eser sahipliğinden kaynaklanan haklar başta olmak üzere mül-

has teknik özelliklere sahip yeni bir yayın formatı ortaya çıkarmaktadır.<sup>3</sup> Yayın kavramı “Radyo, televizyon ve internet aracılığıyla halka sunulan veya basılıp atışa çıkarılan kitap, gazete, dergi gibi her türlü materyal”, “basılıp satışa çıkarılan kitap, gazete vb. neşriyat” şeklinde birçok tanıma sahiptir.<sup>4</sup> Dijital yayın kavramının, hem doğrudan elektronik ortamda doğan yayınları hem de basılı yayınların elektronik ortama sonradan aktarılması ile elde edilen yayınları kapsadığı, her ikisinin de bu yayın türü içerisinde değerlendirilebileceği kabul edilmektedir.<sup>5</sup> Oxford Dictionary’de “dijital yayıncılık” için bilgisayar gibi makinelerde okunabilen kitapların ve diğer materyallerin yayınlanması şeklinde tanımlanmaktadır. UNESCO tarafından ise dijital yayıncılık, halka açık enformasyon yapmak için iletişimin elektronik araçlarının kullanımı olarak tarif edilmiştir.<sup>6</sup>

Dijital yayın ve yayıncılık kavramlarının ortaya çıkması, 1900’lü yıllarda önce bilgisayarların icat edilmesi ve ardından da internetin bulunması ile olmuştur. İnternetin sosyal ve profesyonel hayatta fazlaca yer alması ise basılı yayıncılıktan dijital yayıncılığa geçişi hızlandırmıştır. Ancak geleneksel yayıncılığa alternatif olarak ortaya çıkan dijital yayıncılık, giderek sektörde egemen olmaya başlamıştır.<sup>7</sup> Türkiye’de elektronik olarak üretilen kitapların varlığı 2010 yılından itibaren gözlemlenmektedir.<sup>8</sup> 2017 yılı itibarıyla Türkiye’de 25 yayınevinin / kitabevinin web sayfasında e-kitap ve/veya e-dergi satışı yaptığını söylemek mümkündür. 2014 yılında ülkemizin en büyük on yayınevi / kitabevinden sadece birinin web sayfasında e-kitap satışı yapıldığı göz önüne alındığında bu sayı, son yıllarda Türkiye’de dijital yayıncılığa geçiş hızının görülmesi açısından önemlidir. Ancak dijital yayın kavramının yeni ve gelişmekte olan bir kavram olması neticesinde mevcut birçok kavramla dijital eser karıştırılması muhtemeldir. Bu kapsamda çalışmamızın kapsamını daha iyi sınırlandırmak adına anılan kavramın açıklanması gerektiği kanaatindeyiz.

Dijital eser, FSEK’teki eser kategorilerine girmekle birlikte çağdaş bilgi teknolojileri araçları kullanılarak oluşturulmuş veya sonradan dijital forma dönüştürülmüş olan internet gibi iletişim ağları üzerinde yer alan, bunlar üzerinden erişilen veya transfer edilen yahut CD, DVD, MP3 çalar, telefon gibi mobil aygıtlar veya veri depolama ya da transfer araçları gibi modern veri taşıyıcılarıyla sunulan veya bunlarla kullanılan, üzerinde eser sahipliğinden kaynaklanan haklar başta olmak üzere mülkiyet, lisans, kira veya kullanım gibi hu-

kiyet, lisans, kira veya kullanım gibi hukuken geçerli herhangi bir hakkı barındıran her türlü dijital ürün<sup>9</sup> olarak tanımlanmaktadır. Digital work, categorized under Turkish Copyright Act as every digital outcome which contains lawful rights to property, license, rental or use and presented or used with modern data transfer units such as data storage units, mobil phones, CD, DVD, MP3 players and produced by using contemporary information technology tools or converted to a digital format afterwards. Digital work, includes every type of work that is covered by the law and has the nature of a work. It is obvious that digital work, which is a fairly broad term, also covers the term of digital publication. As a matter of fact, the term of digital publication refers to limited genres such as e-books, e-magazines while digital work covers many genres such as film, painting, music.

kuken geçerli herhangi bir hakkı barındıran her türlü dijital ürün<sup>9</sup> olarak tanımlanmaktadır. Dijital eser, FSEK kapsamında yer alan ve eser niteliğini haiz bulunan her eser türünü içine dâhil etmektedir. Oldukça geniş bir kavram olan dijital eserin, dijital yayın kavramını da içine dâhil ettiği aşikârdır. Nitekim dijital yayın kavramı e-kitap, e-dergi gibi sınırlı türleri işaret ederken, dijital eser film, resim, müzik gibi birçok eser türünü kapsamaktadır.

Intellectual property refers to product-based rights created as a result of an intellectual effort by the authors.

Fikri mülkiyet, eser sahiplerinin fikri anlamda bir çabanın sonucu olarak meydana getirilen ürüne dayalı hakları olarak ifade edilebilecektir.

### III. EVALUATION OF DIGITAL PUBLICATIONS UNDER THE CODE NO 5846

Intellectual property refers to product-based rights created as a result of an intellectual effort by the authors. Copyright, which is the most general definition of intellectual property rights, is a property right that protects the rights of the owners of works over their works; protects the ideas, efforts of the owners of works because of the work they have created, and encourages the author to contribute to the development of knowledge.<sup>10</sup> Copyright protection is intended to prevent the use of Works by others without the permission of the owner of the work. Considering the approaches so far, it can be said that copyrights are generally “moral and economical rights rec-

### III. DİJİTAL YAYINLARIN FSEK KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Fikri mülkiyet, eser sahiplerinin fikri anlamda bir çabanın sonucu olarak meydana getirilen ürüne dayalı hakları olarak ifade edilebilecektir. Fikri mülkiyet haklarına ilişkin en genel tanım olan telif hakkı, eser sahiplerinin eserleri üzerindeki haklarını koruyan; meydana getirmiş oldukları eser sebebiyle eser sahiplerinin fikirlerini, çabalarını himaye eden ve bilginin gelişimine katkı sağlamada eser sahibini teşvik eden mülkiyet hakkıdır.<sup>10</sup> Telif hakkı koruması, eser sahiplerine ait eserlerin başkaları tarafından ihlal edilmesini önleme amacını taşımaktadır. Buraya kadar olan yaklaşımlar değerlendirildiğinde telif hakları için genel olarak “özgün eser sahiplerine belirli süre için yasayla tanınan ve korunan manevi

#### FOOTNOTE

3 Filiz Berna Gültekin, Elektronik Yayınların Fikri Mülkiyet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, p. 8

4 Gültekin, p.4

5 Yavuz Selim Şeker, Fikri Mülkiyet Hukukunda Dijital Veri Tabanlarının Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, p. 22-24

6 Arıkan, p. 12

7 Işık Önder, Elektronik Kitap: Yeni Yüzyılın Kitabı, Ankara, p. 12

8 Arıkan, p. 15

9 Arıkan, p. 34

10 Arıkan, p. 77

#### DİPNOT

3 Filiz Berna Gültekin, Elektronik Yayınların Fikri Mülkiyet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, s. 8

4 Gültekin, s.4

5 Yavuz Selim Şeker, Fikri Mülkiyet Hukukunda Dijital Veri Tabanlarının Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 22-24

6 Arıkan, s. 12

7 Işık Önder, Elektronik Kitap: Yeni Yüzyılın Kitabı, Ankara, s. 12

8 Arıkan, s. 15

9 Arıkan, s. 34

10 Arıkan, s. 77



## PART 11

ognized and protected by law for the owners of original Works for a certain period of time.<sup>11</sup> Copyright can be understood in a broad sense as equivalent to the rights arising from my ownership of Works, and in the broadest sense as equivalent to the rights of people to ideas and Works of art. In other Works copyright covers both the material and moral rights of the owner of the work.

With digital publishing technology, the costs of production, reproduction and distribution of Works have been greatly reduced, the number of information sources available for free has increased rapidly, and with these developments, the understanding of copyright has also changed.<sup>12</sup> But this change is not effect to material and moral rights of authorship. As detailed below, the owner of the work also has economical and moral rights over digital publications. However, considering the limits of our work, only the economical rights of the owner of the work in digital publications and the protection of these rights will be evaluated within the framework of the Code No 5846.

Before evaluating the economical rights of the owner of the work protected under the Code No 5846 Within the scope of digital publications, it is necessary to define the term of the work and examine the nature of the work of digital publications. AS a matter of fact, in order for a digital publication to be evaluated within the framework of the intellectual property law, it must have the nature of a work. In accordance with the Code No 5846, the work is considered to be products that have occurred as a result of an intellectual thought and bear the characteristics of the owner.<sup>13</sup> At the same time, in order for an intellectual product to be protected as a work under the Code No 5846, it must be among the types of works contained in the law. Ideas and Works of art accepted under the Code No 5846 are divided into main groups such as Works of science and literature, Works of music, Works of fine art and Works of cinema, and examples of these types of Works are included in the relevant articles. As a result, if the product that occurs as a result of intellectual effort is not included in one of these categories, it will not be considered a work and will not be protected under the Code No 5846. The transfer of digital publications directly to digital media or first in print and then to digital media does not make any difference under intellectual property law. Digitization for intellectual rights actually means nothing more than that a work is transformed into a form

ve mali haklardır” denilebilir.<sup>11</sup> Telif hakkı, geniş anlamda eser sahipliğinden doğan hakların karşılığı olarak; en geniş anlamda ise kişilerin fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklarının karşılığı olarak anlaşılabilir. Bir diğer ifadeyle telif hakkı, eser sahibinin hem mali haklarını hem de manevi haklarını kapsamaktadır.

Dijital yayın teknolojisi ile eserlerin üretim, çoğaltım ve dağıtım giderleri büyük ölçüde azalmış, ücretsiz erişilebilen bilgi kaynaklarının sayısı hızla artmış ve bu gelişmelerle birlikte telif hakkı anlayışı da değişmiştir.<sup>12</sup> Ancak bu değişim, eser sahibinin mali ve manevi haklarının varlığını etkilememiştir. Aşağıda detaylı bir şekilde açıklanacağı üzere eser sahibinin dijital yayınlar üzerinde de mali ve manevi hakları bulunmaktadır. Ancak çalışmamızın sınırları düşünülerek; bu başlık altında sadece eser sahibinin dijital yayınlar üzerindeki mali hakları ve bu hakların korunması hususları FSEK çerçevesinde değerlendirilecektir.

Eser sahibinin FSEK kapsamında korunan mali haklarının dijital yayınlar anlamında değerlendirmesine geçmeden önce; eser kavramının tanımlanması ve dijital yayınların eser niteliğinin incelenmesi gerekmektedir. Nitekim bir dijital yayının fikri mülkiyet hukuku dâhilinde değerlendirilmesi için eser niteliğini haiz olması gerekmektedir. FSEK kapsamında eser, fikri bir ürünün neticesi olarak meydana gelmiş, sahibinin hususiyetini taşıyan ürünler olarak kabul edilmektedir.<sup>13</sup> Aynı zamanda bir fikri ürünün FSEK kapsamında eser olarak korunabilmesi için, Kanunda yer verilen eser türleri arasında bulunması gerekmektedir. FSEK kapsamında kabul edilen fikir ve sanat eserleri; ilim ve edebiyat eserleri, musiki eserleri, güzel sanat eserleri ve sinema eserleri gibi ana gruplara ayrılmış ve ilgili maddelerde söz konusu eser türlerine ilişkin örneklere yer verilmiştir. Ezcümle fikri çaba sonucu meydana gelen ürün bu kategorilerden birinde yer almıyorsa eser sayılmayacak ve FSEK kapsamında korunmayacaktır.

Dijital yayınların doğrudan dijital ortamda yahut önce basılı olarak meydana gelip ardından dijital ortama aktarılması fikri mülkiyet hukuku kapsamında bir farklılık yaratmamaktadır. Fikri haklar için dijitalleşme, aslında bir eserin ortaya çıkarılmasından sonra onun radyo ve televizyon mesajları veya fotoğraf şekline dönüştürülmesi ve/

of radio and television messages or photographs after it's discover and/or introduced by new technology.<sup>14</sup> The requirement for printed Works for protection under the Code no 5846. Shall also apply to digital publications. In other words, in order for digital publications to be evaluated within the scope of the Code No 5846, it will be sufficient for this digital publication to have the Quality of work within the framework of the Code No 5846.<sup>15</sup> At this point, which of the Works included in the scope of the Code No 5846 will be evaluated as in printed publications, and a classification will be made in this context. If it is assumed that

veya yeni bir teknolojiyle ortaya konulmasından başka bir anlam ifade etmemektedir.<sup>14</sup> FSEK kapsamında koruma için basılı eser için aranan şartlar dijital yayınlar için de aynen geçerli olacaktır. Bir başka deyişle dijital yayınların FSEK kapsamında değerlendirilmesi için söz konusu dijital yayının FSEK kapsamında eser niteliğini haiz olması yeterli olacaktır.<sup>15</sup> Yine FSEK kapsamında yer alan eser türlerinden hangisinin içine dâhil olduğu basılı yayınlarda olduğu şekilde değerlendirilecek ve bu kapsamda bir sınıflandırma yapılacaktır. Dijital yayınların FSEK anlamında “eser” olduğunun kabulü

In other Works copyright covers both the material and moral rights of the owner of the work.

Bir diğer ifadeyle telif hakkı, eser sahibinin hem mali haklarını hem de manevi haklarını kapsamaktadır.

digital publications are “work” in the sense of Code No 5846 the owner of the work will also have intellectual property rights depending on the work in question. According to the law, the economical and moral rights of the author, who is the “person who created the work”<sup>16</sup>, will arise as soon as the work occurs.

ile eser sahibi söz konusu esere bağlı olarak fikri mülkiyet haklarına da sahip olacaktır. Kanunun deyişle dijital olarak meydana getirilen veya sonradan dijitalleştirilen eserler üzerinde, “eseri meydana getiren kişi”<sup>16</sup> olan eser sahibinin, eserin meydana geldiği anda mali ve manevi hakları doğacaktır.

#### IV. ECONOMICAL RIGHTS OVER DIGITAL PUBLICATIONS

Economical rights are defined in the most general definition as the right of the owner of the work to economically benefit from his work and to determine the form of this benefit and to prevent third parties from using it in this way.<sup>17</sup> Economical rights counted under the Code No. 5846 are “Right of Adaptation, Right of Reproduction, Right of Distribution, Right of Performance and Right to Communicate a Work to Public by Devices Enabling the Transmission of Signs, Sounds and/or Images”

#### IV. DİJİTAL YAYINLAR ÜZERİNDEKİ MALİ HAKLAR

Mali haklar en genel tanımıyla, eser sahibine, eserinden ekonomik olarak yararlanma ve bu yararlanmanın şeklini belirleme ve üçüncü kişilerin bu şekilde yararlanmasına engel olma hakkı olarak tanımlanmaktadır.<sup>17</sup> FSEK kapsamında sayılan mali haklar; işleme hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, temsil hakkı ve işaret, ses ve/veya görüntülü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı şeklindedir.

#### FOOTNOTE

11 Arıkan, p. 78

12 Arıkan, p. 121

13 E.Ernest Hirsch, Fikri ve Sınal Haklar, Ankara 1948, p.131

14 Sevgi Göçmen, İnternet Aracılığı ile Eser Sahibinin Haklarının İhlali, Haziran, 2015, p. 35

15 Göçmen, p. 35

16 Code No 5846, Article 1/B-b

17 Arıkan, p.74

#### DİPNOT

11 Arıkan, s. 78

12 Arıkan, s. 121

13 E.Ernest Hirsch, Fikri ve Sınal Haklar, Ankara 1948, s.131

14 Sevgi Göçmen, İnternet Aracılığı ile Eser Sahibinin Haklarının İhlali, Haziran, 2015, s. 35

15 Göçmen, s. 35

16 FSEK madde 1/B-b.

17 Arıkan, s.74

## PART 11

**1. Right Of Adaptation Over Digital Publications**

Right of adaptation can be expressed as the creation of a new work that is subject to the original work but is conducive to evaluation independently of the original work.<sup>18</sup> Since the work must contain the original work, albeit in modified form, the right to use the work by processing it is left exclusively to the owner of the work in Article 21 of the Code No. 5846. The work is converted into another form as a result of and intellectual effort. As it will be appreciated, the owner of the work must have the right to trade and make changes to the work. In addition, it is important to maintain the existing state of the product that has occurred, special and original idea. In this context, it is recognized that the protected is the work that exists in concrete terms, as well as the intellectual right and thought. For example, translations, collections created by combining the works of the same type of the owner of the work, explanation, Commentary or abbreviation of the work belonging to someone else are all works of processing.<sup>19</sup> Or, if a person who publishes articles by experts in intellectual property law in a way that is original in terms of selection or editing within the framework of criteria such as date order, author and subjects wants to publish these articles by translating them in different languages, the processing of the articles will be in question.<sup>20</sup>

It is also accepted that there is no violation at the point of processing on the work, which is a concrete product, performed by a third party in its personal space and not offered to the public. As detailed below, an exception has been made to this right by Article 38 of Code No 5846, which includes the use of any digital publication for personal use, the use of it in person with special interest.<sup>21</sup>

**2. Right Of Reproduction Over Digital**

As a rule, the right to reproduce means that the work is presented to the community at a certain fee, distributed, and prevented from reproducing the original or processed from of the work by others.<sup>22</sup> In reproduce,

**1. Dijital Yayınlar Üzerinde İşleme Hakkı**

İşleme hakkı asıl esere tabi olan fakat asıl eserden bağımsız şekilde değerlendirilmeye elverişli yeni bir eser oluşturulması olarak ifade edilebilecektir.<sup>18</sup> İşleme eser, değiştirilmiş biçimde de olsa asıl eseri içermek zorunda olduğundan, FSEK.m.21’de bir eserden onu işlemek suretiyle faydalanma hakkı, münhasıran eser sahibine bırakılmıştır. Eser, fikri bir çaba sonucu hususiyeti olan bir başka forma dönüştürülmektedir. Takdir edileceği üzere eserin üzerinde işlem yapma ve değişiklik yapma hakkı eser sahibinin olmalıdır. Yanı sıra meydana gelmiş, hususi ve orijinal fikri ürünün mevcut olan halinin korunması da önem arz etmektedir. Bu kapsamda korunanın fikri hakkın ve düşüncecinin yanı sıra somut olarak var olan eserin olduğu kabul edilmektedir. Örneğin, tercüme, eser sahibinin aynı türden eserlerinin bir araya getirilerek oluşturulan külliyatlar, başkasına ait eserin izahı, şerhi veyahut kısaltılması hepsi birer işlemdir.<sup>19</sup> Yahut fikri mülkiyet hukuku uzmanlarının makalelerini, tarih sırası, yazarı ve konuları gibi kriterler çerçevesinde seçme veya düzenlenme yönünden orijinallik arz eder şekilde yayınlayan bir kişinin, bu makaleleri farklı dillerde tercüme ederek yayınlamak istemesi halinde, makalelerin işlenmesi söz konusu olacaktır.<sup>20</sup>

Somut ürün olan eser üzerinde, üçüncü kişinin kendi kişisel alanında gerçekleştirdiği ve umuma arz etmediği işlemler noktasında bir ihlalin olmadığı da kabul edilmektedir. Aşağıda detaylı şekilde açıklanacağı üzere, herhangi bir dijital yayından kişisel kullanım dâhilinde faydalanılması, FSEK’in özel menfaat düşüncesiyle şahsen kullanma konusunu içeren 38’inci maddesi ile söz konusu hakka yönelik bir istisna getirilmiştir.<sup>21</sup>

**2. Dijital Yayınlar Üzerinde Çoğaltma Hakkı**

Çoğaltma hakkı ise eserin kural olarak topluma belirli bir ücret karşılığı sunulması, dağıtılması ve eserin özgün veya işlenmiş şeklinin başkaları tarafından çoğaltılmasına engel olunması anlamına gelmektedir.<sup>22</sup> Çoğaltma

the work is presented to society more than once and mostly for commercial purposes, adhering to its current state. But it is not necessary to produce a large number of copies that will be used by large audiences, and to produce a single copy that allows that exact reproduction of the work from the original or copy of the work is sufficient for the existence of reproduction.<sup>23</sup> Again, in this case, it is worth stating that the intellectual product that caused the appearance of the work, not the work, is intended to be protected.

Reproduce can be done in many ways. As a matter of fact, the limited counting method is not preferred in the Code No. 5846. On the contrary, in the twenty-third article of the Code No 5846, the legislator stated “in any way” and clearly stated that any reproduction and copying without permission from the owner of the work was a violation. In this context, it is possible to violate the right to reproduce by transferring a printed publication to digital media, as well as to violate this right by copying a digital publication by any means. For example, converting a digital publication to a printed publication, sharing it with third parties via e mail, copying it and storing it on a specific hard drive, or publishing it on a website without the permission of the owner of a digital publication will be considered a reproduction in the sense of Code No 5846.

In particular, it should be expressed at the point of violation of the right of reproduce; personal use will not prejudice the right of the owner of the work to reproduce. As a matter of fact, in the thirty eighth article of the Code No. 5846, “all ideas and work of art, (...) (2) it is possible to reproduce for personal use without profit motive. However, this reproduction cannot harm the legitimate interests of the right holder without a justified reason or contradict the normal use of the work” and is protected within the legal framework.<sup>24</sup> For example, if digital publications are accessed on the internet, it is known that the digital publication is copied to the computer’s RAM until the moment of computer shutdown. But as is accepted in the doctrine, such copying does not violate the right to reproduce in the sense of Code No 5846.<sup>25</sup> Yanı sıra Avrupa Birliği Müktesebatında “Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Yönleriyle

dâhilinde eser, mevcut haline sadık kalınarak birden fazla olarak ve çoğunlukla ticari amaçla topluma arz edilmektedir. Ancak geniş kitlelerin yararlanacağı çok sayıda nüsha üretmek gerekmeyip, eserin aslından ya da kopyasından eserin aynen tekrarına imkân veren tek nüsha üretmek çoğaltmanın varlığı için yeterlidir.<sup>23</sup> Söz konusu durumda yine, somut olarak eserin değil eserin ortaya çıkmasına neden olan fikri ürünün korunmak istendiğini ifade etmek yarar vardır.

Çoğaltma birçok şekilde yapılabilir. Nitekim FSEK de çoğaltmanın gerçekleştirilebileceği yöntemlerle ilgili olarak sınırlı sayım yöntemini tercih etmemiştir. Bilakis FSEK madde 23’te kanun koyucu açıkça “herhangi bir şekilde” ifadesine yer vererek eser sahibinden izinsiz yapılan her türlü çoğaltma ve kopyalamanın ihlal olduğunu açıkça ifade etmiştir. Bu kapsamda basılı yayının dijital ortama aktarılması suretiyle çoğaltma hakkının ihlal edilmesinin mümkün olduğu gibi, dijital bir yayının herhangi bir yolla kopyalanması suretiyle de bu hakkın ihlal edilmesi söz konusu olacaktır. Örneğin, dijital yayının basılı yayına dönüştürülmesi, e-posta yoluyla üçüncü kişilerle paylaşılması, kopyalanarak belirli bir hard diskte depolanması yahut dijital yayının sahibinden izinsiz olarak web sitesinde yayınlanması FSEK anlamında çoğaltma olarak kabul edilecektir.

Çoğaltma hakkının ihlal edilmesi noktasında özellikle ifade edilmesi gereken nokta; kişisel olarak kullanımın, eser sahibinin çoğaltma hakkına halel getirmeyeceğidir. Nitekim bu durum FSEK’in 38. maddesinde, “Bütün fikir ve sanat eserlerinin, (...) (2) kâr amacı güdülmeksizin şahsen kullanmaya mahsus çoğaltılması mümkündür. Ancak, bu çoğaltma hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar veremez ya da eserden normal yararlanmaya aykırı olmaz” şeklinde açıkça ifade edilmiş ve yasal çerçevede korunmuştur.<sup>24</sup> Söz gelimi dijital yayınlara internet ortamında erişilmesi durumunda bilgisayarın kapatılması anına kadar, dijital yayının bilgisayara ait RAM’a kopyalandığı bilinmektedir. Ancak doktrinde de kabul edildiği üzere, bu tarz bir kopyalama FSEK anlamında çoğaltma hakkını ihlal etmemektedir.<sup>25</sup>

**FOOTNOTE**

<sup>18</sup> See on the subject Yrd. Doç. Dr. Ali Demirbaş, Fikir ve sanat Eserleri Kanunu’nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma, XII. Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Eylül 2015, p. 17

<sup>19</sup> İbrahim Külahçı, Elektronik Veri Tabanlarının Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması, İstanbul, 2019, p.58

<sup>20</sup> Şeker, p. 101

<sup>21</sup> Ali Demirbaş, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma, On İki Levha Yayınları, Eylül, 2015, p. 21

<sup>22</sup> Yavuz Selim Şener, Fikri Mülkiyet Hukukunda Dijital Veri Tabanlarının Korunması, İstanbul, 2013, p. 102

<sup>23</sup> Demirbaş, p. 25

<sup>24</sup> Demirbaş, p. 21

<sup>25</sup> Leyla Ayhan İzmirlî, Avrupa Birliği ve Türk Hukuklarına Göre İnternet Ortamında Fikri Mülkiyet Haklarının İhlali ve Korunması, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2012, s. 174; Demirbaş, p. 27

**DİPNOT**

<sup>18</sup> Konuyla ilgili bkz; Yrd. Doç. Dr. Ali Demirbaş, Fikir ve sanat Eserleri Kanunu’nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma, XII. Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Eylül 2015, s. 17

<sup>19</sup> İbrahim Külahçı, Elektronik Veri Tabanlarının Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması, İstanbul, 2019, s.58

<sup>20</sup> Şeker, s. 101

<sup>21</sup> Ali Demirbaş, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma, On İki Levha Yayınları, Eylül, 2015, s. 21

<sup>22</sup> Yavuz Selim Şener, Fikri Mülkiyet Hukukunda Dijital Veri Tabanlarının Korunması, İstanbul, 2013, s. 102

<sup>23</sup> Demirbaş, s 25

<sup>24</sup> Demirbaş, s 21

<sup>25</sup> Leyla Ayhan İzmirlî, Avrupa Birliği ve Türk Hukuklarına Göre İnternet Ortamında Fikri Mülkiyet Haklarının İhlali ve Korunması, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2012, s. 174; Demirbaş, s. 27



## PART 11

Uyumlaştırılması Direktifi" m. 5/1 uyarınca, bu tür geçici ve teknik olarak zorunlu çoğaltmalar, çoğaltma hakkının istisnası kabul edilmiş, fikri hak ihlali olarak görülmemiştir.<sup>26</sup> Additionally, in European Union Acquis in accordance with Article 5/1 of the "Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society", this type of temporary and technical reproductions accepted as exceptions of the reproduction right and deemed as a lawful act. As a matter of fact, according to the natural rules of the computer and digital environment, this is a necessity for the person viewing the work.

### 3. Right Of Distribution Over Digital Publications

Right of distribution may be defined as the public presentation of the original or reproduced copies of a work by renting, lending, first offering it for sale or otherwise making it the subject of trade.<sup>27</sup> The right to distribution means that the owner of the work has the right to publicize the work that he has created as a result of intellectual thought. The fact that the said Right is being used and exhausted puts

Yanı sıra Avrupa Birliği Müktesebatında "Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Yönleriyle Uyumlaştırılması Direktifi" m. 5/1 uyarınca, bu tür geçici ve teknik olarak zorunlu çoğaltmalar, çoğaltma hakkının istisnası kabul edilmiş, fikri hak ihlali olarak görülmemiştir.<sup>26</sup> Nitekim bilgisayar ve dijital ortamın doğal kuralları gereği bu durum eseri görüntüleyen kişi açısından bir zaruret halidir.

### 3. Dijital Yayınlar Üzerinde Yayma Hakkı

Yayma hakkı, bir eserin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının, kiralamak, ödünç vermek, ilk olarak satışa sunmak veya diğer yolla ticaret konusu yapmak suretiyle kamuya sunulması olarak tanımlanabilir.<sup>27</sup> Yayma hakkı eser sahibinin, fikri düşünce sonucu ortaya getirdiği eseri umuma arz etme hakkına sahip olmasını ifade etmektedir. Anılan hakkın kullanılmakla tükeniyor olması mali haklar

the right to spread between economical rights in a different position. This matter, which is expressed in the doctrine as the "principle of exhaustion" or the "principle of first sale", is regulated in Article 23/2 of the Code No. 5846. Article 23 of the Code No. 5846 states that "provided that the right to rent and lend to the public remains with the owner of the work, the property of certain copies is transferred as a result of the right of the owner to distribute them, and the resale of them after the first sale or distribution within the borders of the country does not violate the right to distribute granted to the owner of the work". If users accessing the artifact in a virtual environment copy it to their own computers, it could theoretically mean exercising the right to distribute it. But virtual copies are quite difficult to accept within the scope of the classic right to distribute. Because a user who reaches a work that has been given to the internet once sends it to others in the internet environment, it is not acceptable to spread it. In contrast, sending the work to others by users who access a work that has been given to the internet environment once is considered a violation of the right to reproduce it.<sup>28</sup> However, if a work is placed on the network without permission from the owner of the work, the act of the person who makes it available on the internet without permission can also be considered a violation of the right of distribution it.<sup>29</sup> The principle of exhaustion is that the owner of the work cannot prohibit the re-commercial processing of copies of the work that he has released voluntarily by other people on the basis of an intellectual right.<sup>30</sup> In this way, the right of the owner of the work to publish will not be violated when reselling them after the first sale is made by transferring ownership of the work or duplicated copies. Along with the principle of exhaustion, only the right to sell the work is exhausted, and all other rights arising from the ownership of the work remain with the owner of the work. The subject of exhaustion is not the work itself; copies of material Works embodied in the outside World, such as books and magazines, constitute the subject. The transactions that cause the right to distribute to be exhausted are only sales and distribution. As a result of renting or lending to the work to the public, the rights are not exhausted.

arasında yayma hakkını farklı bir konuma getirmektedir. Doktrinde "tükenme ilkesi" veya "ilk satış prensibi" olarak ifade edilen bu husus, FSEK m. 23/2'de düzenlenmiştir. FSEK madde 23'te "Kiralama ve kamuya ödünç verme yetkisi eser sahibinde kalmak kaydıyla, belirli nüshaların hak sahibinin yayma hakkını kullanması sonucu mülkiyeti devredilerek ülke sınırları içinde ilk satışı veya dağıtım yapıldıktan sonra bunların yeniden satışı eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlal etmez" hükmü yer almaktadır. Sanal ortamda esere erişen kullanıcıların, onu kendi bilgisayarlarına kopyalamaları teorik olarak yayma hakkının kullanılması anlamına gelebilir. Fakat sanal kopyaların klasik yayma hakkı kapsamında kabul edilmesi oldukça güçtür. Çünkü internet ortamına bir kere verilmiş bir esere ulaşan kullanıcının onu, internet ortamında başkalarına göndermesi yayma fiili olarak kabul edilemez. Buna karşılık internet ortamına bir kere verilmiş bir esere erişen kullanıcıların eseri başkalarına göndermesi, çoğaltma hakkının ihlali olarak kabul edilir.<sup>28</sup> Buna karşılık, eser sahibinden izinsiz olarak bir eser ağa konulursa, bunu izinsiz olarak internette erişime sunan kişinin eylemi, aynı zamanda yayma hakkının ihlali olarak kabul edilebilir.<sup>29</sup> Tükenme ilkesi, eser sahibinin kendi rızasıyla piyasaya sürdüğü eser nüshalarının başka kişiler tarafından tekrar ticari işleme konu edilmesini fikri hakka dayanarak yasaklayamazdır.<sup>30</sup> Böylelikle eserin veya çoğaltılmış nüshalarının mülkiyeti devredilerek ilk satışı yapıldıktan sonra bunların yeniden satışında eser sahibinin yayma hakkı ihlal edilmiş olmayacaktır. Tükenme ilkesiyle birlikte eser üzerinde sadece satış hakkı tükenmekte ve eser sahipliğinden doğan diğer tüm haklar eser sahibinde kalmaya devam etmektedir. Tükenmenin konusunu eserin kendisi değil; kitap, dergi gibi dış dünyada somutlaşmış maddi eser nüshaları oluşturmaktadır. Yayma hakkının tükenmesine sebep olan işlemler de sadece satış ve dağıtımdır. Eserin kiraya veya kamuya ödünç verilmesi ile hak tükenmemektedir.

#### FOOTNOTE

<sup>26</sup> Michel M. Walter, Silke von Lewinski, European Copyright Law, A Commentary, Oxford University Press, 2010, p. 12

<sup>27</sup> İbrahim Emre Bayamioğlu, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma, İstanbul, 2007, p. 251

<sup>28</sup> Göçmen, p.80

<sup>29</sup> Külahçı, p. 82

<sup>30</sup> Bayamioğlu, p.252



#### DİPNOT

<sup>26</sup> Michel M. Walter, Silke von Lewinski, European Copyright Law, A Commentary, Oxford University Press, 2010, s. 12

<sup>27</sup> İbrahim Emre Bayamioğlu, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma, İstanbul, 2007, s.251

<sup>28</sup> Göçmen, s.80

<sup>29</sup> Külahçı, s. 82

<sup>30</sup> Bayamioğlu, s.252

## PART 11

**4. Right Of Perfonnance Over  
Digital Publications**

Representation is the presentation of an idea and work of art to society in a way that appeals directly to the senses.<sup>31</sup> According to article 24 of Code No. 5846, the right to use an idea and work of art directly or by reading, playing, showing or representing it in public places by means of transmitting signs, sounds or images belongs exclusively to the owner of the work. The transfer of the representation from the public to another medium by any means belongs to the owner of the work.<sup>32</sup>

Representation is the presentation of ideas and works of directly to the public in a way that appeals to the human senses. In representation, the work can be presented to the public in such a way as to appeal directly to the senses, or it can also be presented by means of sign, sound, or Picture transfer. In the first case, direct representation is mentioned, and in the second case, indirect representation mentioned.<sup>33</sup> For example, staging a play to the audience threere is a direct representation, while having the same paly watched by those outside the hall at the same time though. However, it i also accepted in the doctrine<sup>34</sup> that indirect representation is not included in the scope of the said provision. As a matter of fact, it is not possible to represent Works such as cinema, music as well as digital publications that are the subject of our work without a tool. In this context, it is important to have the right of representation directly or indirectly at stage of the transfer of the right. Although transmission to the public in digital media, especially the internet, is perceived as a special view of indirect representation, digital transmission to the public is more extensive than indirect representation performed by technical means, since people in this transmission have the opportunity to access the work any place and time.

**5. Right Of Publicise Over Digital  
Publications**

The right of public transmission by means of sign, sound and/or video transmission is regulated in Article 25 of the Code No. 5846. It is observed that this arrangement was made taking into account the existing agreements in World Intellectual Property Office ("WIPO"). According to the WIPO Copyright Agreement, the right to digital

**4. Dijital Yayınlar Üzerinde Temsil  
Hakkı**

Temsil, bir fikir ve sanat eserinin doğrudan doğruya duyulara hitap edecek şekilde topluma sunulmasıdır.<sup>31</sup> FSEK.m.24'e göre de, bir fikir ve sanat eserinden doğrudan doğruya ya da işaret, ses veya resim nakline yarayan araçlarla umumi mahallerde okuma, çalma, oynama, gösterme veya başka herhangi bir yolla temsil suretiyle yararlanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Temsilin umuma arz edildiği mahalden başka bir mahalle herhangi bir vasıta ile nakli de eser sahibine aittir.<sup>32</sup>

Temsil, fikir ve sanat eserinin doğrudan doğruya insan duyularına hitap eder şekilde kamunun istifadesine sunulmasıdır. Temsilde eser, doğrudan doğruya duyulara hitap edecek şekilde kamuya arz edilebileceği gibi, işaret, ses veya resim nakline yarayan araçlarla da sunulabilir. Birinci halde doğrudan temsilden, ikinci halde ise dolaylı temsilden söz edilmektedir.<sup>33</sup> Örneğin, bir oyunun orada bulunan seyircilere sahnelenmesi doğrudan temsil iken, aynı oyunun salon dışında olanlara aynı anda ekranlar vasıtasıyla izlettirilmesi dolaylı temsildir. Ancak doktrinde<sup>34</sup>, anılan hüküm kapsamında dolaylı temsilin yer almadığı da kabul edilmektedir. Nitekim sinema, müzik gibi eserlerin yanı sıra çalışmamız konusu olan dijital yayınların bir araç olmadan temsili mümkün değildir. Bu kapsamda temsil hakkının doğrudan ya da dolaylı olması hakkın devri aşamasında önem arz etmektedir. İnternet başta olmak üzere dijital mecralarda kamuya iletim, dolaylı temsilin özel bir görünümü gibi algılanmakla birlikte, söz konusu iletimde kişilerin esere diledikleri yer ve zamanda erişebilme imkânları bulunduğundan, dijital olarak kamuya iletim, teknik araçlarla gerçekleştirilen dolaylı temsile nazaran daha geniş kapsamlıdır.

**5. Dijital Yayınlar Üzerinde Umuma  
İletim Hakkı**

İşaret, ses ve/veya görüntülü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı FSEK madde 25'te düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemenin WIPO nezdinde mevcut antlaşmalar dikkate alınarak yapıldığı görülmektedir. WIPO Telif Hakları Sözleşmesi ile en temelde; dijital iletim hakkı tekeli ve

transmission is basically considered a monopolistic and absolute right, and wired or wireless transmission of artistic and literary Works is subject to permission of the owner of the work.<sup>35</sup> According to provision mentioned in the Code No. 5846, Turkish law has defined access to the work as an exclusive right to the owner of the work, which is indisputable and covers all kinds of activities.<sup>36</sup> One of the most common forms of violation of this right in practice is the transmission of works by non-entitled persons to the public through internet sites.

The transfer of the representation from the public to another medium by any means belongs to the owner of the work.

Temsilin umuma arz edildiği mahalden başka bir yere herhangi bir vasıta ile nakli de eser sahibine aittir.

Access to the work in digital media will be by accessing the work that is available in digital media, or by accidentally encountering it and seeing it, reading it, listening to it, or using it in other ways. If the loading of transmitted or retransmitted works or, more broadly, the product to a contractor, such as a CD or cassette, is not transmission and retransmission, it is considered reproduction, distribution and trading.<sup>37</sup> However, the submission of a product that has the nature of a work in the sense of the Code No. 5846 to digital media, over the internet or through electronic means that served o transmit audio and video wirelessly, such as a mobile phone, constitutes the transmission of the work to the public in the sense of Article of the Code No 5846.<sup>38</sup> From the point of view of public transmission, it does not matter how the transmission is performed. Therefore, public transmission refers to transmissions made by all kinds of tools that serve to transmit sound and images within the framework of technological developments, especially radio and television.<sup>39</sup> As a matter of fact, in various decisions of Court Of Appeals For The Eleventh Circuit.

mutlak bir hak olarak kabul edilmiş ve sanatsal ve edebi eserlerin kablolu veya kablosuz umuma iletimi eser sahibinin iznine bağlanmış durumdadır.<sup>35</sup> FSEK'te de anılan hükümle Türk Hukuku, esere erişim sağlamayı, tartışmasız ve her türlü faaliyeti kapsar şekilde, eser sahibine münhasır bir hak olarak tanımamıştır.<sup>36</sup> Bu hakkın uygulamada en çok karşılaşılan ihlal biçimlerinden birisi hak sahibi olmayan kişilerce eserlerin internet siteleri üzerinden umuma iletimidir.

Esere dijital ortamda ulaşma, kullanıcının dijital ortamda mevcut olan esere ulaşması veya tesadüfen rastlayıp ondan görerek, okuyarak, dinleyerek veya başka şekillerde yararlanması suretiyle olacaktır. İletilen ya da yeniden iletilen eserlerin ya da daha geniş bir söylemle ürünün, CD veya kaset gibi bir yükleniciye yüklenmesi ise, iletim ve yeniden iletim olmayıp, çoğaltma, dağıtma ve ticarete koyma olarak nitelendirilir.<sup>37</sup>

Ancak, FSEK anlamında eser niteliği haiz olan bir ürünün dijital ortama aktarılması, internet üzerinden veya cep telefonu gibi telsiz ve kablosuz olarak ses ve görüntü nakline yarayan elektronik araçlarla üçüncü kişilerin istifadesine sunulması, FSEK m. 25 anlamında eserin kamuya iletimini oluşturur.<sup>38</sup> Umuma iletim açısından iletimin hangi araçla yapıldığının önemi yoktur. Dolayısıyla umuma iletim, başta radyo ve televizyon olmak üzere teknolojik gelişmeler çerçevesinde ses ve görüntü nakline yarayan her türlü araçla yapılan iletimleri ifade eder.<sup>39</sup> Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi çeşitli kararlarında, "Kamu Kurumu (SPK) tarafından önce-

## FOOTNOTE

31 Külahçı, p.72

32 Külahçı, p. 72

33 Şener, p.108

34 Demirbaş, p. 38

35 Doğan Kocabay, İnternette Fikri Hakların Korunması, Ankara, 2004, s.12

36 Sinan Bayındır, Eser Sahibinin İzni Olmaksızın Eseri Umuma İletim Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Temmuz-Ağustos 2014, Sayı 113, p.314

37 Tekinalp, p.194

38 Arıkan, p. 88

39 Sinan Bayındır, Eser Sahibinin İzni Olmaksızın Eseri Umuma İletim Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Temmuz-Ağustos 2014, Sayı 113, p.314

## DİPNOT

31 Külahçı, s.72

32 Külahçı, s. 72

33 Şener, s.108

34 Demirbaş, s. 38

35 Doğan Kocabay, İnternette Fikri Hakların Korunması, Ankara, 2004, s.12

36 İbrahim Emre Bayamıoğlu, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma, On İki Levha Yayınları, Ocak 2008, s 254

37 Tekinalp, s.194

38 Arıkan, s. 88

39 Sinan Bayındır, Eser Sahibinin İzni Olmaksızın Eseri Umuma İletim Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Temmuz-Ağustos 2014, Sayı 113, s.314



## PART 11

Compiling the questions asked by the Public Institution (CMB) in the expertise exams conducted in the previous years to the people they employ according to the subject titles and presenting to the market as a book under the name of "Preparation for CMB Licensing Exams" and the processing work as a database According to 18/2, the plaintiff legal person who has the authority to exercise his / her financial rights, the defendant who "transmits this work to the public on the internet" without permission, he could claim three times as much royalty compensation under FSEK Article 68.<sup>40</sup>

By modifying Rights of the Child Convention, accepted by the UN General Assambly and ratified by Turkey and published in Turkish Official Gazette, in order to make it understandable by every child, by shortening, simplifying and clarifying text, and instead using technical terms, is a process, and the act of presenting the final edited work to the public in the booklet and on the internet without showing the name of the author without permission would violate the financial right of the author.<sup>41</sup>

ki yıllarda yapılan uzmanlık sınavlarında sorulmuş olan soruları, konu başlıklarına göre çalıştırdığı kişilere derleten ve 'SPK Lisanslama Sınavlarına Hazırlık' ismi ile kitap olarak piyasaya sunan ve veri tabanı niteliğindeki işleme eserin FSEK m. 18/2'ye göre mali haklarını kullanma yetkisine sahip olan davacı tüzel kişinin, bu eseri izinsiz biçimde 'internet ortamında umuma iletin' davalıdan FSEK m. 68 uyarınca üç kat fazla telif tazminatı isteyebileceği"<sup>40</sup>

"Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen ve Türkiye'de Resmi Gazete'de Türkçe metni yayınlanan Çocuk Hakları Sözleşmesini, metindeki ifadeleri kısaltarak, basitleştirerek ve sadeleştirerek, teknik deyim ve terimler kullanılması yerine, her çocuğun anlayabileceği sözcükler kullanılarak farklı, kısa, anlam ve mesaj olarak özgün bir şekilde sokulması eyleminin de işleme mahiyetinde olduğu, meydana getirilen işleme eserin izinsiz biçimde sahibinin adı gösterilmeden kitapçık ve internet ortamında kamuya sunulması eyleminin eser sahibinin mali (internet yoluyla umuma iletim) hakkını ihlal edeceği"<sup>41</sup> şeklinde içtihat etmiştir.



## FOOTNOTE

40 Yargıtay 11. HD T. 13.10.2009, E. 2008/5561, K. 2009/10516

41 Yargıtay 11. HD. T. 04.04.2006, E. 2005/3798, K. 2006/3543

42 Göçmen, p. 134

V. PROTECTION  
OF ECONOMICAL  
RIGHTS OVER DIGITAL  
PUBLICATIONS

The fact that digital media is changing rapidly every day and interaction between users is undoubtedly increasing rights violations. In this context, due to lack of differences between the nature of digital publications and the work of printed publications, the person whose economical rights arising from digital publications have been violated has the opportunity to apply to the legal and criminal cases regulated by law.

Civil cases that may be filed by the author organized under the law and whose economical rights are violated; the case for the detection of the author, the action for indemnification of the infringement, the action for prevention of the infringement, and the case for compensation that will be filed in accordance with the subject of the case.<sup>42</sup> In order for any of these civil cases to be opened there must be a "accroachment" or "danger of accroachment" for economical rights. Since the violation of a economical right of the author is identical to the violation of the law, there is no need to investigate a rule of law that has also been violated. In order to be able to talk about illegality, one of the "reasons for compliance with the law" should not exist in the concrete event. In addition, the owner of the work whose economical rights have been violated has the right to claim compensation under the provisions of tort if the violator has a defect. As a matter of fact, in the absence of any contract between the parties, infringing actions against digital publications are considered tort.

In addition, article 10 of the Convention on Cybercrime prepared by the Council of Europe is regulated under the title "crimes related to copyright to copyright and similar rights".

V. DİJİTAL YAYINLAR  
ÜZERİNDEKİ MALİ  
HAKLARIN KORUNMASI

Dijital mecranın gün geçtikçe hızla değişim göstermesi ve kullanıcılar arasında etkileşimin fazla olması hiç şüphesiz hak ihlallerini artırmaktadır. Bu kapsamda dijital yayınlar ile basılı yayınların eser niteliği arasında farklılık bulunmaması nedeniyle, dijital yayından doğan mali hakları ihlal edilen kişinin FSEK'te düzenlenen hukuk ve ceza davaları yoluna başvurma imkânı bulunmaktadır.

FSEK kapsamında düzenlenen ve mali hakları ihlal edilen eser sahibinin açabileceği hukuk davaları; eser sahibinin tespiti davası, tecavüzün ref'i davası, tecavüzün men'i davası, tecavüzün tespiti davası ile davanın konusuna göre açılacak olan tazminat davalarıdır.<sup>42</sup> Söz konusu hukuk davalarının herhangi birinin açılabilmesi için mali haklara yönelik "tecavüz"ün veya "tecavüz tehlikesi"nin mevcut olması gerekmektedir. Eser sahibinin bir mali hakkının ihlali hukuka aykırılık ile özdeş olduğundan, ayrıca ihlal edilen bir hukuk kuralının araştırılmasına gerek yoktur. Hukuka aykırılıktan söz edebilmek için somut olayda "hukuka uygunluk sebepleri"nden birinin mevcut olmaması gerekir. Yani sıra mali hakları ihlal edilen eser sahibinin FSEK kapsamında, ihlal edenin kusuru varsa haksız fiil hükümleri kapsamında tazminat talep etme hakkı da bulunmaktadır. Nitekim taraflar arasında herhangi bir sözleşme bulunmaması halinde dijital yayınlara yönelik gerçekleştirilen ihlal niteliğindeki eylemler haksız fiil olarak kabul edilmektedir.

Yani sıra Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan Siber Suçlar Sözleşmesi'nin 10. maddesinde 'telif hakları ve benzer hakların ihlali ile ilişkin suçlar' başlığı altında düzenleme yapılmıştır. Buna göre, sözleşmenin tarafları kendi yasalarında tanımlanan şekilde telif hakları ihlalinin, Bern Sözleşmesi, Paris Sözleşmesi, TRIPS Sözleşmesi ve WIPO Sözleşmeleri uyarınca kasıtlı olarak, ticari ölçekte ve bilgisayar sistemi aracılığıyla yapıldığında, kendi ulusal mevzuatları kapsamında cezai bir suç olarak tanımlanması için gere-

## DİPNOT

40 Yargıtay 11. HD T. 13.10.2009, E. 2008/5561, K. 2009/10516

41 Yargıtay 11. HD. T. 04.04.2006, E. 2005/3798, K. 2006/3543

42 Göçmen, s. 134

## PART 11

Accordingly, signataroies of the Convention are under the obligation to recognize as a criminal act when a breach of contract regarding copyright rights defined under Paris Convention, TRIPS, WIPO Agreements is done with intention, on a commercial scale and with the help of a computer system. As a matter of fact, the Code No 5846 includes civil cases that the author whose economical rights have been violated can apply to, as well as criminal cases.<sup>43</sup>

It is clear that the actions counted in Article 71 of the Code No. 5846 are also criminal for digital publications. As a matter of fact, there is no provision in the article of law that includes the fact that work is not in a digital environment as an element of typicity. These article provide for imprisonment and juridical fines for perpetrators who commit acts that violate the economical rights of the owner of the work. In this context, it is possible to punish the perpetrator in various cases by copying the digital publication to a CD or any external disk, except for his personal use, or by adding the digital publication to abny website without the consent of the owner the work.

Existing regulations on the right of the owners of work s under the Code No. 5846 are insufficient to prevent violations in the internet environment. Due to the fact that there is a fast and continuous relationship between users, the act of rape, the person who committed the act in question is difficult to identify, legal regulations are insufficient. For this reason, International Studies are being carried out and technological protection methods are being developed in addition to legal protection methods. In one aspect, the rights of the owners of works are tried to be protected by the technological protection method, which is similar to the watermark application used in printed works and is called the digital rights method.

In addition, identification, monitoring and realization of rights holders' rights on digital data in digital or similar media in accordance with permitted or restricted

keni yapmakla yükümlü kılınmıştır.<sup>43</sup> Nitekim FSEK'te mali hakları ihlal edilen eser sahibinin başvurabileceği hukuk davalarının yanı sıra ceza davalarına da yer verilmiştir.

FSEK madde 71'de sayılan eylemlerin, dijital yayınlar için de suç niteliğini taşıdığı açıktır. Nitekim kanun maddesinde tipiklik unsuru olarak eserin dijital ortamda olmamasını ihtiva eden herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Anılan maddelerde eser sahibinin mali haklarını ihlal eden eylemleri gerçekleştiren failer için hapis ve adli para cezası öngörülmüştür. Bu kapsamda bir dijital yayını şahsi kullanımını haricinde CD ya da herhangi bir harici diske kopyalamak suretiyle çoğaltan kişinin, eser sahibinin rızası olmaksızın bir dijital yayının herhangi bir web sitesine eklenmek suretiyle umuma arz edilmesi gibi çeşitli hallerde failin cezalandırılması mümkündür.

FSEK kapsamında eser sahiplerinin haklarına yönelik mevcut düzenlemeler internet ortamındaki ihlalleri önlemede yetersiz kalmaktadır. Kullanıcılar arasında hızlı ve devamlı bir ilişkinin olması, tecavüz eyleminin, söz konusu eylemi gerçekleştiren kişinin tespitinin zor olması gibi nedenlerle hukuki düzenlemeler yetersiz kalmaktadır. Bu nedendir ki uluslararası çalışmalar yapılmakta, hukuki koruma yöntemlerinin haricinde teknolojik koruma yöntemleri geliştirilmektedir. Bir yönüyle basılı eserlerde kullanılan filigran uygulamasına benzeyen ve dijital haklar yöntemi olarak adlandırılan teknolojik koruma yöntemiyle eser sahiplerinin hakları korunmaya çalışılmakta, dijital veya benzeri ortamlardaki dijital veriler üzerinde hak sahiplerinin haklarının tanımlanması, izlenmesi ve dijital medya kullanımının izin verilen veya kısıtlanan haklar doğrultusunda gerçekleştirilmesi sağlanmaktadır.<sup>44</sup> Dijital yayınların

rights to use digital media is provided.<sup>44</sup> Digital rights management, publishing rights management system and technical protection measures are used to prevent illegal reproduction and processing of digital publications. These measures are also supported by legal regulations.

Digital rights management can generally be expressed as a system developed to control license rights, such as restricting the distribution of digital media such as books, magazines, movies, music, games, because they are easily copied.

It is clear that the actions counted in Article 71 of the Code No. 5846 are also criminal for digital publications.

FSEK madde 71'de sayılan eylemlerin, dijital yayınlar için de suç niteliğini taşıdığı açıktır.

Digital rights management systems and legal protection were introduced to these systems at the European Union level by revealing the commercial interests of rights holders with the EU Information Society directive.<sup>45</sup> In this way, access to all or part of the content may be restricted to a fee, time, or person, while copying or changing the content or integrity of the work is also attempted to prevent.<sup>46</sup> Various techniques in the digital environment of intellectual property rights, protection, monitoring, restricted management and promoting the use of this method, the digital content protection, to prevent unauthorized and unlicensed use, and ensuring the realization of rights and obtaining fair distribution of royalty makes it easier to manage.<sup>47</sup>

hukuka aykırı olarak çoğaltılmasını ve işlenmesini önlemek amacıyla dijital hak yönetimi, yayım hakları yönetim sistemi ve teknik koruma tedbirleri kullanılmaktadır. Anılan tedbirler yasal düzenlemeler ile de desteklenmektedir.

Dijital haklar yönetimi genel olarak kitap, dergi, film, müzik, oyun gibi dijital medyaların kolayca kopyalanabilir olması sebebiyle yeniden dağıtılmasını kısıtlama gibi lisans haklarını kontrol etmek için geliştirilen sistem

olarak ifade edilebilecektir. AB Bilgi Toplumu Direktifi ile hak sahiplerinin ticari çıkarları ortaya çıkartılarak dijital hak yönetim sistemleri ve bu sistemlere Avrupa Birliği düzeyinde yasal koruma getirilmiştir.<sup>45</sup> Bu sayede, içeriğin tümü ya da kısmi bir bölümüne, ücret, zaman ya da kişiyle sınırlı olarak erişim kısıtlaması getirilebilirken, eserin içerik ya da bütünlüğünün kopyalanması veya değiştirilmesi de engellenmeye çalışılır.<sup>46</sup> Dijital ortamda bulunan fikri mülkiyet haklarının çeşitli tekniklerle korunması, izlenmesi, kısıtlanması, yönetimi ve kullanımını amaçlayan bu yöntem<sup>47</sup> dijital içeriğin korunmasını, izinsiz ve lisansız kullanımların engellenmesini, telif bedellerinin elde edilmesi ve adil dağıtımın gerçekleştirilmesini sağlayarak hakların yönetilmesini de kolaylaştırmaktadır.

## FOOTNOTE

43 H. Lale Ayhan, AB ve Türk Hukuklarına Göre İnternet Ortamında Fikri Mülkiyet Haklarının İhlali, Ankara, 2010, p. 222

44 KÜlahcı, p. 1

45 Arıkan, p. 124

46 Şener, p.166

47 Metin Turan, Geleneksel ve Elektronik Eser Sahiplerinin Telif Hakları, Dijital Haklar Yönetimi: Uluslararası Düzenlemeler ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Bir Değerlendirme, p. 65-69

## DİPNOT

43 H. Lale Ayhan, AB ve Türk Hukuklarına Göre İnternet Ortamında Fikri Mülkiyet Haklarının İhlali, Ankara, 2010, s. 222

44 KÜlahcı, s. 1

45 Arıkan, s. 124

46 Şener, s.166

47 Metin Turan, Geleneksel ve Elektronik Eser Sahiplerinin Telif Hakları, Dijital Haklar Yönetimi: Uluslararası Düzenlemeler ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Bir Değerlendirme, s. 65-69



## PART 11

Although there is no international agreement that includes the definition of digital rights management and directly regulates this issue, there are international regulations that regulate some aspects of digital rights management. According to WIPO Copyright Treaty Articles 11 and 12 and WIPO Performances and Phonograms Treaty Articles 18 and 19, Member States have to legalize necessary preventive measures against circumvention of technological security measures taken by the right holders. In addition, there are regulations such as the WIPO Copyright Convention on digital rights management, the American Digital Millennium Copyright Law, the EU Copyright Directive, the French Copyright and Neighbouring Rights Bill. As part of digital rights management, for example, the various features related to protection, monitoring and restriction that an electronic book will provide by observing owners, users, publishers, etc., are effective in achieving the expected efficiency of digital rights management.

In addition to international regulations, article 25 of Code No 5846 is an important development in the management of digital rights related to digital transmission. In addition, article 38 of Code No 5846 which includes the subject of personal use with special interest considerations, and exceptions granted to operations such as loading and backing up computer programs, include compliance with digital rights management. For this reason, it can be said that the Code No 5846 regulates the basic articles and paragraphs related to digital rights management.<sup>48</sup> By such mechanisms, the protection of the rights of the owners of Works is guaranteed by legal regulations.<sup>49</sup>

In addition, in accordance with additional Article 4 of the law, a parallel arrangement was made with international conventions in the sense of a digital rights management system, including the provision "The work with the owner of the work and the work of owner or any of the rights of use of the work

Dijital hak yönetimi tanımına yer veren ve doğrudan bu konuyu düzenleyen bir uluslararası anlaşma olmamakla birlikte, dijital hak yönetimine ilişkin bazı hususları düzenleyen uluslararası düzenlemeler bulunmaktadır. WIPO Telif Hakları Anlaşmasının 11 ve 12. maddeleri ile WIPO İcralar ve Fonogramlar Anlaşması'nın 18 ve 19. maddelerinde taraf ülkeler, eser sahiplerinin, yorumcuların ve fonogram yapımcılarının, haklarını korumak için kullandıkları teknolojik önlemlerin bertaraf edilmesini önleyici gerekli yasal düzenlemeleri yapmakla yükümlü kılınmaktadır. Yanı sıra dijital haklar yönetimi ile ilgili WIPO Telif Hakları Sözleşmesi, Amerikan Dijital Milenyum Telif Hakkı Kanunu, AB Telif Yönergesi, Fransız Telif Hakkı ve Komşu Hakları Hakkında Kanun Tasarısı gibi düzenlemeler de mevcuttur. Dijital Haklar Yönetimi kapsamında örneğin bir elektronik kitabın eser sahipleri, kullanıcıları, yayınevleri vb. gözetilerek sağlayacağı koruma, izleme ve kısıtlama ile ilgili çeşitli özelliklerin toplumsal çıkar sağlanarak yapılmaya çalışılması dijital haklar yönetiminden beklenen verimliliğin elde edilmesinde etkilidir.

Uluslararası düzenlemelerin yanı sıra FSEK'in dijital iletimle ilgili 25'inci maddesi dijital haklar yönetiminde önemli bir gelişmedir. Ayrıca, FSEK'in özel menfaat düşüncesiyle şahsen kullanma konusunu içeren 38'inci maddesi ile bilgisayar programlarında yükleme, yedekleme gibi işlemlere tanınan istisnalar dijital haklar yönetimine uygunluk içermektedir. Bu nedenle, FSEK'te dijital haklar yönetimiyle ilgili temel maddelerin ve fıkraların düzenlendiği söylenebilir.<sup>48</sup> Bu tür mekanizmalarla eser sahiplerinin haklarının korunması yasal düzenlemelerle güvence altına alınmıştır.<sup>49</sup>

Yanı sıra FSEK ek madde 4 kapsamında "Eser ve eser sahibi ile eser üzerindeki haklardan herhangi birinin sahibi veya eserin kullanımına ilişkin süreler ve şartlar ile ilgili olarak eser nüshaları üzerinde bulunan veya eserin topluma sunulması sırasında görü-

or copies of the work as related to the duration and conditions of work codes that represent numbers or unauthorized information during a presentation to the society cannot be eliminated and cannot be changed. Originals or copies of Works whose numbers and codes representing information and information have been changed or eliminated without authorization may not be distributed, imported for distribution, published or transmitted to the public." Unauthorized removal or modification of the information of the owner of the work or the owner of any of the rights on the work under the said article, and the numbers or codes representing this information, is a crime, and the perpetrator of this crime will be punished in the senses of Article 71 of the Code No 5846.

## VI. CONCLUSION

In our digitized world, it is important to protect the rights that take place in electronic the rights that take place in electronic environment. Important work is being carried out to prevent and eliminate these rights violations all over the world, and legal and technological protection methods are being methods. It is impossible to say that technological developments have been ignored on both national and international levels. However, given the speed of technological developments the inability to define certain terms or the unpredictability of rights violations prevents definitive solutions to the violations of intellectual rights in the internet environment.

As a result of these technological developments, the shift of the publishing sector towards the digital environment has brought about different problems in the legal sense. These developments, which introduced many terms such as digital works and digital publications into the literature, have also raised questions

len bilgiler ve bu bilgileri temsil eden sayılar veya kodlar yetkisiz olarak ortadan kaldırılamaz ve değiştirilemez. Bilgileri ve bilgileri temsil eden sayıları ve kodları yetkisiz olarak değiştirilen veya ortadan kaldırılan eserlerin asılları veya kopyaları dağıtılamaz, dağıtılmak üzere ithal edilemez, yayınlanamaz veya topluma iletilmez." hükmüne yer verilmek suretiyle dijital hak yönetimi sistemi anlamında uluslararası sözleşmelerle paralel bir düzenleme gerçekleştirilmiştir. Anılan madde kapsamında bir eser üzerinde bulunan eser sahibi veya eser üzerindeki haklardan herhangi birinin sahibinin bilgileri ve bu bilgileri temsil eden sayıları veya kodları yetkisiz olarak ortadan kaldırmak veya değiştirmek suçtur ve bu suçu işleyen FSEK madde 71 anlamında cezalandırılacaktır.

## VI. SONUÇ

Dijitalleşen dünyamızda elektronik ortamda da cereyan eden hakların korunması önem arz etmektedir. Tüm dünyada söz konusu hak ihlallerinin önlenmesi ve ortadan kaldırılması için önemli çalışmalar yapılmakta, hukuki ve teknolojik koruma yöntemleri getirilmektedir. Gerek ulusal gerek uluslararası düzlemde teknolojik gelişmelerin göz ardı edildiğini söylemek mümkün değildir. Ne var ki, teknolojik gelişmelerin hızı göz önünde bulundurulduğunda bazı kavramların tanımının yapılamaması yahut hak ihlallerinin öngörülememesi fikri hakların internet ortamında ihlâline kesin çözümler getirilmesine engel olmaktadır.

Yayıncılık sektörünün söz konusu teknolojik gelişmeler sonucunda dijital ortama doğru kayması hukuksal anlamda farklı sorunları beraberinde getirmiştir. Dijital eser, dijital yayın gibi birçok kavramı literatüre sokan bu ge-

## FOOTNOTE

48 Turan, p. 77

49 Külahcı, p.180

## DİPNOT

48 Turan, s. 77

49 Külahcı, s.180

## PART 11

about how the owners of work should act in the face of rights violations. As a matter of fact, it is quite easy to reproduce and copy any digital publication in a digital environment, to be represented, disseminated or presented to the public without permission from the owner. Although our current legislation against these violations can be resolved within the scope of the Code No 5846, it is obvious that it does not provide a final solution.

The digital publishing owner, who has economical rights under the law, can also benefit from the protection mechanisms provided for in the said Code No 5846. However, in a digital medium whose borders are more transparent, it is obvious that the protection in question will be more difficult to provide. In this context, various conventions and regulations have been implemented internationally. Another of the issues discussed in our study was to prevent rights violations occurring in electronic media with this regulation called digital rights management system. In this context, the rights to all or part of the digital publication are protected.

As a result, it seems that some of the intellectual rights violations arising in relation to digital publications can be solved by the interpretation of our current legislation, but some of these problems cannot be solved effectively by the current intellectual law legislation. Although the law has undergone many important changes, it explains that the lack of current definition of new concepts and facts in the digital field in the relevant law cannot resolve these legal disputes.

lişmeler, eser sahiplerinin hak ihlalleri karşısında nasıl hareket edilmesi gerektiğine ilişkin soruları da beraberinde getirmiştir. Nitekim dijital ortamda herhangi bir dijital yayının çoğaltılıp kopyalanması, sahibinden izinsiz olarak temsil edilmesi, yayılması yahut umuma arz edilmesi oldukça kolaydır. Anılan ihlallere karşı mevcut mevzuatımız FSEK kapsamında çözümler getirilebiliyor olsa da kesin çözüm sağlamadığı aşikârdır.

FSEK kapsamında mali haklara sahip olan dijital yayın sahibi, anılan Kanun'da öngörülen koruma mekanizmalarından da yararlanabilmektedir. Ancak, sınırları daha saydam olan dijital mecrada ise söz konusu korumanın sağlanmasının daha zor olacağı aşikârdır. Bu kapsamda uluslararası alanda çeşitli sözleşmeler ve düzenlemeler gerçekleştirilmiştir. Çalışmamızda ele alınan hususlardan bir diğeri, dijital hak yönetim sistemi ile elektronik ortamda meydana gelen hak ihlalleri engellenmek istenmiştir. Bu kapsamda dijital yayının tamamı ya da bir kısmına ait haklara korunma sağlanmaktadır.

Netice itibarıyla dijital yayınlara ilişkin ortaya çıkan fikri hak ihlallerinden bir kısmının çözümüne mevcut mevzuatımızın yorumuyla ulaşılabildiği, ancak bu sorunların bir kısmının ise yürürlükteki fikri hukuk mevzuatı ile etkili şekilde çözülemediği görülmektedir. FSEK her ne kadar pek çok önemli değişikliğe uğramış olsa da dijital alandaki yeni kavramların ve olguların ilgili kanunda güncel şekilde tanımlanmamasının söz konusu hukuki uyumsuzluklara çözüm getirememesini açıklamaktadır.

## BIBLIOGRAPHY

- ALİ DEMİRBAŞ**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Eser Sahibinin Mali Haklarına tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma, On İki Levha, İstanbul, 2015
- AHMET KILIÇOĞLU**, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Turhan, 5. Baskı, Ankara 2019.
- AYTEN ARIKAN**, Türkiye'de Elektronik Yayıncılık ve Telif Hakları, Ankara, 2017
- DOĞAN KOCABEY**, İnternette Fikri Hakların Korunması, Ankara, 2004
- ERAY AKSIN ATAR**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkı ve Korunması, On İki Levha, İstanbul, 2017
- FİLİZ BERNA GÜLTEKİN**, Elektronik Yayınların Fikri Mülkiyet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, İzmir, 2020
- H. ALPEREN EVRENSEL**, Telif Hakkı Sözleşmesi ve Hakların Devri, Seçkin yayıncılık, Ankara 2019
- H. LALE AYHAN**, AB ve Türk Hukuklarına Göre İnternet Ortamında Fikri Mülkiyet Haklarının İhlali, Ankara, 2010
- İŞİK ÖNDER**, Elektronik Kitap Olgusu ve Türkiye'de Durum, Ankara 2010
- İBRAHİM EMRE BAYAMLIOĞLU**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma, İstanbul, 2017
- İLHAMİ GÜNEŞ**, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- LEYLA AYHAN İZMİRLİ**, Avrupa Birliği ve Türk Hukuklarına Göre İnternet Ortamında Fikri Mülkiyet Haklarının İhlali ve Korunması, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012
- METİN TURAN**, Geleneksel ve Elektronik Eser Sahiplerinin Telif Hakları, Dijital Haklar Yönetimi: Uluslararası Düzenlemeler ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Bir Değerlendirme
- MEVCİ ERGÜN**, Fikri Mülkiyet Hukuku, Legem Yayıncılık, Ocak, 2020
- MURAT SOYSAL**, Türkiye'de ve Avrupa'da Televizyon Yayınlarında Telif Hakkı Uygulamaları, Eğitim Yayıncılık, Eylül, 2018
- MURAT YILMAZ**, Teknik Açıdan İnternet ve Telif Hakkı, Türk Kütüphaneciliği, 2005
- MICHEL M. WALTER, SILKE VON LEWİNSKİ**, European Copyright Law, A Commentary, Oxford University Press, 2010, s. 12
- SEMA İŞKİN**, Elektronik Yayıncılıkta Telif Haklarının korunması Üzerine Bir Araştırma, İstanbul, 2018
- SEVGİ GÖÇMEN**, İnternet Aracılığı İle Eser Sahibinin Haklarının İhlali, Haziran 2015
- SİNAN BAYINDIR**, Eser Sahibinin İzni Olmaksızın Eseri Umuma İletim Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Temmuz-Ağustos 2014, Sayı 113
- ZEYNEP MİNE ERYILDIR**, Elektronik Kitap Uygulaması ve Getirdiği Hukuki Sorunlar, İstanbul, 2019
- YAVUZ SELİM ŞENER**, Fikri Mülkiyet Hukukunda Dijital Veri Tabanlarının Korunması, İstanbul, 2013,

## KAYNAKÇA

- ALİ DEMİRBAŞ**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Eser Sahibinin Mali Haklarına tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma, On İki Levha, İstanbul, 2015
- AHMET KILIÇOĞLU**, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Turhan, 5. Baskı, Ankara 2019.
- AYTEN ARIKAN**, Türkiye'de Elektronik Yayıncılık ve Telif Hakları, Ankara, 2017
- DOĞAN KOCABEY**, İnternette Fikri Hakların Korunması, Ankara, 2004
- ERAY AKSIN ATAR**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkı ve Korunması, On İki Levha, İstanbul, 2017
- FİLİZ BERNA GÜLTEKİN**, Elektronik Yayınların Fikri Mülkiyet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, İzmir, 2020
- H. ALPEREN EVRENSEL**, Telif Hakkı Sözleşmesi ve Hakların Devri, Seçkin yayıncılık, Ankara 2019
- H. LALE AYHAN**, AB ve Türk Hukuklarına Göre İnternet Ortamında Fikri Mülkiyet Haklarının İhlali, Ankara, 2010
- İŞİK ÖNDER**, Elektronik Kitap Olgusu ve Türkiye'de Durum, Ankara 2010
- İBRAHİM EMRE BAYAMLIOĞLU**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma, İstanbul, 2017
- İLHAMİ GÜNEŞ**, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- LEYLA AYHAN İZMİRLİ**, Avrupa Birliği ve Türk Hukuklarına Göre İnternet Ortamında Fikri Mülkiyet Haklarının İhlali ve Korunması, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012
- METİN TURAN**, Geleneksel ve Elektronik Eser Sahiplerinin Telif Hakları, Dijital Haklar Yönetimi: Uluslararası Düzenlemeler ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Bir Değerlendirme
- MEVCİ ERGÜN**, Fikri Mülkiyet Hukuku, Legem Yayıncılık, Ocak, 2020
- MURAT SOYSAL**, Türkiye'de ve Avrupa'da Televizyon Yayınlarında Telif Hakkı Uygulamaları, Eğitim Yayıncılık, Eylül, 2018
- MURAT YILMAZ**, Teknik Açıdan İnternet ve Telif Hakkı, Türk Kütüphaneciliği, 2005
- MICHEL M. WALTER, SILKE VON LEWİNSKİ**, European Copyright Law, A Commentary, Oxford University Press, 2010, s. 12
- SEMA İŞKİN**, Elektronik Yayıncılıkta Telif Haklarının korunması Üzerine Bir Araştırma, İstanbul, 2018
- SEVGİ GÖÇMEN**, İnternet Aracılığı İle Eser Sahibinin Haklarının İhlali, Haziran 2015
- SİNAN BAYINDIR**, Eser Sahibinin İzni Olmaksızın Eseri Umuma İletim Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Temmuz-Ağustos 2014, Sayı 113
- ZEYNEP MİNE ERYILDIR**, Elektronik Kitap Uygulaması ve Getirdiği Hukuki Sorunlar, İstanbul, 2019
- YAVUZ SELİM ŞENER**, Fikri Mülkiyet Hukukunda Dijital Veri Tabanlarının Korunması, İstanbul, 2013,



# DISTRIBUTION OF DIVIDENDS AND OBLIGATION OF ALLOCATION OF RESERVE FUND IN JOINT-STOCK COMPANIES

ANONİM ŞİRKETLERDE KÂR PAYI DAĞITIMI VE YEDEK AKÇE AYRILMASI ZORUNLULUĞU

--

AHMET TAYYİB ERENOĞLU

## ABSTRACT

Joint stock companies are established with the aim of actualizing large enterprises by bringing together small-scale capitals that cannot accomplish those investments individually. One of the most essential rights of the shareholders who invest their savings in joint stock companies is the right to a dividend. Various provisions have been stipulated in the Turkish Commercial Code to ensure the continuity and long-term survival of joint stock companies. In this article, we will elaborate on the critical points of the arrangements made to achieve this balance.

## ÖZET

Anonim ortaklıklar, bireysel olarak pek bir anlam ifade etmeyen küçük çaplı sermayelerin bir araya gelerek büyük girişimlerin gerçekleştirilmesi amacıyla kurulmaktadır. Birikimini anonim ortaklıklara yatıran pay sahiplerinin en önemli haklarından biri kâr payı hakkıdır. Pay sahiplerinin kâr payı hakkından mahrum bırakılmamasının yanında, anonim şirketin devamlılığını ve uzun süreler ayakta kalmasını sağlamak adına Türk Ticaret Kanunu'nda çeşitli hükümler düzenlenmiştir. İşte biz de bu makalede bu dengenin sağlanmasına yönelik yapılan düzenlemelerin önemli noktalarını inceleyeceğiz.

## → KEYWORDS

DIVIDEND, RESERVE FUND, BALANCE SHEET, FINANCIAL STATEMENTS, SORTS OF PROFITS, THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY, THE PRINCIPLE OF CAPITAL MAINTENANCE

## → ANAHTAR KELİMELER

KÂR PAYI, YEDEK AKÇE, BİLANÇO, FİNANSAL TABLOLAR, KÂR TÜRLERİ, ORANSALLIK İLKESİ, SERMAYENİN KORUNMASI İLKESİ

## PART 12

This article closely examines the provisions under the Turkish Commercial Code regarding the right of shareholders to a share of profits and the separation of reserve funds.

Makalemizde Türk Ticaret Kanunu kapsamında hem pay sahiplerinin kar payı alma haklarına ilişkin hükümleri hem de yedek akçelerin ayrılmasına ilişkin hükümleri yakından inceleyeceğiz.

## I. INTRODUCTION

One of the expectations of shareholders of joint stock companies is to receive a dividend in return for their obligation to commit capital. Indeed, one of the most important rights of a shareholder, who invests his or her savings or any asset value in a joint stock company, is to participate in the annual earnings and take a dividend, unless the company enters the liquidation process.

For any company, it is essential to have good credibility in business life and to ensure the reliability of the company in the market and one way for a joint stock company to do is to embark on enterprises, achieve results, and distribute profits to shareholders. Any company that does not distribute profits for long periods will find less investors willing to invest in the company. Therefore, when considering dividend distribution, company executives must maintain a good balance between the profits allocated for their current investors and reserves separated for maintaining the activities of the company.<sup>1</sup>

This article closely examines the provisions under the Turkish Commercial Code regarding the right of shareholders to a share of profits and the separation of reserve funds.

## I. GİRİŞ

Pay sahibinin anonim şirkette yerine getirdiği sermaye koyma yükümlülüğünün karşılığında şirketten beklentilerinden biri de kâr payı almaktır. Gerçekten de birikimini ya da herhangi bir malvarlığı değerini anonim şirkete yatıran pay sahibinin en önemli hakkı, şirket tasfiye sürecine girmediği sürece, yıllık kazançta katılmak ve kâr payını almaktır. Dolayısıyla, anonim şirketlerde kâr payı alma hakkı pay sahiplerinin en önemli hakları arasında yer alır.

Şirket bakımından ise, ticaret hayatında kredibilitésinin yüksek olması ve şirketin piyasada güvenilirlik sağlaması oldukça önemlidir. Anonim şirketin piyasada bu güveni sağlamanın bir yolu, iyi girişimlerde bulunup bunun sonuçlarını alması ve pay sahiplerine bunu kâr olarak dağıtmasıdır. Şirketin uzun süreler kâr dağıtmaması, bu şirkete yatırım yapmak isteyen yatırımcıların sayısını azaltır. Bu nedenle özellikle şirket yöneticilerinin kâr payı dağıtımına ilişkin olarak, gerekli kârı dağıtmak suretiyle mevcut yatırımcılarını koruma ile şirket için gerekli yedek akçeleri ayırma konusunda dengeyi iyi sağlamaları gerekmektedir.<sup>1</sup>

Makalemizde ise Türk Ticaret Kanunu kapsamında hem pay sahiplerinin kar payı alma haklarına ilişkin hükümleri hem de yedek akçelerin ayrılmasına ilişkin hükümleri yakından inceleyeceğiz.



## II. THE TERM OF DIVIDEND

Receiving dividends is one of the most important rights of shareholders in joint stock companies. Although the consequences of dividends are applied in the Turkish Commercial Code No. 6102 and the Capital Markets Code No. 6362, these provisions do not provide a definition of dividend. In essence, the dividend is that part of the profits, determined in advance, that the general assembly allocates for distribution to the shareholders.<sup>2</sup> According to another definition, however, the dividend is the money, allocated from the net period profit or free reserves and payable to each partner in cash, that can be distributed at the end of a period in return for a capital share in the joint-stock company.<sup>3</sup>

## A. Profit Types under the Turkish Commercial Code

The terms "net profit for the period", "profit before tax (PBT)", "annual profit" and "distributable profit" are used in the Turkish Commercial Code.

## 1. Net Profit for The Period

Although there is no definition in the relevant legislative provisions regarding the net profit for the period, it can be defined as the

## II. KÂR PAYI KAVRAMI

Kâr payı anonim şirketlerde pay sahibinin en önemli haklarından birisidir. Bununla beraber kâr payı kavramı 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda kullanılmasına rağmen söz konusu kanunlarda kâr payının tanımı yapılmamıştır. Esasen kâr payı, dağıtılmasına genel kurul tarafından karar verilen kârın, pay sahiplerine şirket tarafından ödenmesi gerekli ve miktarı belli edilmiş kısmıdır.<sup>2</sup> Diğer bir tanıma göre kâr payı; anonim şirkette konulan sermaye payı için dönem sonunda dağıtılabılır net dönem kârından veya serbest yedek akçelerinden ayrılan ve her ortağa nakden ödenecek paradır.<sup>3</sup>

## A. Türk Ticaret Kanunu'na Göre Kâr Türleri

TTK'da "net dönem kârı", "bilanço kârı", "yıllık kâr" ve "dağıtılabılır kâr" kavramları kullanılmıştır.

## 1. Net Dönem Kârı

Net dönem kârına ilişkin ilgili mevzuat hükümlerinde bir tanım yer almamakla birlikte yıllık bilanço'ya göre belirlenmiş yıllık kârdan geçmiş yıllara ait zararların ve ano-

## FOOTNOTE

<sup>1</sup> Aslı E. Gurbuz Usluel, Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kar Payı Alma Hakkı, 1st Edition, Ankara, 2016, p.1.

<sup>2</sup> Mahmut Tefvik Birsnel, Anonim Şirketlerde Kar Kavramı, Ege Üniversitesi Matbaası, İzmir, 1973, p. 36.

<sup>3</sup> Yaşar Karayalçın, Muhasebe Hukuku, Bankacılık Enstitüsü, 1973, p. 127.

## DİPNOT

<sup>1</sup> Aslı E. Gurbuz Usluel, Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kar Payı Alma Hakkı, 1.Baskı, Ankara, 2016, s.1

<sup>2</sup> Mahmut Tefvik Birsnel, Anonim Şirketlerde Kar Kavramı, Ege Üniversitesi Matbaası, İzmir, 1973, s.36.

<sup>3</sup> Yaşar Karayalçın, Muhasebe Hukuku, Bankacılık Enstitüsü, 1973, s. 127.



## PART 12

amount of annual profit remaining as determined by the annual balance sheet after deducting the losses from previous years and the taxes and financial liabilities that joint-stock companies are required to pay.<sup>4</sup>

## 2. Profit Before Tax ("PBT")

Profit Before Tax refers to the portion of assets exceeding liabilities. This profit is an item of the liabilities table of the balance sheet, and annual profit consists of profit transferred from previous years, if any, and any settled reserves.<sup>5</sup>

## 3. Annual Profit

Each surplus in the balance sheet's asset statement compared to the liability statement is the period of profit in terms of balance sheet law.<sup>6</sup> Annual profit is determined first according to the expense table, where costs and expenses are written reciprocally, and the result is recorded in the balance sheet.

## 4. Distributable Profit

According to Article 509/2 of the Turkish Commercial Code, distributable profit means the dividend consisting only of net period profit and free reserve funds and the total amount eligible to be distributed as a dividend by the general assembly.

nim şirketlerin ödemekle yükümlü olduğu vergilerle mali yükümlülüklerin düşülmesinden sonra kalan tutar olarak tanımlanabilir.<sup>4</sup>

## 2. Bilanço Kârı

Bilanço Kârı, aktiflerin pasifleri aşan kısmını ifade etmektedir. Anılan kâr, bilançonun pasif tablosunun bir kalemidir ve yıllık kâr, varsa geçen yıllardan aktarılan kâr ve çözülen yedek akçelerden oluşur.<sup>5</sup>

## 3. Yıllık Kâr

Bilançonun aktif tablosunda, pasif tablosuna göre meydana gelen her bir fazlalık bilanço hukuku açısından oluşmuş dönem kârıdır.<sup>6</sup> Yıllık kâr ilk olarak masraf ve giderlerin karşılıklı olarak yazıldığı gider tablosuna göre belirlenir ve ortaya çıkan sonuç bilançoya geçirilir.

## 4. Dağıtılabilir Kâr

TTK 509/II'ye göre kâr payı ancak net dönem kâr ve serbest akçelerden oluşur ve genel kurul tarafından kâr payı olarak dağıtmaya uygun olan toplam miktar dağıtılabilir kâr olarak adlandırılır.

## B. Determination of Profit

As stated above, the sources of dividends consist of free reserve funds and net term profit. The Company's free funds consist of more than half of the general legal reserve funds (TCC, art. 519/3), or issued capital, reserve funds allocated under the articles of association (TTC, art. 521), and reserve funds decided to be separated by the general assembly (TCC, art. 532/2).

### 1. Reserve Funds

#### a. Definition of Reserve Funds

Reserve funds are assets exceeding the basic capital held in a company by taking the profit from various sources. As per the provision on the association and the decision of the general assembly, these funds are not distributed to shareholders and other right holders. To put it more explicitly, reserve funds are net assets that exceed the basic capital, are allocated in ways stipulated by law in order to protect the net profit of the partnership at the end of the accounting period, keep the company's equity intact, ensure the continuity and development of the business, protect the rights of partners and creditors, and to meet losses that may arise from the equity at the end of the activity.<sup>7</sup> Joint stock companies that trade in legal entities are under an obligation to act as prudent businessman, as stipulated in Article 18/2 of the TCC. As a requirement of this obligation, joint stock companies must allocate legal and voluntary reserve funds.

#### b. The Legal Nature of Reserve Funds

Reserve funds are "an additional capital" that are separated, by general board resolution, in accordance with the optional and mandatory or evaluation principles to be made from net profit.<sup>8</sup> Although reserve funds and the main capital of a joint-stock company are included in the passive part of the balance sheet, the sources of both are different.<sup>9</sup> While the main capital of a joint stock company consists of the capital shares that the shareholders undertake and pay to

## B. Kâr Payının Tespiti

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere kâr payının kaynakları serbest akçelerden ve net dönem kârından oluşur. Şirketin serbest akçeleri ise genel kanuni yedek akçelerin, sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşan kısmı (TTK m. 519/3), belirli bir amaca tahsis edilmeden, esas sözleşme gereği ayrılan yedek akçeler (TTK m. 521) ve genel kurulca ayrılmasına karar verilen (TTK m. 532/2) yedek akçelerdir.

### 1. Yedek Akçeler

#### a. Yedek Akçelerin Tanımı

Çeşitli kaynaklardan elde edilen safi kârdan, pay sahiplerine ve diğer hak sahiplerine dağıtılmayarak, yasa, esas sözleşme ve genel kurul kararı dayanak alınarak ortaklıkta alıkonulmuş olan esas sermayeyi aşan malvarlığı, yedek akçelerdir. Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse, ortaklığın, hesap dönemi sonunda elde etmiş olduğu safi kârın, şirketin öz kaynaklar bünyesini sağlam tutmak, işletmenin devamlılığını ve gelişmesini, ortaklar ile alacaklıların haklarının korunmasını sağlamak ve öz kaynaklardan faaliyet sonunda doğabilecek zararları karşılamak amacıyla pay sahipleri ve diğer ilgililere dağıtılmadan kanun, esas sözleşme veya genel kurul kararına dayanarak, kanunun öngördüğü şekillerde ayrılmış olan ve esas sermayeyi aşan net malvarlığına yedek akçe denilmektedir.<sup>7</sup> Tüzel kişi tacir olan anonim şirketler, TTK m.18/2 ile hükme bağlanan basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü altındadır. Bu zorunluluğun gereği olarak, anonim şirketler kanuni ve ihtiyari yedek akçe ayırmak durumundadırlar.

#### b. Yedek Akçelerin Hukuki Niteliği

Yedek akçeler, safi kârdan yapılacak isteğe bağlı ve zorunlu veya değerlendirme ilkeleri çerçevesinde, Genel Kurul kararı ile ayrılırlar ve bir "ek sermaye" niteliğindedirler.<sup>8</sup> Yedek akçeler ve bir anonim şirketin esas sermayesi her ne kadar şirketin esas sermayesinin bir unsuru olup, şirket bilançosunun pasif kısmında yer alsalar da her ikisinin kaynakları birbirinden farklıdır.<sup>9</sup> Bir anonim şirketin esas sermayesi, pay sahiplerinin taahhüt edip şirkete ödedikleri sermaye paylarından

## FOOTNOTE

4 Unal Tekinalp / Reha Poroy / Ersin Camoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, 13th Edition, 2014, N. 902.

5 Tekinalp / Poroy / Camoğlu.

6 Beeler, Reingewinn in der Bilanz der AG, SJZ 1958, p. 54, noted from Ustuel, Kâr Payı Alma Hakkı, p. 13.

7 H. Guzin Üçışık, Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar Yedek Akçeler ve Kâr Dağıtım, On İki Levha, İstanbul, 2018, p. 184.

8 Tekinalp, Bilanço, p. 245.

9 Tekinalp, Bilanço, p. 248.



## DİPNOT

4 Ünal Tekinalp, Reha Poroy, Ersin Çamoğlu Ortaklıklar Hukuku I, 13. Baskı, 2014, N. 902.

5 Tekinalp, Poroy, Çamoğlu 2014, N. 1489 a.

6 Ustuel, Kâr Payı Alma Hakkı, s. 13'den naklen, Beeler, Reingewinn in der Bilanz der AG, SJZ 1958, s. 54

7 H. Guzin Üçışık, Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar Yedek Akçeler ve Kâr Dağıtım, On İki Levha İstanbul, 2018, s. 184

8 Tekinalp, Bilanço, s. 245.

9 Tekinalp, Bilanço, s. 248.

## PART 12

the company, the reserve funds consist of partnership profit or other sources that can be described as profit or assumed to be profit. In other words, the source of the reserve fund is not only profit but also the increase in assets of the company.

### c. The Purpose of Separation of Reserve Funds

In joint stock companies, reserves must be separated in order to ensure the continuous development of the company and the distribution of stable profit as far as possible (TCC art. 523/2.b). At the same time, while reserves are not a resource that a joint-stock company can always use, they provide a guarantee to the joint-stock company in situations where its assets may decrease due to loss.<sup>10</sup>

### C. Reserve Funds Are Required to Be Reserved According to Turkish Commercial Code

Reserve funds are one of the most important elements of profit distribution because, according to TCC Article 523/1, dividend distribution to shareholders cannot be made without separating optional reserve funds stipulated in the legal and articles of association.

#### 1. Legal Reserve Funds

Legal reserve funds regulated in Articles 519 and 520 of the TCC consist of general legal reserve funds (TCC, art. 519) and reserve funds (TCC, art. 520) allocated for the company's certificates of stock. The law mandates that these reserve funds are allocated by joint stock companies.

#### a. Funds Required to Be Allocated According to the TCC Article 519/1

Article 519 of the TCC envisages a limit on the reserve funds it is mandatory to separate. The criterion used here is the annual profit. Accordingly, until 5 percent of the yearly profit reaches twenty percent of paid-in capital, it is allocated to the general legal reserve funds. If a joint stock company has reached twenty percent of the paid-up capital stipulated by law as a result of the allocation of general legal reserves, and if it continues to allocate reserves, this is considered as an optional reserve fund, which is no longer required as a legal reserve fund.

oluşmakla birlikte yedek akçeler, ortaklık kârından ya da kâr olarak nitelendirilebilen veya kâr oldukları varsayımla kabul edilebilen diğer kaynaklardan oluşur. Diğer bir ifadeyle, yedek akçenin tek kaynağı kâr olmayıp, değer artışları da yedek akçeyi meydana getirir.

### c. Yedek Akçe Ayırma Amacı

Anonim şirketlerde, yedek akçelerin, şirketin sürekli gelişimi ve olabildiğince kararlı kâr payı dağıtımını sağlamak amacıyla ayrılması gerekir. (TTK m. 523/2.b). Aynı zamanda yedek akçeler bir anonim şirketin her zaman başvurabileceği bir kaynak niteliğinde olmayıp, anonim şirkete aktiflerinin zarar nedeniyle azaldığı durumlar için bir güvence sağlar.<sup>10</sup>

### C. Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ayrılması Zorunlu Olan Yedek Akçeler

Yedek akçeler kâr dağıtımının en önemli unsurlarından birisidir. Zira TTK m. 523/1'e göre kanuni ve esas sözleşmede öngörülen isteğe bağlı yedek akçeler ayrılmadan pay sahiplerine kâr payı dağıtımının gerçekleşmesi söz konusu olamaz.

#### 1. Kanuni Yedek Akçeler

TTK'da kanuni yedek akçeler 519. ve 520. maddelerde düzenlenmiştir. Buna göre kanuni yedek akçeler, genel kanuni yedek akçe (TTK m. 519) ve şirketin iktisap ettiği kendi pay senetleri için ayrılan yedek akçelerden (TTK m. 520) oluşmaktadır. Sayılan bu yedek akçeler kanun tarafından ayrılması zorunlu tutulmuş, emredici nitelikte düzenlenmiş yedek akçelerdir.

#### a. TTK m.519/1'e Göre Ayrılması Zorunlu Tutulan Akçeler

TTK m.519 zorunlu olarak ayrılması gereken yedek akçeler için bir sınır öngörmüştür. Burada temel alınan ölçüt yıllık kârdır. Buna göre yıllık kârın yüzde 5'i ödenmiş sermayenin yüzde yirmisine ulaşınca kadar genel kanuni yedek akçeye ayrılır. Buna göre bir anonim şirket genel kanuni yedek akçe ayırması sonucunda kanunda öngörülen ödenmiş sermayenin yüzde yirmisine ulaşmış olmasına rağmen, yedek akçe ayırmaya devam ediyorsa bu artık zorunlu olarak ayrılması gereken genel kanuni yedek akçe değil, ihtiyari yedek akçe olarak değerlendirilir.

After the 5 percent of the annual profit reaches the same amount of 20 percent of the paid-in capital, the legislator envisages the allocation of general legal reserve funds from sources other than profit. The first of these is bonuses. In order to allocate a bonus arising from the issuance of new shares as general legal reserve funds, it is obligatory to deduct the expenses of the issuance of bonuses, performance provisions, and the part used for charity purposes. The second is exclusion. If a share is void due to exclusion, the remaining portion after deducting the bills to be replaced from the amount paid for their costs is added to the general legal reserve funds.

#### b. Funds Required to Be Allocated According to the TCC Article 519/2

After the first allocation is made and the shareholders are paid a 5 percent dividend, ten percent of the total amount to be distributed to those who will receive the dividend is allocated for the reserve fund. In addition, a joint stock company may allocate reserve funds voluntarily based on the articles of association or the general assembly decision.

### III. DISTRIBUTION OF DIVIDENDS

#### A. Determination of Profit

Under Article 507 of the TCC, the net profit for the period will be decided according to the law and the provisions of association. According to the TCC Article 508, how the profits are shared should be calculated in proportion to the company shareholder payments. However, it is possible to make a different arrangement in the articles of association regarding how the profit will be shared among shareholders. Nevertheless, this arrangement should not be in contradiction to the mandatory provisions of the law and must be arranged within the framework of the TCC Article 340. However, not all company articles of association have to include a profit rate.

The articles of association should not include a lion's share provision that envisages the entire profit being paid to a single shareholder or shareholders. Although the shareholders' shares are equal, it is possible to in-

Yıllık kârın %5'i, ödenmiş sermayenin yüzde yirmisine ulaştıktan sonra da kanun koyucu kâr dışında başka kaynaklardan genel kanuni yedek akçe ayrılmasını öngörmüştür. Bunlardan ilki primdir. Yeni payların çıkarılması nedeniyle sağlanan primin genel kanuni yedek akçe olarak ayrılması için, primin çıkarılma giderlerinin, ifa karşılıklarının ve hayır amaçlı kullanılmış bulunan kısmının çıkarılması gereklidir. İkincisi ise iskattir. Bir pay iskate edilmişse, bunların bedelleri için ödenmiş tutardan bunların yerine verilecek senetler çıkarılmasından sonra kalan kısmı genel kanuni yedek akçeye eklenir.

#### b. TTK m.519/2'e Göre Ayrılması Zorunlu Tutulan Akçeler

Birinci ayırım yapıldıktan ve pay sahiplerine yüzde 5 oranında kâr payı ödenildikten sonra, kârdan pay alacak kişilere dağıtılacak toplam tutarın yüzde onu da yedek akçeye ayrılır. Ayrıca bir anonim şirket esas sözleşmeyle veya genel kurul kararıyla ihtiyari olarak yedek akçe ayırımı yapılabilir.

### III. KÂR DAĞITIMI

#### A. Kârın Belirlenmesi

TTK m. 507'de net dönem kârının kanuna ve esas sözleşmeye göre kararlaştırılacağından bahsedilmiştir. TTK m. 508'de kârın pay sahibinin kâr payının şirkete yaptığı ödemelerle orantılı olarak hesap edileceği düzenlenmektedir. Bununla beraber esas sözleşme ile kârın pay sahipleri arasında nasıl paylaşılacağına dair bu hükümden farklı yönde bir düzenlemenin yapılması mümkündür. Ancak bu düzenlemenin kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil etmemesi ve TTK m. 340 çerçevesinde düzenlenmesi gerekir. Diğer taraftan tüm şirket esas sözleşmelerinin, bir kâr oranı içermesi zorunlu da değildir.

## FOOTNOTE

<sup>10</sup> Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuk Serhi, 2. Volume, Adalet, Ankara, 2018, p. 51.

## DİPNOT

<sup>10</sup> Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuk Serhi 2. Cilt, Adalet, Ankara, 2018, s. 51.



## PART 12

sert a provision in the articles of association regarding whether the shareholders receive dividends at different rates or a certain part of the annual profit.<sup>11</sup>

In addition, if there is no provision in the articles of association regarding the determination and sharing of profit, the authorised body is the general board. It is worth noting that if there is a regulation regarding profit in the articles of association, the general board is obliged to comply with this. Here, the general assembly decision taken should not counter the mandatory provisions of the law, the articles of association that must not contradict the mandatory provisions of the law, and the good faith rules.<sup>12</sup>

The annual balance sheet is organized to explain the annual result, and valuation, activation and passivation rules of it shaped according to the result disclosure principle.<sup>13</sup> The annual balance sheet essentially means the business year balance sheet, and the business year in question generally corresponds to the calendar year. However, the balance sheet does not have to correspond to the calendar year. In fact, there is no regulation in the TCC regarding when the fiscal period should start and end.<sup>14</sup> However, it does state in the 174th Article of the Tax Procedure Law that the accounting period is the regular calendar year.

The balance sheet consists of assets and liabilities. On the passive side of a company balance sheet, there are elements that create resources for the investments of the company. On the liabilities side, basic capital, reserves, partnership debts, and balance sheet profit are included. Therefore, in the balance sheet of a joint stock company, the balance sheet items include the balance sheet profit and does not include the net profit for the period.<sup>15</sup> Commercial books and financial statements are kept in compliance with the Tax Procedure Law.<sup>16</sup>

## B. Principles Regarding Profit Distribution

### 1. The Principle of Capital Maintenance

The shareholders of a joint stock company do not have direct responsibilities for the company's debts. The shareholders are solely responsible to the company for the amount of capital that they are committed

Esas sözleşmeye, kârın tamamının tek bir pay sahibine ya da pay sahiplerine ödenmesini öngören aslan payı hükümleri koyulmalıdır. Ancak, payları eşit olmasına karşın, pay sahiplerinin, farklı oranlarda kâr payı almasına ya da yıllık kâr belli bir kısmının dağıtılmasıyla ilgili bir hükmün esas sözleşmeye koyulması mümkündür.<sup>11</sup>

Bununla beraber esas sözleşmede kârın belirlenmesi ve paylaşılmasıyla ilgili bir hüküm yer almaması halinde, bu konuda yetkili organ genel kuruldur. Bu noktada şunu belirtmekte fayda var ki esas sözleşmede kâra ilişkin bir düzenleme yer alıyorsa genel kurul da buna uymakla yükümlüdür. Esasen alınan genel kurul kararı kanunun emredici hükümlerine, kanunun emredici hükümlerine aykırı olmayan esas sözleşme hükümlerine ve dürüstlük kurallarına aykırı olmamalıdır.<sup>12</sup>

Yıllık bilanço, yıllık sonucu açıklamak amacıyla ile düzenlenen, değerlendirme, aktifleştirme ile pasifleştirme kuralları sonuç açıklama ilkesine göre şekillenmiş bilançodur.<sup>13</sup> Yıllık bilanço ile ifade edilmek istenen iş yılı bilançosu olup, söz konusu iş yılı genellikle takvim yılına denk gelmektedir. Öte yandan, bilançonun mutlaka takvim yılına denk gelmesi zorunlu değildir. Esasen TTK'da hesap döneminin ne zaman başlayıp ne zaman sona ereceğine ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır.<sup>14</sup> Ancak Vergi Usul Kanunu'nun 174. maddesine göre hesap döneminin normal takvim yılı olduğu belirtilmiştir.

Bilanço aktif ve pasiflerden oluşmaktadır. Bir şirket bilançosunun pasif tarafında şirketin yatırımları için kaynak yaratan unsurlar yer almaktadır. Pasif tarafta, esas sermaye, yedek akçeler, ortaklık borçları ve bilanço kârı yer alır. Dolayısıyla bir anonim şirketin bilançosunda, bilanço kalemleri arasında kâr ile ilgili olarak net dönem kârı değil bilanço kârı yer almaktadır.<sup>15</sup> Ticari defter ve finansal tablolar ise Vergi Usul Kanunu'na göre tutulması kabul edilmiştir.<sup>16</sup>

## B. Kâr Dağıtımına İlişkin İlkeler

### 1. Sermayenin Korunması İlkesi

Anonim şirket ortaklarının, şirket borçlarından dolayı doğrudan sorumlulukları yoktur. Ortaklar, sadece şirkete karşı ve getirmeyi taahhüt ettikleri sermaye miktarıyla sorumludurlar. Bu sebeple şirket alacaklıları, alacaklarından

to bring. For this reason, company creditors cannot apply to the shareholders due to their receivables. The only guarantee of their receivables is company assets.<sup>17</sup> Therefore, the principle of capital maintenance has been adopted in joint stock companies. The sole purpose of the law is not to protect shareholders but also to protect others who have partnerships and interests in the company.

## 2. The Principle of Proportionality

The measure in the exercise of shareholder rights is based on the rate of participation in capital. Shareholders can enjoy these rights in proportion to their share of total capital. The share is the only measure of participation in profit in joint stock companies. The TCC Article 507 adopts the proportionality principle. The rationale for adopting this principle is that the shareholder who takes a risk by bringing capital to the company should benefit from the company in proportion to the ratio of capital share.

## C. Competent Body in Profit Distribution

The general board of joint stock companies decides how to distribute profit. Although the profit distribution proposal is made by the board of directors, the authorised body for profit distribution is the general board.

## D. Obligation to Distribute Dividends

The Turkish Commercial Code has no provision regulating the liability of joint stock companies' profit distribution.

Article 466/1 of the Commercial Code No. 6762 states that "(e)very year, one-twentieth of the net profit is compulsory to be allocated as public reserves until it reaches one-fifth of the paid-up capital." Accordingly, some argue that it is mandatory for joint stock companies to distribute the 5 percent dividend, while others argue that distribution of 5 percent profit is not an annual obligation for joint stock companies.

The Supreme Court considers it mandatory to distribute the 5 percent dividend in its rule dated 12.5.1970, and in 1976 it rules that the 5 percent dividend included in the articles of association can not be distributed. However, the Supreme Court has determined various measures in favor of the right

ötürü şirket ortaklarına başvuramazlar. Alacaklarının tek güvencesi şirket malvarlığıdır.<sup>17</sup> Bu sebeple anonim şirketlerde sermayenin korunması ilkesi benimsenmiştir. İlkenin tek amacı pay sahiplerini korumak değil, bunun yanı sıra ortaklığı ve menfaati olan diğer kişileri de korumaktır.

## 2. Oransallık İlkesi

Pay sahipliği haklarından yararlanmada ölçü, sermayeye katılma oranına göredir. Pay sahipleri bu haklardan, toplam sermaye içerisindeki pay oranı nispetinde yararlanabilir. Anonim şirketlerde kâra katılmanın tek ölçüsü paydır. TTK 507'de ise oransallık ilkesi benimsenmiştir. Bu ilkenin kabul edilmesindeki gerekçe, şirkete sermaye getirerek risk alan ortağın, bu riskin karşılığında şirketten sermaye payı oranı ölçüsünde faydalanmasının sağlanabilmesidir.

## C. Kâr Dağıtımında Yetkili Organ

Kâr dağıtımını anonim şirketlerin genel kurulu alır. Kâr dağıtımını teklifi yönetim kurulu tarafından yapılsa da şirketin kârı üzerindeki tasarruf yetkisi genel kurula aittir.

## D. Kâr Payı Dağıtım Zorunluluğu

Ticaret Kanunu açısından anonim şirketin kâr dağıtımına yükümlülüğünü düzenleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

6762 sayılı Ticaret Kanunu'nun m. 466/1'de düzenlenen "Her yıl safi kârın yirmide birinin ödenmiş esas sermayenin beşte birini buluncaya kadar umumi yedek akçe olarak ayrılması mecburidir" hükmüne istinaden bazı yazarlar %5'lik kâr payının dağıtılmasının anonim şirketler için zorunlu olduğu görüşünü savunmuş, kimi yazarlar ise "kârın ayrılması" ifadesinden yola çıkarak her yıl %5'lik kâr dağıtımının anonim şirketler açısından bir zorunluluk olmadığını ileri sürmüşlerdir.

Yargıtay konuya ilişkin verdiği 12.5.1970 tarihli kararında, %5'lik kâr payının dağıtılmasını zorunlu kabul ederken, 1976 yılında verdiği kararda esas sözleşmede yer alan %5'lik kâr payının dağıtılmayabileceğine hükmetmiştir. Yargıtay daha sonraki kararlarında kâr payı

## FOOTNOTE

<sup>11</sup> Birsel, Kar Kavramı, p. 21.

<sup>12</sup> Karayalçın, p. 134.

<sup>13</sup> Tekinalp, Bilanço, b. 9, n. 902.

<sup>14</sup> Ali İhsan Karacan / Esra Erişir Karacan, Halka Açık Şirketlerde Kar Dağıtım, İstanbul, 2016, p.178

<sup>15</sup> Tekinalp, Bilanço, b. n. 1489.

<sup>16</sup> Korkut Özkorkut, Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim, Bankacılık Enstitüsü, Ankara, 2013, s. 43.

<sup>17</sup> Fatih Bilgili / Ertan Demirkapılı, Şirketler Hukuku, Dora Yayınları, 6th Edition, Bursa, 2018, p. 515.

## DİPNOT

<sup>11</sup> Birsel, Kar Kavramı, s.21.

<sup>12</sup> Karayalçın, s. 134.

<sup>13</sup> Tekinalp, Bilanço, b. 9, n.902

<sup>14</sup> Ali İhsan Karacan, Esra Erişir Karacan, Halka Açık Şirketlerde Kar Dağıtım, İstanbul, 2016, s.178

<sup>15</sup> Tekinalp, Bilanço, B. N. 1489.

<sup>16</sup> Korkut Özkorkut, Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim, Bankacılık Enstitüsü, Ankara, 2013, s.43.

<sup>17</sup> Fatih Bilgili, Ertan Demirkapılı, Şirketler Hukuku, Dora Yayınları, 6. Baskı, Bursa, 2018, s. 515.

## PART 12

to a dividend and set out rules regarding whether to distribute of profit or not within the framework of these criteria.<sup>18</sup>

Article 519 / 2-c of the Turkish Commercial Code No. 6102 states that "(a)fter paying five percent dividend to the shareholders, ten percent of the total amount to be distributed to those who will receive a dividend, after the dividend is paid." Tekinalp is of the opinion that shareholders cannot be deprived of dividends for a number of years as the distribution of 5 percent of profits became compulsory with the relevant provision, and now every joint stock company has to distribute at least 5 percent of its profits every year.

The justification of Article 519 of the TCC states that this provision was taken from Article 466 of the old Turkish Commercial Code, and while significant changes were made in the wording and language, no changes were made in the ideas and provisions that dominate the content.

The phrase "after payment" is used in place of "after allocation" in the TCC Article 519/2-c. According to the provision, in order to distribute the profit that causes the second reserve fund to be separated, the first dividend, which is 5 percent, must be paid to the shareholder. In other words, if the second reserve fund is to be allocated, the amount should be 10 percent of the total amount to be distributed to shareholders after the payment, not after the 5 percent dividend is allocated to the shareholders. From this provision, it should be understood that if there is a situation requiring the allocation of the second reserve fund, a first profit distribution of 5 percent should be made. If it is not necessary to allocate a second reserve, it should not be understood that profit distribution will be made under all circumstances because Article 519 is about the separation of the general legal reserve fund, not about the profit share.<sup>19</sup>

In addition, Article 12/d of Implementing the Regulation on the Determination of the Minimum Content of the Companies' Annual Activity Report states that the annual activity report should include information regarding the dividend distribution policy and the reason for not distributing dividends if there is no dividend distribution. Considering both the TCC Article 519/2-c and the regulation, it can be said that joint stock companies are not obliged to distribute profit every year.<sup>20</sup>

haklı lehine çeşitli ölçüler öngörmüş ve bu ölçütler çerçevesinde kârın dağıtılıp dağıtılmayacağına karar verilmesine hükmetmiştir.<sup>18</sup>

6102 sayılı TTK m.519/2-c hükmünde geçen: "Pay sahiplerine yüzde beş oranında kâr payı ödendikten sonra, kârdan pay alacak kişilere dağıtılacak toplam tutarın yüzde onu," "kâr payı ödendikten sonra" ifadesinden yola çıkarak doktrinde Tekinalp pay sahiplerinin yıllarca kâr payından yoksun bırakılmayacağını, %5 kâr dağıtımının ilgili hükümle zorunlu hale geldiğini, artık her anonim şirketin her yıl en az %5 oranında kâr dağıtmak zorunda olduğunu ifade etmiştir.

TTK 519. maddesinin gerekçesinde bu hükmün TTK m. 466'dan alındığı, kelimelerin seçiminde ve söz diliminde önemli değişiklikler yapıldığı, ancak içeriğe hâkim olan düşünce ve hükümlerde değişikliğe gidilmediği ifade edilmiştir.

TTK m.519/2-c hükmünde "ayrıldıktan sonra" yerine "öndendikten sonra" ifadesi kullanılmıştır. Hükme göre, ikinci yedek akçenin ayrılmasına neden olan kâr dağıtılabilmesi için, ilk kâr payının, yani %5'lik oranın pay sahibine ödenmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle ikinci yedek akçe ayrılacaksa, bunun tutarı, pay sahipleri için %5 kâr payı ayrıldıktan sonra değil, ödendikten sonra, kârdan pay alacak kişilere dağıtılacak toplam tutarın %10'u olmalıdır. Bu hükümden, eğer ikinci yedek akçe ayrılmasını gerektiren bir durum söz konusuysa, %5'lik birinci kâr dağıtımının yapılması gerektiği anlaşılır. İkinci yedek akçe ayrılması gerekli değilse, bu durumda her hal ve şartta kâr dağıtımı yapılacağı anlaşılmalıdır. Zira TTK m.519 kâr payına ilişkin değil genel kanuni yedek akçenin ayrılmasına ilişkin bir hükümdür.<sup>19</sup>

Bunun yanında Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporunun Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik m.12'nin d bendinde yıllık faaliyet raporunda kâr payı dağıtım politikasına ilişkin bilgiler ve kâr dağıtım yapılmayacaksa gerekçesi ile dağıtılmayan kârın nasıl kullanılacağına ilişkin önerinin yer alacağı öngörülmüştür. Gerek TTK 519/2-c gerek yönetmelik hükmü dikkate alındığında, anonim şirketlerin her yıl kâr dağıtım zorunluluğunun olmadığı söylenebilir.<sup>20</sup>

## IV. CONCLUSION

This paper provides a general perspective on the distribution of dividends and whether the allocation of the reserve fund is mandatory in joint stock companies. In the literature, distribution of dividends is not compulsory in joint stock companies. However, it is also clear from Supreme Court decisions that shareholders' right to receive a profit share cannot be restricted for long periods of time. In addition, it is mandatory to allocate reserve funds in joint stock companies under the TCC in certain cases to protect the partnership and other beneficiaries of the company. If this balance continues, both large economic enterprises may continue for a long time and therefore contribute to the national economy. Individuals may continue to earn from joint stock companies with their small capital.

## IV. SONUÇ

Anonim şirketlerde kâr payı dağıtımına ve yedek akçelerin dağıtılmasının zorunlu olup olmadığına ilişkin genel bir perspektif sunmuş bulunmaktayız. Doktrinde genel hakim olan görüşe göre kâr payı dağıtılması, anonim şirketlerde zorunlu olmadığı yönündedir. Buna rağmen, pay sahiplerinin uzun süreler kâr payı alma hakkı kısıtlanamayacağı da Yargıtay kararlarına sabittir. Bununla birlikte TTK, ortaklığı ve ortaklıktan menfaati olan diğer kişileri korumak amaçlı bazı noktalarda anonim şirketlerde yedek akçelerin ayrılmasını zorunlu tutmuştur. Bu denge devam ettiği sürece hem büyük iktisadi işletmeler uzun süreler ayakta durup ülke ekonomisine katkı sağlarken hem de bireylerin küçük ölçekli sermayeleriyle anonim şirketlerden kazanç sağlaması da devam edecektir.

## BIBLIOGRAPHY

ASLI E. GURBUZ USLU, Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı, Ankara, 2016.

MAHMUT TEVFİK BİRSEL, Anonim Şirketlerde Kâr Kavramı, Ege Üniversitesi Matbaası, İzmir, 1973.

MAHMUT TEVFİK BİRSEL, Ekonomik Yönden İşletme Kârı Ve Önemi, İzmir İktisadi İşletme Dergisi, 1966.

ERDEM ATEŞAĞAOĞLU, Vergi Hukuku Bakımından Anonim Şirketlerde Kâr Payı, 1. Edition, İstanbul, 2012.

UNAL TEKİNALP / REHA POROY / ERSİN ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku, Volume I, 13. Baskı, 2014.

UNAL TEKİNALP, Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, İstanbul Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1979.

H. GÜZİN ÜÇİŞİK, Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar Yedek Akçeler ve Kar Dağıtım, On İki Levha İstanbul, 2018.

HASAN PULAŞLI, Şirketler Hukuk Serhi 2. Volume, Adalet, Ankara, 2018.

ALİ İHSAN KARACAN, ESRA ERİŞİR KARACAN, Halka Açık Şirketlerde Kar Dağıtım, İstanbul, 2016.

KORKUT ÖZKORKUT, Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim, Bankacılık Enstitüsü, Ankara, 2013.

FATİH BİLGİLİ / ERTAN DEMİRKAPILI, Şirketler Hukuku, Dora Yayınları, 6. Edition, Bursa, 2018.

## KAYNAKÇA

ASLI E. GÜRBÜZ USLU, Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı, 1.Baskı, Ankara, 2016.

MAHMUT TEVFİK BİRSEL, Anonim Şirketlerde Kâr Kavramı, Ege Üniversitesi Matbaası, İzmir, 1973.

MAHMUT TEVFİK BİRSEL, M.T: Ekonomik Yönden İşletme Kârı ve Önemi, İzmir İktisadi İşletme Dergisi, 1966.

ERDEM ATEŞAĞAOĞLU, Vergi Hukuku Bakımından Anonim Şirketlerde Kâr Payı, 1.Baskı, İstanbul, 2012

UNAL TEKİNALP, REHA POROY, ERSİN ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku I, 13. Baskı, 2014.

BEELER, Reingewinn in der Bilanz der AG, SJZ 1958

UNAL TEKİNALP, Anonim Ortaklığın Bilançosu Ve Yedek Akçeleri, İstanbul Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1979

H. GÜZİN ÜÇİŞİK, Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar Yedek Akçeler ve Kar Dağıtım, On İki Levha İstanbul, 2018

HASAN PULAŞLI, Şirketler Hukuk Şerhi 2. Cilt, Adalet, Ankara, 2018.

ALİ İHSAN KARACAN, Esra Erişir Karacan, Halka Açık Şirketlerde Kar Dağıtım, İstanbul, 2016

KORKUT ÖZKORKUT, Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim, Bankacılık Enstitüsü, Ankara, 2013, s.43.

FATİH BİLGİLİ, ERTAN DEMİRKAPILI, Şirketler Hukuku, Dora Yayınları, 6. Baskı, Bursa, 2018, s. 515.

## FOOTNOTE

18 Yarg. 11. HD, 12.05.1970, E. 669/2085, K. 70/1970, Bkz. Tekinalp, B.9, N. 906.

19 Abuzer Kendigelen, M. Halil Conkar "Zamanaşımına Uğrayan Kâr Payı Alacağı Konusundaki Özel Düzenleme", İÜHF 2013, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, Volume: LXXI, Issue: 2, pp. 205-223.

20 Usluel, Kar Payı, p.94

## DİPNOT

18 11. HD, 12.05.1970, E. 669/2085, K. 70/1970, Bkz. Tekinalp, B.9, N. 906.

19 Abuzer Kendigelen, M. Halil Conkar "Zamanaşımına Uğrayan Kâr Payı Alacağı Konusundaki Özel Düzenleme", İÜHF 2013, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, C. LXXI, S. 2, s. 205-223

20 Usluel, Kar Payı, s.94



## LESION AND DURESS UNDER THE TURKISH LAW OF OBLIGATION

### TBK KAPSAMINDA GABİN VE İKRAHIN UYGULANABİLİRLİĞİ

ERDİNÇ DALAR  
EKİN EZGİ İKİKAT  
BURAK ÇELİK

#### ABSTRACT

The lesion, as a special condition regarding the content of the contract between the parties, is defined as "existing a clear disproportion between the actions of parties in the contract". As for the duress, being one of the defectives of intention, is defined as "With an unlawful threat, somebody is evoked to sustained to evil by somebody else in the event of the person does not make a declaration of intention, frightened that person". The applicability of lesion and duress under the scope of the Turkish Law of Obligations numbered 6098 ("Law No. 6098") has various consequences in different types of contracts. The importance of contract law has increased as a result of the complexity of the relations between people and the development of science and technology. The contracts are to match with the consent of intentions, and the mission of the legal order is to protect the balance between the parties. However, the developments in science and technology complicates commercial and legal relations, the parties may enter into a contract due to lesion and duress by using their superiority over the other contracting party. This study discusses how the lesion and duress emerged in the cases, conditions in the presence of lesion and duress, and the applicability of lesion and duress in the case-law of the Court of Cassation.

#### ÖZET

Gabın, taraflar arasında akdedilen sözleşmenin içeriğine ilişkin özel bir hal olup "sözleşmede bir tarafın edimi ile diğer tarafın edimi arasında açık bir oransızlık bulunması" olarak tanımlanır. İkraha ise sözleşme kurulmasındaki irade bozukluklarından biri olup "hukuka aykırı şekilde yapılan tehditle, istenilen irade beyanında bulunmadığı takdirde, bir kimsede bir kötülüğe maruz kalacağı kanısı uyandırılması, o kimsenin korkutulması" olarak tanımlanır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ("TBK") kapsamında yer alan gabın ve ikraha'nın uygulanabilirliği çeşitli sözleşme tipleri bakımından farklı sonuçlar doğurur. Bilim ve teknolojinin gelişmesi ile kişiler arasındaki ilişkilerin karmaşık bir hal alması sonucunda sözleşmeler hukukunun ehemmiyeti artmıştır. Sözleşmelerde amaç, karşılıklı irade beyanlarının uyumu olup hukuk düzenine düşen görev, taraflar arasındaki denge unsurunu korumaktır. Ancak bilim ve teknolojiye gelişmelerin ticari ve hukuki ilişkileri karmaşık hale getirmesi neticesinde taraflar karşı taraf üzerindeki üstünlüklerini kullanarak sözleşmelerde gabın ve ikraha başvurmaya başlamıştır. Nihayetinde, bu çalışmada gabın ve ikraha'nın somut uyuşmazlıklar bakımından nasıl ortaya çıktığı, hangi şartların varlığı halinde gabın ve ikraha'nın varlığından söz edilebileceği, Yargıtay içtihatları ışığında gabın ve ikraha'nın uygulanabilirliği tartışılacaktır.



#### KEYWORDS

LESION, DURESS, LACK OF MUTUAL ASSENT, DEFECTIVES OF INTENTION, LAW OF CONTRACTS, LAW OF OBLIGATIONS



#### ANAHTAR KELİMELER

GABİN, İKRAH, İRADE SAKATLIKLARI, SÖZLEŞMELER HUKUKU, BORÇLAR HUKUKU

## PART 13

This article aims to examine the provisions of lesion and duress within the scope of Law No. 6098 in the light of literature and jurisprudence. Firstly, the term of lesion and duress shall be explained. The legal characters of lesion and duress shall be mentioned. Thus, the consequences of lesion and duress shall be examined with respect to various contracts.

Makalemizde TBK kapsamında gabin ve ikrah hükümlerinin uygulanabilirliği konularının doktrin ve içtihat ışığında incelenmesi amaçlanmaktadır. Öncelikle, gabin ve ikrah kavramları terminolojik olarak açıklanacaktır. Bununla birlikte, gabin ve ikrahın hukuki niteliklerine değinilecektir. Nihayetinde, çeşitli sözleşmeler bakımından gabin ve ikrahın uygulanabilirliği incelenecektir.

## I. INTRODUCTION

Contract is a legal transaction between the contracting parties. The fundamental principles to sign a valid contract are; (i) the parties' capability to sign a contract, (ii) determination of the subject/matter of the contract within the limits stipulated in the applicable law, (iii) the exercisability of the obligation indicated in the contract when the establishment of the contract, (iv) and finally of the not defected intention in terms of the declarations of intent between the parties. Defectives of intent and the subsequent disputes are one of the legal situations encountered today and the importance of lesion and duress emerges in that point. The lesion and duress are two essentials concepts in the contract law in terms of the alignment of parties' intentions and the prohibition of a potential abuse on the less informed party. "Establishment of Contracts" and "Form of Contracts" are regulated under the "Contractual Obligations," which is the first distinction of the first part of the Law No. 6098. This article aims to examine the provisions of lesion and duress within the scope of Law No. 6098 in the light of literature and jurisprudence. Firstly, the term of lesion and duress shall be explained. The legal characters of lesion and duress shall be mentioned. Thus, the consequences of lesion and duress shall be examined with respect to various contracts.

## I. GİRİŞ

Sözleşme, bir hukuki işlemdir. Taraflar arasında akdedilen bir sözleşmenin hüküm ifade edebilmesi için sözleşme taraflarının ehliyet sahibi olması, akit konusunun kanunda öngörülen sınırlar içerisinde tutulması ve sözleşme kurulduğu anda borcun ifasının mümkün olması, son olarak tarafların birbirlerine yönelttiği irade açıklamalarında sakatlık olmaması gerekir. Irade beyanlarında sakatlık ve akabinde meydana gelen uyumsuzluklar günümüzde karşılaşılan hukuki durumlardan biri olup gabin ve ikrahın önemi burada ortaya çıkmaktadır. Gabin ve ikrah kurumları, sözleşmenin tüm taraflarının irade beyanlarının uyumu, sözleşme konusu hakkında bilgisi daha az olan tarafın iradesinin kötüye kullanılmaması ve sözleşmenin kurulması noktasında hukuk düzeninde son derece elzem iki kurumdur. 6098 Sayılı Kanun'un birinci bölümünün ilk ayrımı olan "Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri" bölümünde "Sözleşmelerin Kurulması" ve "Sözleşmelerin Şekli" düzenlenmektedir. Makalemizde TBK kapsamında gabin ve ikrah hükümlerinin uygulanabilirliği konularının doktrin ve içtihat ışığında incelenmesi amaçlanmaktadır. Öncelikle, gabin ve ikrah kavramları terminolojik olarak açıklanacaktır. Bununla birlikte, gabin ve ikrahın hukuki niteliklerine değinilecektir. Nihayetinde, çeşitli sözleşmeler bakımından gabin ve ikrahın uygulanabilirliği incelenecektir.



## II. LESION

## A. The Concept of Lesion

The term lesion used in (abolished) article 21 of Turkish Law of Obligation numbered 818 ("Law No. 818") has been changed to excessive benefiting in article 28 of Law No. 6098. The essence of the lesion is the lack of equivalence between the performances of the parties. If this disproportion is the result of the other party's abuse over one party's difficulties, inconsideration or inexperience, this may be a ground for the nullity of the contract.<sup>1</sup> In principle, lesion is applicable for synallagmatic contracts; and it may also be applicable to unilateral contracts by comparison. As for the unilateral contracts, lesion may be applied in the event of that the obligations raised from said contract shall not be implemented.<sup>2</sup> Disproportion between the performances of the parties does not affect the validity of the contract. But if there have other conditions, the contract may be cancelled.<sup>3</sup>

## B. Legal Characteristic of Lesion

Despite the view that qualifies lesion as the will of willpower, today excessive benefiting is generally considered one of the conditions that limit the freedom of contract. The

## II. GABİN

## A. Gabin Kavramı

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinde kullanılan "gabin" şeklindeki terim TBK 28. maddesinde, "aşırı yararlanma" şeklinde değiştirilmiştir. Aşırı yararlanmanın esası, bir sözleşmede bir tarafın edimi diğer tarafın edimi arasında açık bir oransızlık bulunmasıdır. Şayet bu oransızlık bir tarafın zor durumda olmasını, düşüncesizliğini veya deneyimsizliğini diğer tarafın kötüye kullanması sonucu ise, aşırı yararlanma sözleşmenin geçerliliğini etkiler.<sup>1</sup> Aşırı yararlanma kural olarak tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusudur; çok taraflı sözleşmelerde de kıyasen uygulanır. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelere ise uygulanması sadece objektif unsurun gerçekleşmesi ihtimali bulunmadığı durumlarda söz konusudur.<sup>2</sup> Karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde karşılıklı edimler arasındaki açık oransızlık sözleşmenin geçerliliğini tek başına etkilemez. Ancak diğer şartlar varsa aşırı yararlanma sebebiyle sözleşme iptal edilebilir.<sup>3</sup>

## B. Hukuki Niteliği İtibariyle Gabin

Aşırı yararlanmayı irade bozukluğu hali olarak niteleyen görüşe karşın, bugün genellikle aşırı yararlanma sözleşme özgürlüğünü sınırlayan hallerden biri olarak kabul edilmektedir. Aşırı

## FOOTNOTE

1 E. Bucher, s. 228 ff.; E. Stark, Die Übervorteilung (Art. 21 OR) im Lichte der Bundesgerichtlichen Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts: Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Juristische Fakultät der Universität Basel, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1975, p. 377 ff.; Author Becker, Art. 21, N. 1; von Tuhr/Peter, §40, I 1, 2, p. 344; P. Ossipow, De la lesion, The Publication Place, Lausanne 1940, cited from, Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Filiz, İstanbul, 2014. H.K Elbir, Türk Pozitif Hukukunda Gabin, İstanbul, 1957, p. 1 ff.; Selahattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz, İstanbul 1993, p. 458 ff. cited from, M. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, Vedat, İstanbul 2017.

2 Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara 2014, p. 417.

3 Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, İstanbul, 2019, p. 251.

## DİPNOT

1 E. Bucher, s. 228 vd.; E. Stark, Die Übervorteilung (Art. 21 OR) im Lichte der Bundesgerichtlichen Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts: Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Juristische Fakultät der Universität Basel, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1975, s. 377 vd.; Yazar adı Becker, Art. 21, N. 1; von Tuhr/Peter, §40, I 1, 2, s. 344; P. Ossipow, De la lesion, Yayın Yeri, Lausanne 1940, aktaran Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Filiz, İstanbul, 2014. H.K Elbir, Türk Pozitif Hukukunda Gabin, İstanbul, 1957, s. 1 vd.; Selahattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz, İstanbul 1993, s. 458 vd. aktaran M. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, Vedat, İstanbul 2017.

2 Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara 2014, s. 417 vd.

3 Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, İstanbul, 2019, s. 251.



## PART 13

place of lesion in law supports this view. The term of lesion has a more intense relationship with the institution of immorality than the public order. However, if the conditions related to separation of morality as well as the conditions of lesion are present in the incident, the 27th article of the Law No. 6098 will not be relied on as it will be applied to the event. In addition, the fact that a one-year deprivation period is stipulated in the law regarding the lesion shows that the public order cannot be contrary to the opinion. The fact that the one-year deprivation period has been foreseen means that after this period, the basic interests of the society will be allowed to be broken. Therefore, this shows that the lawmaker aims to prevent the exploitation of the weak people against immorality.<sup>4</sup> For example, if the family heirloom antique watch is sold to well below its value as a result of the approach of the person who knows the opportunity, the presence of lesion is mentioned. The point to be noted here is the weakness of one party in terms of various situations during the establishment of the contract between the parties, and the other party's abuse of these situations results in lesion. In order for the disproportionality in question to affect the validity of the contract concluded, one of the parties to the contract must use the situation in which the other party is in a difficult situation, lack of experience or inconsiderate behavior.

## 1. Elements of Lesion

## a. Objective Element

There must be a clear disproportionate dispute between actions in order for the lesion to be present in the case.<sup>5</sup> The objective condition is a condition related to the content of the contract. Here, the law allowed the judge's discretion without specifying a specific rate. In order to provide the objective condition, the disproportionality between acts must be clearly understood by everyone. This disproportionality is sought to exist at the time of the establishment of the contract. Therefore, if there is a disproportion afterwards, the provisions of lesion will not be possible. However, it is necessary to make a value appraisal considering the side debts. In this regard, the judge can decide on the excessive situation by receiving expert reports. In a Supreme Court decision, this matter is stated in the bank's, "expertise report dated 16/11/2012 submitted by the defendant regarding the determination, but

yararlanmanın kanundaki yeri de bu görüşü desteklemektedir. Aşırı yararlanma kurumu, kamu düzenine nazaran ahlaka aykırılık kurumu ile daha yoğun ilişki içindedir. Ancak aşırı yararlanma şartlarının yanı sıra ahlaka ayrılığa ilişkin şartlar da olayda mevcutsa TBK'nın 27. maddesi olaya uygulanacağından aşırı yararlanmaya dayanılmayacaktır. Bunun yanı sıra gabine ilişkin olarak kanunda bir yıllık hak düşürücü süre öngörülmüş olması kamu düzenine aykırılık görüşüne katılamayacağını göstermektedir. Zira bir yıllık hak düşürücü sürenin öngörülmüş olması bu süre geçtikten sonra toplumun temel çıkarlarının çiğnemesine izin verileceği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu durum kanun koyucunun zayıf kişilerin ahlaka aykırı biçimde sömürülmesini engellemeyi amaçladığını göstermektedir.<sup>4</sup> Örneğin, Eşi ameliyat olacağı için aile yadigarı antika saatin durumunu fırsat bilen kişinin yaklaşımı sonucunda değerinin çok altına satılması durumunda gabinin varlığından söz edilir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, tarafların arasındaki sözleşmenin kurulması aşamasında bir tarafın diğer tarafa nazaran çetli durumlar açısından zayıflığı, akabinde diğer tarafın bu durumları kötüye kullanmasının, aşırı yararlanma sonucunu doğurmasıdır. Söz konusu orantısızlığın akdedilen sözleşmenin geçerliliğini etkileyebilmesi için sözleşme taraflarından birinin diğer tarafın içerisinde olduğu zor durumda olma, tecrübe eksikliği yahut düşüncelessiz davranma halini yarar sağlama amacıyla kullanması gerekir.

## 1. Gabinin Unsurları

## a. Objektif Unsur

Gabinin söz konusu olabilmesi için edimler arasında açık bir orantısızlık olması gerekir. Objektif şart sözleşmenin içeriğine ilişkin bir durumdur.<sup>5</sup> Yani karşılıklı edimler arasında açık bir nispetsizliğin bulunmasıdır. Burada kanun belirli bir oran öngörmeksizin hakim takdirine imkan tanımıştır. Objektif şartın sağlanması için edimler arası orantısızlığın herkes tarafından açıkça anlaşılması gerekir. Bu orantısızlığın sözleşmenin kurulması sırasında var olması aranır. Dolayısıyla sonradan bir orantısızlığın söz konusu olması durumunda gabin hükümlerine gidilemeyecektir. Fakat edimle birlikte yan borçlar dikkate alınarak değer takdiri yapılması gerekmektedir. Bu doğrultuda hakim, konusunda uzman bilirkişilerden rapor alınmak suretiyle aşırılık durumu konusunda karar verebilir. Bir Yargıtay kararında bu husus "davalının tespiti ilişkin olarak sunduğu 16/11/2012 tarihli banka ekspertiz raporunda ise taşınmazın toplam

the total value of the property is determined as 340,000.00 TL, but in the expert report received regarding the objective element, the value of the properties is determined as 450,000.00 TL on the date of assignment. In the bank appraisal report dated 16/11/2012 submitted by the defendant regarding the determination, it was seen that the total value of the real estate was determined as 340,000,00 TL".<sup>6</sup> In the relevant decision, the judge benefited from the expert examination to determine the excessive disproportionality between actions, which is the objective element of the institution of lesion. Nevertheless, market conditions also cause the excess situation to change on an incident basis. In line with all these explanations, it should be noted that if the disproportionality between actions is not clear and large as a result of objective evaluation, it will not apply to the lesion institution.

## b. Subjective Element

In lesion, the subjective factor can be defined as being in a weak condition compared to the other party. The self-benefiting of the damage claiming party of its own weak state is also evaluated within the subjective element.<sup>7</sup> In the 28th article of the Law No.6098, the subjective element of the lesion is determined as "If there is a clear disproportion between mutual acts in a contract, if this disproportion is realized by making use of the harsh situation or lack of consideration or inexperience ..." However, the cases of weakness listed in the law are exemplary, and other than the three states stipulated in the law, and in other situations similar to this, this substance may find application. Situations such as the position of one of the concerned contract parties in terms of social status, the difference between the parties in age can also be the subjective element of the lesion.<sup>8</sup>

## C. Legal Consequences of Lesion

Article 28 of the Law No.6098 is guiding in terms of the legal consequences of lesion. In the law, the results of the lesion were stated as "... damaged according to the nature of the situation, either by notifying the other party that it is not bound by the contract or by asking the other party to return the performance or to resolve the disproportion between the acts by adhering to the contract". When the provision of the law is examined, it is seen that the legislator grants a right of choice which can be used to return the given thing or to eliminate the dispropor-

değerinin 340.000,00 TL olarak belirlendiği, fakat objektif unsura ilişkin olarak alınan bilirkişi raporunda ise taşınmazların temlik tarihinde değerinin 450.000,00 TL olarak belirlendiği, davalının tespiti ilişkin olarak sunduğu 16/11/2012 tarihli banka ekspertiz raporunda ise taşınmazın toplam değerinin 340.000,00 TL olarak belirlendiği görülmüştür" şeklinde içtihat edilmiştir.<sup>6</sup> İlgili kararda, hakim gabin kurumunun objektif unsuru olan edimler arasındaki aşırı orantısızlık halinin tespiti için bilirkişi incelemesinden yararlanmıştır. Bununla birlikte, piyasa koşulları da aşırılık durumunun olay bazında değişebilmesine sebep olmaktadır. Tüm bu açıklamalar doğrultusunda, edimler arasındaki orantısızlığın objektif değerlendirme neticesinde açık ve büyük olduğuna kanaat getirilmemesi durumunda gabin kurumuna başvurulamayacağını belirtmek gerekir.

## b. Söbjektif Unsur

Aşırı yararlanmada söbjektif unsur, zarar görenin diğer tarafa oranla zayıf durumda bulunması şeklinde tanımlanabilir. Zarar görenin zayıf durumundan karşı yararlanması da söbjektif unsur içinde değerlendirilmektedir.<sup>7</sup> TBK'nın 28. maddesinde gabinin söbjektif unsuru "Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir orantısızlık varsa, bu orantısızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncelessizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde..." şeklinde hüküm altına alınmıştır. Ancak kanunda sayılan zayıflık halleri örnek niteliğinde olup, kanunda öngörülen üç hal dışında ve bunlara benzeyen başka hallerde de bu madde uygulama alanı bulabilir. İlgili sözleşme taraflarından birinin toplumsal statü itibarıyla konumu, yaş itibarıyla taraflar arasındaki fark gibi durumlar da gabinin söbjektif unsurunu oluşturabilir.<sup>8</sup>

## C. Gabinin Hukuki Sonuçları

Gabinin hukuki sonuçları bakımından TBK'nın 28. Maddesi yol göstericidir. Kanunda "...zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirecek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki orantısızlığın giderilmesini isteyebilir" şeklinde gabinin sonuçlarına yer verilmiştir. Kanun hükmü incelendiğinde, kanun koyucunun bir seçimlik hak tanıdığı, seçimlik hakların verilen şeyin iadesi yahut edimler arasındaki orantısızlığın giderilmesi şeklinde kullanılabileceği görülmektedir. Seçimlik hak

## FOOTNOTE

4 Kocayusufpaşaoğlu, p. 481

5 Eren, s. 378; Kut, Schnyder, Art. 21 OR, N. 1; Berger, § 15, N. 1067; Huguenin, OR AT, N. 444, p. 458 vd. aktaran Kocayusufpaşaoğlu.

6 Yargıtay 1. HD., E. 2018/2254, K. 2018/11408, T. 21.6.2018.

7 Antalya, p. 253.

8 Yargıtay 1. HD. E. 2013/8716, K. 2013/12288, T. 10.09.2013.

## DİPNOT

4 Kocayusufpaşaoğlu, s. 481

5 Eren, s. 378; Kut, Schnyder, Art. 21 OR, N. 1; Berger, § 15, N. 1067; Huguenin, OR AT, N. 444, s. 458 vd. aktaran Kocayusufpaşaoğlu.

6 Yargıtay 1. HD., E. 2018/2254, K. 2018/11408, T. 21.6.2018.

7 Antalya, s. 253.

8 Yargıtay 1. HD. E. 2013/8716, K. 2013/12288, T. 10.09.2013.

## PART 13

tion between actions. If the exploited is not obliged to exercise its right of choice through a lawsuit, and if the exploited applies to the court after exercising one of its elective rights, the exploited may request that a decision to be rendered in accordance with the nature of the exhausted right. It can also exercise its exploited right of choice through litigation. The important thing is that the right of choice used by the exploiter is justified "by the nature of the situation." The judge will determine whether the right of choice exercised by the exploited justifies the nature of the situation. If the judge does not justify in accordance with the requirements of the situation, the judge has the right to change the choice used by the exploited, to change the act in the adaptation of the act, to change the form and scope of the act.

### 1. Right of Cancellation

According to the dominant view in the article 28/2 of the Law No.6098, cancellation should be applied in excessive benefiting. Accordingly, the damaged party can override the contract from the moment it is made, using the right of cancellation. The right of annulment is granted only to the exploited. The judge cannot ex-officio consider the lesion for the cancellation the contract. The declaration of cancellation is used as the declaration of will to be reached by the other party; when it reaches the other party, it also results in invalidity. It is not obligatory to use the right of cancellation by lawsuit. The revocation statement is the right that creates disruptive innovation. By using the cancellation statement, it retroactively cancels the contract from the beginning. In order for the cancellation statement to have this result, the feature of the situation must justify the exercise of the cancellation right. In terms of the return of the given thing; if the objective and subjective conditions of lesion are fulfilled, the party suffering from the current situation may use the right of annulment arising by notifying that the contract is not bound by the contract concluded to the other party. The right of withdrawal should be used within one (1) year, starting from the date when the injured has learned the thoughtlessness or inexperience, and in case of difficulty, this situation disappears. The beginning date of the foreclosure period varies according to the subjective element, and the foreclosure period begins to operate from the day when thoughtlessness or inexperience has been learned or the situation of having difficulty disappears. In all cases, the right of cancellation must be used within five (5) years, starting from the date of establishment of the contract. The point to be

yalnızca sömürülene tanınmıştır. Sömürülenin seçimlik hakkını dava yoluyla kullanması zorunlu olmayıp seçimlik haklarından birini kullandıktan sonra mahkemeye başvurursa kullanılan hakkın niteliğine uygun olarak mahkemeden bir karar tesis edilmesini talep edebilir. Sömürülen seçimlik hakkını dava yoluyla da kullanabilir. Önemli olan sömürülenin kullandığı seçim hakkının "durumun özelliğine göre" haklı olmasıdır. Hakim sömürülenin kullandığı seçim hakkının durumun özelliğini haklı kılıp kılmadığını takdir edecektir. Hakim; durumun gerekleri uyarınca haklı görmüyorsa sömürülenin kullandığı seçimi değiştirme, edimin uyarlamasında edimi değiştirme, edimin şekil ve kapsamını değiştirme hakkına sahiptir.

### 1. İptal Hakkı

TBK'nın 28/2. maddesinde öğretilerdeki baskın görüşe göre, aşırı yararlanmada iptal yaptırımı uygulanmalıdır. Buna göre zarar gören taraf isterse iptal hakkını kullanarak sözleşmeyi yapıldığı andan itibaren geçersiz kılabilir. İptal hakkı sadece sömürülene tanınmıştır. İptal sebebi olan aşırı yararlanmayı hakim kendiliğinden dikkate alamaz. İptal beyanı karşı tarafa varması gerekli irade beyanı olarak kullanılır, karşı tarafa varmasıyla da geçersizlik sonucunu doğurur. İptal hakkının dava yoluyla kullanılması zorunlu değildir. İptal beyanı bozucu yenilik doğurucu hak niteliğindedir. İptal beyanı kullanılmakla geriye etkili olarak sözleşmeyi başlangıçtan itibaren geçersiz hale getirir. İptal beyanının bu sonucu doğurabilmesi için durumun özelliğinin iptal hakkının kullanılmasını haklı kılması gerekir. Verilen şeyin iadesi bakımından; aşırı yararlanmanın objektif ve sübjektif şartları gerçekleştiği takdirde, mevcut durumdan zarar gören taraf sözleşmenin diğer tarafına akdedilen sözleşme ile bağlı olmadığını bildirerek doğan iptal hakkını kullanabilir. İptal hakkı, zarar görenin düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği, zor durumda kalmada ise bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir (1) yıl içerisinde kullanılmalıdır. Hak düşürücü sürenin başlangıç tarihi sübjektif unsura göre değişmekte olup hak düşürücü süre, düşüncesizlik veya deneyimsizliğin öğrenildiği ya da zorda kalma durumunun ortadan kalktığı tarihten itibaren işlemeye başlamaktadır. İptal hakkının, her halde sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren başlayarak

noted is that it is a right that can be put forward without the need for acceptance by the other party.

The exploited party may use this right to cancel the contract but request it if it has fulfilled its own performance. If the other party does not return the act, the injured person may request the action he/she has performed with either a claim of enforcement or an unjust enrichment case, just as in the case of will disability. If these properties have not been consumed in immovable property, movable property or acquired by a good third party, the lawsuit to be filed is an arbitration proceedings.

### 2. Right to Demand the Elimination of Disparity between Actions

In case the situation is justified, the exploited may continue to adhere to the contract, instead of canceling the contract and demand the elimination of disproportion between actions. It is important to note that a contract that does not carry the subjective elements of the lesion state but has excessive imbalance between actions may be completely or partially invalid for other reasons, or it may be possible to eliminate the disproportion between actions.<sup>9</sup> In this context, despite the absence of subjective conditions, the fact that a certain contract is contrary to the mandatory provisions within the framework of the 19th and 20th articles of the Law No.6098, or that it is contrary to morality and personality or personality rights, raises the relevant process.<sup>10</sup> For example, if an excess contract value is agreed to prepare a service contract or the property for sale or to mediate the establishment of one of these, according to Article 409 of the Law No.6098, in which the lowering of the fee is regulated, this fee may be deducted fairly by the judge at the request of the debtor.<sup>11</sup> Again, pursuant to the 3rd paragraph of article 161 of the Law No.6098, the judge is obliged to decrease the penalty he considers excessive.<sup>12</sup>

### D. Lesion Applications within the Scope of Law No.6098

#### 1. Applicability of Lesion Clauses in Contracts That Debt to One Side

The phrase "between mutual acts in a contract ..." in article 28 of the Law No.6098 indicates that mutual acts are essential to raise

beş (5) yıl içerisinde kullanılması gerekmektedir. Dikkat edilmesi gereken nokta, karşı tarafın kabulüne gerek kalmaksızın ileri sürülebilen bir hak olduğudur.

Sömürülen taraf sözleşmeyi iptal hakkını kullanmakla birlikte kendi edimini yerine getirmişse bunu isteyebilir. Karşı taraf edimi iade etmezse zarar gören aynen irade sakatlığı hallerinde olduğu gibi, ya istihlak iddiasıyla ya da sebepsiz zenginleşme davasıyla ifa ettiği edimi geri isteyebilir. Taşınmaz mallarla, taşınır mallarda bu mallar tüketilmemiş veya iyi niyetli üçüncü kişi tarafından iktisap edilmemişse, açılacak dava istihkak davasıdır.

### 2. Edimler Arasındaki Oransızlığın Giderilmesini Talep Hakkı

Sömürülen sözleşmeyi iptal hakkı yerine durumu özelliği haklı kılıyorsa, sözleşmeyle bağlı kalmaya devam ederek, edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini talep hakkına sahiptir. Önemle belirtmek gerekir ki gabin halinin sübjektif unsurlarını taşımayan ve fakat edimler arasında aşırı dengesizlik bulunan bir sözleşme başka sebeplerle tamamen veya kısmen geçersiz sayılabilir yahut edimler arasındaki oransızlığın giderilmesi mümkün olabilir.<sup>9</sup> Bu çerçevede sübjektif şartların yokluğuna rağmen belli bir sözleşmenin, Borçlar Kanunu'nun 19. ve 20. maddeleri çerçevesinde emredici hükümlere aykırı olması veya ahlak ve adaba yahut kişilik haklarına aykırı sayılması ilgili işlemin batıl olmasını gündeme getirir.<sup>10</sup> Örneğin Borçlar kanununun tellaklık sözleşmesinde ücretin indirilmesini düzenlediği 409. maddesi uyarınca hizmet sözleşmesi veya taşınmaz satım imkanını hazırlamak veya bunlardan birinin kurulmasına aracılık etmek için aşırı bir tellaklık ücreti kararlaştırılmışsa bu ücret borçlunun talebi üzerine hakim tarafından adil bir şekilde indirilebilecektir.<sup>11</sup> Yine Borçlar Kanunu'nun 161. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca hakim aşırı gördüğü cezai şartı indirmekle yükümlüdür.<sup>12</sup>

### D. TBK Kapsamında Gabin Uygulamaları

#### 1. Tek Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Gabin Hükümlerinin Uygulanabilirliği

Türk Borçlar Kanunu'nun 28. Maddesindeki "Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında..."

### FOOTNOTE

<sup>9</sup> Buz, p. 72; Kalkan, p. 156; aktaran M. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, V. 2, Vedat, İstanbul 2017.

<sup>10</sup> Huguenin, Bas.Komm., Art. 21, N. 21; Kut, Schnyder, Art. 21 OR, N. 24; Kramer, Art. 21 OR, N. 65. Oftinger, s.168; Kramer, Art. 19/20 OR, N. 205; Schwenzer, N. 32.49; aktaran Hatice Tolunay Ozanemre, Gabinin Şartları p. 215

<sup>11</sup> Borçlar Kanunu'nun 409. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 417. maddesine değinen yazarlar için bkz. Huguenin, Bas. Komm., Art. 21, N. 21; Kramer, Art. 21 OR, N. 63.; aktaran Kocayusufpaşaoğlu.

<sup>12</sup> Bahsi geçen konuyla ilgili olarak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 163. maddesinin üçüncü fıkrasına (BK art. 161/III) değinen yazar için bkz. Huguenin, Bas.Komm., Art. 21, N. 21.; aktaran Hatice Tolunay Ozanemre, Gabinin Şartları p. 215

### DİPNOT

<sup>9</sup> Buz, s. 72; Kalkan, s. 156; aktaran M. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, Vedat, İstanbul 2017.

<sup>10</sup> Huguenin, Bas.Komm., Art. 21, N. 21; Kut, Schnyder, Art. 21 OR, N. 24; Kramer, Art. 21 OR, N. 65. Oftinger, s.168; Kramer, Art. 19/20 OR, N. 205; Schwenzer, N. 32.49; aktaran Hatice Tolunay Ozanemre, Gabinin Şartları s. 215

<sup>11</sup> Borçlar Kanunu'nun 409. maddesini karşılayan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 417. maddesine değinen yazarlar için bkz. Huguenin, Bas. Komm., Art. 21, N. 21; Kramer, Art. 21 OR, N. 63.; aktaran Kocayusufpaşaoğlu.

<sup>12</sup> Bahsi geçen konuyla ilgili olarak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 163. maddesinin üçüncü fıkrasına (BK m. 161/III) değinen yazar için bkz. Huguenin, Bas.Komm., Art. 21, N. 21.; aktaran Hatice Tolunay Ozanemre, Gabinin Şartları s. 215



## PART 13

the issue of lesion. The regulations of lesion are not applicable to the contracts which impose debt/obligation to one side of the contract. Because, mutual acts cannot be mentioned in the contracts that charge debt on one side. For example, a donation contract is a contract that imposes debt on one side, and the donor undertakes to make a non-refundable return from the assets of the donor in order to have a result between the allowable. There is no act of the donor against the act of the donor. Since mutual acts cannot be mentioned here, the provisions of lesion will not be applied under the Law No.6098.

## 2. Applicability of Lesion's Terms in Terms of Public Procurement Contracts

The Public Procurement Contracts Law No. 4735 ("Law No. 4735") determines the principles and procedures regarding the preparation and implementation of contracts for tenders. Public procurement contracts are established with mutual and appropriate declarations of will by the administration and the persons who are awarded the tender as a result of the tender stage in relation to the jobs falling within the fields of public institutions. These contracts are arranged according to the rules of private law. Thus, the extent of the applicability of the provisions of the Law No.6098 comes to the fore, as appropriate, in public procurement contracts arranged in accordance with the rules of private law. For example, in the 20th article of the law, the administration expresses the right of termination of the administration with the expression "... in cases where the administration terminates the contract...". The right of termination of the administration, in the 25th article of the same law, "To commit or attempt to misconduct contractual transactions through fraud, promise, threat, influence, benefit, agreement, extortion, bribery or other means. To issue, use or attempt to fake documents. To use fraudulent materials, tools or methods during the work or delivery of the contract work, to manufacture incomplete, inaccurate or defective manufacturing against the rules of science and art. To harm the administration while fulfilling its commitment. To use his knowledge and experience to the detriment of the administration or act in contradiction with the provisions of Article 29. Failure to fulfill its commitment in accordance with the tender document and contract provisions,

ibaresi aşırı yararlanmadan söz edebilmek için karşılıklı edimlerin şart olduğunu gösterir. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından gabin hükümleri uygulanamaz. Çünkü, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklı edimlerden söz edilemez. Örneğin, bağışlama sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen, bağışlayanın sağlar arası sonuç doğurmak üzere malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir. Bağışlayanın kazandırma yapmayı üstlendiği edim karşısında bağışlananın edimi yoktur. Burada karşılıklı edimlerden söz edilemeyeceği için Türk Borçlar Kanunu kapsamında gabin hükümleri uygulanmayacaktır.

## 2. Kamu İhale Sözleşmeleri Bakımından Gabin Hükümlerinin Uygulanabilirliği

4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ("KİSK") yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirler. Kamu ihale sözleşmeleri, kamu kurumlarının görev alanlarına giren işlerle ilgili olarak ihale aşaması sonucunda, idare ile ihaleyi alan kişilerin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur. Bu sözleşmeler, özel hukuk kurallarına göre düzenlenir. Böylece, özel hukuk kurallarına göre düzenlenen kamu ihale sözleşmelerinde uygun düştüğü ölçüde Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanabilirliği konusu gündeme gelir. Örneğin, kanunun 20. maddesinde "...belirtilen hallerde idare sözleşmeyi fesheder..." ibaresiyle idarenin fesih hakkından bahseder. İdarenin fesih hakkı, aynı kanunun 25. maddesinde "Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek. Sah-te belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek. Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak. Taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar vermek. Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29 uncu madde hükümlerine aykırı hareket etmek. Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerini uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek." şeklinde yer alan yasak fiil

except for force majeure." It arises from the realization of prohibited acts and behaviors. Forbidden acts and behaviors are disabling will, and the absence of lesion from will injuries in the article of law brings the issue of the applicability of the provisions of lesion under the Law No.6098. Article 36 of Law No.4735 "In cases where there is no provision in this Law, the provisions of the Code of Obligations apply." We opine that the provisions of lesion can be applied in terms of Public Procurement Agreements by betting, since the provisions of Law No. 6098 will be applied in cases where there is no provision in the law.

## 3. Applicability of Lesion's Terms in Changes to Public Procurement Contracts

Public procurement contracts are contracts to which the administration and the contractor are parties. Article 15 of the Law No. 4735 "After the contract is signed, the contract terms can be changed, provided that the contract price is not exceeded and the contractor and the contractor agree on mutual agreement, the following may be changed in the contract terms: payment terms in accordance. The limits of the contract amendment are specified with the expression "... the agreement of the parties and the contract price not to be exceeded..." The existence of a written contract between the administration and the contractor is essential for the mutual agreement of the parties. The fact that the contract in question is subject to the provisions of private law indicates that the provisions of the Turkish Code of Obligations can be applied. In terms of lesion; in the amendment agreement signed between the administration and the contractor, violations of the rights or interests previously granted to the contractor may lead to disproportionality between acts.<sup>13</sup>

## III. DURESS

### A. Term of Duress

In terms of the meaning of duress; intimidation means having someone do something other than their will. The intimidation is that if someone does not make a declaration of will, with the threat made against the law, someone will be subject to the frightening.<sup>14</sup> There is spiritual violence in scare. For example, if a person's hand is pressed instead of a signature, there

ve davranışların gerçekleştirilmesiyle doğar. Yasak fiil ve davranışlar iradeyi sakatlayan nitelikte olup, kanun maddesinde irade sakatlıklarından gabine yer verilmemesi TBK kapsamında gabin hükümlerinin uygulanabilirliği konusunu gündeme getirir. KİSK 36. maddesi "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır." şeklinde düzenlenmiş olup kanunda hüküm bulunmayan hallerde TBK hükümleri uygulanacağından bahisle, Kamu İhale Sözleşmeleri bakımından gabin hükümleri uygulanabileceği kanaatindeyiz.

## 3. Kamu İhale Sözleşmelerinde Yapılan Değişikliklerde Gabin Hükümlerinin Uygulanabilirliği

Kamu ihale sözleşmeleri, idare ve yüklenicinin taraf olduğu sözleşmelerdir. 4735 Sayılı Kanun'un 15. maddesi "Sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, aşağıda belirtilen hususlarda sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir: İşin yapılma veya teslim yeri, İşin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları." şeklinde düzenlenmiş olup "...tarafaların anlaşması ve sözleşme bedelinin aşılması..." ifadesiyle sözleşme değişikliğinin sınırları belirtilmiştir. Tarafların karşılıklı olarak anlaşması için idare ve yüklenici arasında yazılı bir sözleşmenin varlığı şarttır. Söz konusu sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olması, Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanabileceğini gösterir. Gabin bakımından; idare ile yüklenici arasında imzalanan değişiklik sözleşmesinde, daha önceden yükleniciye tanınmış hakların yahut menfaatlerin ihlal edilmesi edimler arasında orantısızlığa yol açabilir.<sup>13</sup>

## III. İKRAH

### A. İkraah Kavramı

İkraah sözcük anlamı itibariyle; korkutma, isteği dışında bir şey yaptırma anlamına gelir. Korkutma hukuka aykırı şekilde yapılan tehditle, istenilen irade beyanında bulunmadığı takdirde, bir kimse de kötülüğe maruz kalacak kanısı uyandırılması, o kimsenin korkutulmasıdır.<sup>14</sup> Korkutmada manevi cebir vardır. Örneğin bir kimsenin elini tutup zorla parmağı imza yerine

## FOOTNOTE

<sup>13</sup> State council 1.D., T. 14.03.2005, E. 2000/5828, K. 2000/7383.

<sup>14</sup> Tekinay, p. 449.

## DİPNOT

<sup>13</sup> Danıştay 1.D., T. 14.03.2005, E. 2000/5828, K. 2000/7383.

<sup>14</sup> Tekinay, s. 449.

## PART 13

is no will. The contract is not established.<sup>15</sup> At the same time, the duress does not desire that one of the parties desires to be lighter than two damages, with the fear of the life, property, honor, personal rights and liberties of himself or those close to him, as a result of the behavior of the other party or someone else acting on his behalf.<sup>16</sup> It should be noted that in this case there is harmony between the statement of the frightened and his will; however, the formation of the will was injured by threat or coercion. The element of coercion is divided into two as material coercion and moral coercion in the doctrine. The financial coercion is that the fearful is forced to submit a declaration of will as a result of the material act on the frightened. It is an example of material compulsion that the frightened person has a forced contract to the frightened person with a gun. In material coercion, the existence of the declaration of will cannot be mentioned. Contrary to disability at the birth of the declaration of will, the contract does not occur because there is no will to conclude here. In spiritual coercion, the fearer has a moral pressure on the frightened. Abstract verb definitions and discourses can cause moral compulsion.

## 1. Conditions of Duress

Article 37 of the Law No.6098 is not bound by the contract if one of the parties made a contract as a result of the intimidation of the other or a third party. If the frightened third party is not knowing or able to know how to scare the other party, the frightened person who does not want to adhere to the contract is liable to pay compensation to the other party if it requires equity.” explains the form. In terms of admission in the article of the law; as a result of the injuries of the will, there is a danger threat against the contracting party against him or his relatives, that the threat in question is severe and close to realization, that the threat is unlawful and ultimately there is a causal link between the act of intimidation and the occurrence of the contract.

**a. The Party Whose Will Is Injured Must Have Been Exposed To A Threat**  
The words and behaviors that are said to awaken someone who will be exposed to evil if they do not make a declaration of will pose a threat. The fact that the counterparty or a third party has made the threat does not make any difference in terms of the effect of the contract, but is important in seeking compensation. If a person makes a declaration of will as a result of his fear when he has

bastırılmışsa irade hiç yoktur. Sözleşme kurulmuş olmaz.<sup>15</sup> İkraha aynı zamanda taraflardan birinin öteki tarafın veya onun adına hareket eden bir başkasının davranışı sonunda kendisinin veya yakın olan kimselerin can, mal, namus şahsi hak ve hürriyetlerinin ağır ve haksız bir tehlikeye ve zarara uğrayacak korkusuna kapılarak iki zarardan daha hafif olanı göze almak suretiyle arzu etmediği bir duruma katlanmasıdır.<sup>16</sup> Dikkat edilmesi gerekir ki, bu durumda korkutulanın beyanı ile iradesi arasında uyum vardır; ancak, iradenin oluşumu tehdit yahut zorlama yüzünden sakatlanmıştır. Zorlama unsuru doktrinde maddi zorlama ve manevi zorlama olarak ikiye ayrılır.<sup>17</sup> Maddi zorlama, korkutulanın korkutulan üzerindeki maddi fiili sonucunda irade beyanı sunmaya zorlanmasıdır. Korkutan kişinin silah yardımıyla korkutulan kişiye zorla sözleşme imzalatması maddi zorlamaya örnektir. Maddi zorlamada, irade beyanının varlığından söz edilemez. İrade beyanının doğumundaki sakatlığın aksine burada akit yapma iradesi mevcut olmadığından sözleşme meydana gelmez. Manevi zorlamada ise, korkutulanın korkutulan üzerinde manevi bir baskısı vardır. Soyut fiil tanımları ve söylemler manevi zorlamaya sebebiyet verebilir.

## 1. İkrahaın Şartları

6098 Sayılı TBK'nın 37. maddesi ikrah kurumunu "Taraflardan biri, diğerinin veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapmışsa, sözleşmeyle bağlı değildir. Korkutan bir üçüncü kişi olup da diğer taraf korkutmayı bilmiyorsa veya bilecek durumda değilse, sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen korkutulan, hakkaniyet gerektiriyorsa, diğer tarafa tazminat ödemekle yükümlüdür." şeklinde açıklamaktadır. Kanun maddesinde ikrahın şartları bakımından; irade sakatlanması sonucunda sözleşme yapan tarafın kendisine yahut yakınlarına karşı yöneltilmiş bir tehlike tehdidi, söz konusu tehlike tehdidinin ağır ve gerçekleşmesi yakın bir tehdit olması, tehdidin hukuka aykırı olması ve nihayetinde korkutma fiili ile sözleşmenin meydana gelmesi arasında illiyet bağının bulunması söz konusudur.

**a. İradesi Sakatlanan Taraf Bir Tehdide Maruz Kalmış Olmalıdır**  
İrade beyanında bulunmadığı takdirde kö-tülüğe maruz kalacak kanısını bir kimsede uyandırmak için söylenen sözler ve davranışlar tehdit teşkil eder. Tehdidi karşı tarafın veya bir üçüncü kişinin yapmış olması, sözleşmenin geçerliliğine yaptığı etki açısından bir fark yaratmaz, ancak tazminat istenmesi konusunda önem taşır. Bir kimse hiçbir tehdit unsuru yokken kendiliğinden duyduğu korku

no threat, then the validity of the contract is not affected.

## b. The Threat Should Be Awakened by the Sense of a Serious and Soon Hazard

Threats related to minor or future hazards do not intimidate nor affect the validity of the contract. On the other hand, even if the threat cannot be realized, the person who is threatened is right to think that it will be realized, and the operation that is done is not deemed crippled by the intimidation.<sup>18</sup> It should be taken into consideration whether the vehicle used in the intimidation of the frightened is objectively suitable for causing a heavy and imminent danger. For example, when a person is idle selfish intimidating, someone should not be aware of the fact that the scared weapon is empty, and it should be considered a vehicle suitable for intimidating. However, if the scared scare hand is not likely to realize or the vehicle that is using is not suitable for such a result, it is not scare.<sup>19</sup>

When determining the severity of the threat, it is the dominant opinion to consider the effect that the threatening situation will have on the average-minded people, and not on the personal characteristics of the person exposed to the threat. This is called "subjective theory."<sup>20</sup>

## c. The Threat Indicated in the Threat Should Be Against the Person or Relatives of the Other Party

The intimidation may be the opposite side of the contract, which poses a danger to him, or a person close to him. The close person is the person whose frightened perceives the danger to this person as if he had been done to him. His wife, children, mother and father and other relatives can be included in the concept of the close person, as well as the engaged, the person he lives with, his friends and friends can be included in the close concept. It may also be feared that the scared person will threaten to commit suicide if the scared party does not contract. If this situation creates shock and panic to the opponent, it may be a scare. Included in the relatives of the frightened person is the legal person who is a member or a medium. However, the threat based on the danger to third parties that will not be considered as close does not constitute adversity.<sup>21</sup>

neticesinde irade beyanında bulunuyorsa bu durumda sözleşmenin geçerliliği etkilenmez.

## b. Yapılan Tehdit Ağır ve Yakında Gerçekleşecek Bir Tehlikenin Mevcut Olduğu Kanısını Uyandırmalıdır

Önemsiz veya ilerde gerçekleşecek tehlikelere ilişkin tehditler korkutma teşkil etmez, sözleşmenin geçerliliğini etkilemezler buna karşılık tehdidin gerçekleşme olanağı bulunmasa bile, tehdide uğrayan kişi gerçekleşeceğini düşünmekte haklıysa yapılan işlem korkutmaya sakat sayılmaktadır.<sup>18</sup> Korkutulanın korkutulmasında kullanılan aracın objektif olarak ağır ve yakın bir tehlike doğurmaya elverişli olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Örneğin bir kişi boş tabanca ile korkutma fiilinde bulunduğu zaman korkutulan silahın boş olduğunu bilmese dahi araç korkutmaya elverişli bir araç sayılmalıdır. Ancak korkutulan korkutma fiilinin gerçekleşme ihtimalinin olmadığını veya kullanan aracın böyle bir sonucu doğurmaya elverişli olmadığını anlayacak ya da anlayabilecek durumda ise korkutma söz konusu olmaz.<sup>19</sup>

Tehdidin ağırlığı saptanırken tehdit oluşturulan durumun ortalama anlayışlı kişiler üzerinde yapacağı objektif etki değil tehdide maruz kalanın kişisel özelliklerine göre onun üzerinde yapacağı etkinin dikkate alınması baskın görüştür. Buna "sübjektif teori" denmektedir.<sup>20</sup>

## c. Tehditte Belirtilen Tehlike Karşı Tarafın Şahsına veya Yakınlarına Yönelik Olmalıdır

Korkutma kendisi için bir tehlike yaratılan sözleşmenin karşı tarafı olabileceği gibi ona yakın bir kişi de olabilir. Yakın kişi korkutulanın bu kişiye yönelik tehlikeyi kendisine yapmış gibi algıladığı kişidir. Yakın kişi kavramına eşi, çocukları, anne ve babası ve diğer hısımları girebilecek gibi nişanlı, birlikte yaşadığı kişi, dost ve arkadaşları da yakın kavramına dahil olabilir. Bizzat korkutulan kişinin, korkutulan taraf sözleşme yapmadığı takdirde intihar edeceği tehdidinde bulunması da korku yaratmış olabilir, bu durum karşı sözleşen de şok ve panik yaratmışsa korkutma söz konusu olabilir. Korkutulan kişinin yakını kapsamında üyesi veya ortak olduğu tüzel kişi dâhildir. Ancak yakın sayılmayacak üçüncü kişilere yönelik tehlikeye dayanan tehdit ikrah teşkil etmez.<sup>21</sup>

## FOOTNOTE

15 Antalya p. 244

16 Erarstan Özkaya, Yanılma Aldatma Korkutma Davaları, Seçkin, İstanbul 2019.

17 Oğuzman, p. 134.

18 Von Tuhr/Peter, § 38, III, 5, p. 326; aktaran Oğuzman, p. 117

19 Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 246.

20 Von Tuhr/Peter, § 38, III, 5, p. 326; aktaran Oğuzman, p. 117

21 Eren, p. 404.

## DİPNOT

15 Antalya s.244

16 Erarstan Özkaya, Yanılma Aldatma Korkutma Davaları, Seçkin, İstanbul 2019.

17 Oğuzman, s. 134.

18 Von Tuhr/Peter, § 38, III, 5, s. 326; aktaran Oğuzman, s. 117

19 Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 246.

20 Von Tuhr/Peter, § 38, III, 5, s. 326; aktaran Oğuzman, s. 117

21 Eren, s. 404.



## PART 13

**d. The Threat Should Be Unlawful**  
When a contract is made with the intimidation that a right or a lawful authority will be used, the existence of intimidation is accepted if the person who declares that he / she will use this right or authority has provided an extreme benefit from the other party's difficulties. In other words, the intimidation is against the law, unless a right or a legal authority is used.

**e. The Contract Must Be Made As a Result Of Fear Caused By the Threat**

There must be a causal link between the act of intimidation and the establishment of the contract. If this fear was not created, there is a causal link if the party exposed to intimidation would never make the contract or make the contract under other conditions.

**f. Legal Consequences of Duress**

The frightened may not approve the contract due to the intimidation of the contract or the third party, and may ensure the invalidity of the contract. In addition, he may request from the other party to compensate for the damage caused by the invalidity of the contract. As a frightened rule, he may request compensation for negative damage, limited to the expected benefit from the contract. If the scared person is deemed to be contracted, he / she may request compensation if there are damages caused by the scared scare. For the same reasons, giving approval to the contract does not mean seeking compensation. There is no reason to require consent to be subject to different provisions in terms of its terms without being approved. Since the act of intimidation also constitutes an unfair act, if a debt has arisen in terms of the injured in accordance with the article 72/2 of the Law No.6098, even if the compensation claim arising from the unfair act has expired, it can avoid performing its scared debt. If he fears the feared one-year disapproval and does not fulfill his debt arising from this contract, he can benefit from the right to success.<sup>22</sup>

**d. Tehdit Hukuka Aykırı Olmalıdır**  
Bir hakkın veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağı korkutmasıyla sözleşme yapıldığında, bu hak veya yetkiyi kullanacağını açıklayanın, diğer tarafın zor durumda kalmasından aşırı bir menfaat sağlamış olması halinde, korkutmanın varlığı kabul edilir. Yani bir hakkın veya yasal bir yetkinin kullanılması söz konusu olmadıkça korkutma hukuka aykırıdır.

**e. Sözleşme, Tehdidin Yarattığı Korku Sonucu Yapılmış Olmalıdır**  
Korkutma fiiliyle sözleşmenin kurulması arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Bu korku yaratılmasaydı korkutmaya maruz kalan taraf, sözleşmeyi hiç yapmayacak ya da sözleşmeyi başka şartlarda yapacak idiyse illiyet bağı mevcut olacaktır.

**f. İkrahin Hukuki Sonuçları**

Korkutulan, ister sözleşmenin karşı tarafını ister üçüncü kişinin korkutması sebebiyle sözleşmeyi onamayarak sözleşmenin geçersizliğini sağlayabilir. Buna ek olarak karşı taraftan sözleşmenin geçersizliğinden doğan zararının tazminini talep edebilir. Korkutulan, kural olarak sözleşmeden beklenen yararları sınırlı olmak üzere olumsuz zararın tazminini talep edebilir. Korkutmaya maruz kalanın sözleşmeyle bağlı sayılmış olması durumunda, korkutulan korkutma nedeniyle uğradığı zararlar var ise bunların tazminini isteyebilir. Aynı gerekçelerle, sözleşmeye onay vermiş olma tazminat istemekten vazgeçme anlamına gelmez. Onamanın, onanmış sayılmadan hükümleri yönünden farklı hükümlere tabi olmasını gerektirecek bir neden bulunmamaktadır. Korkutma fiili aynı zamanda haksız fiil teşkil ettiğine göre TBK'nın 72/2 hükmüne göre zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa, haksız fiilden doğan tazminat talebi zaman aşımına uğramış olsa bile, korkutulan kendi borcunu ifadan kaçınabilir. Korkutulan bir yıllık onamama hakkını geçirmiş ve bu sözleşmeden doğan borcunu ifa etmemişse sürekli defa hakkından yararlanabilir.<sup>22</sup>

**B. Duress Applications within the Scope of Law No.6098**

**1. Applicability of Duress Provisions in Terms of Public Procurement Contracts**

We examined in the Applicability of the bulletin that the Law No.4735 determines the principles and procedures related to the arrangement and implementation of contracts. As a result of the tender stage of public procurement contracts related to the jobs falling within the fields of duty of public institutions, the importance of the incentive institution, which is considered as one of the willpower injuries in Law No.6098, emerges. Contracts concluded between the contractor and the administrative power and the contractor are arranged according to the rules of private law. Thus, the applicability of the provisions of the Law No.6098 will come to the agenda insofar as it complies with the mandatory rules in these contracts arranged in accordance with the rules of private law. The right of termination granted to the administration with the expression "...the administration terminates the contract in the cases specified in article 20 of the Law..." restricts the contractor's field of legal action during the contract and is an interference with their rights. In the contract established, the equality provided by the legal order in terms of the right to seek freedom between the parties prohibits the administration from taking action based on intimidation. As we have mentioned in the applicability of the goiter, the fact that the prohibited acts and behaviors are disabling the will and the absence of duress from the will injuries in the article of the law raises the issue of the applicability of the duress provisions within the scope of the Law No.6098. Article 36 of Law No.4735 "in cases where there is no provision in the Law, the provisions of the Law No.6098 apply." We believe that, in cases where there is no provision in the law, the provisions of the Law No.6098 will be applied, and in terms of Public Procurement Agreements, duress provisions can also be applied.

**2. Duress within the Scope of Public Private Cooperation Model and Financing Agreements**

Public Private Collaboration Model is a model that includes various types of contracts

**B. TBK Kapsamında İkrahi Uygulamaları**

**1. Kamu İhale Sözleşmeleri Bakımından İkrahi Hükümlerinin Uygulanabilirliği**

4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun ("KİSK") yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirlediğini gabinin Uygulanabilirliği başlığında incelemiştik. Kamu ihale sözleşmelerinin, kamu kurumlarının görev alanlarına giren işlerle ilgili olarak ihale aşaması sonucunda, idare ile ihale alan kişilerin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulmasından hareketle Türk Borçlar Hukuku'nda irade sakatlıklarından biri olarak değerlendirilen ikrahi kurumunun önemi ortaya çıkmaktadır. İdare yahut idari güce sahip kişiler ile yüklenici arasında akdedilen sözleşmeler, özel hukuk kurallarına göre düzenlenmektedir. Böylece, özel hukuk kurallarına göre düzenlenen bu sözleşmelerde emredici kurallara uygun düştüğü ölçüde TBK hükümlerinin uygulanabilirliği konusu gündeme gelecektir. Kanun'un 20. maddesinde "...belirtilen hallerde idare sözleşmeyi fesheder..." ibaresiyle idareye tanıyan fesih hakkı yüklenicinin sözleşme süresince hukuki işlemde bulunma alanını kısıtlamakta ve haklarına müdahale niteliği taşımaktadır. Kurulan sözleşmede taraflar arasında hak arama hürriyeti bakımından hukuk düzeninin sağladığı eşitlik, idarenin korkutmaya dayalı işlem yapmasını yasaklar niteliktedir. Gabinin uygulanabilirliğinde bahsettiğimiz gibi yasak fiil ve davranışların iradeyi sakatlayan nitelikte olması ve kanun maddesinde irade sakatlıklarından ikrahi yer verilmemesi TBK kapsamında ikrahi hükümlerinin uygulanabilirliği konusunu gündeme getirir. KİSK 36. maddesi "(b)u Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır." şeklinde düzenlenmiş olup kanunda hüküm bulunmayan hallerde TBK hükümleri uygulanacağından bahisle, Kamu İhale Sözleşmeleri bakımından ikrahi hükümlerinin de uygulanabileceği kanaatindeyiz.

**2. Kamu Özel İş Birliği Modeli ve Finansman Sözleşmeleri Bakımından İkrahi**

Kamu Özel İş Birliği Modeli, alt yapı ve üst yapıya yönelik yapılacak inşaa etme, taşıma,

## FOOTNOTE

<sup>22</sup> Antalya, p. 250.

## DİPNOT

<sup>22</sup> Antalya, s. 250.

## PART 13

concluded between the administration and individuals at the point of building, transportation, development activity investments for infrastructure and superstructure. There is no framework regulation in Turkish Law regarding Public Private Cooperation Model. The point to be considered here is the need to examine the legal rules that the contract signed with the administration is subject to in order to realize Public Private Cooperation. The administration signs contracts with individuals to finance projects on various issues. Contracts, as we mentioned in other parts of our article, contain rules that the parties are obliged to abide by. There are acts that the parties to the contract are obliged to perform. Disagreements between the parties at the performance of the acts result in the court examining the relevant contracts according to the general law rules. By means of the importance of the declaration of will for the establishment and survival of a contract, the pressure established by the administration on the other side based on public power is not accepted by the legal order. We are of the opinion that the payment of the progress payment paid to the contractor in certain periods in return for the work done in terms of the project, for which the contract of the administration has been signed and started to be implemented, should consider the threat to reduce or delay the amount it is obliged to perform with the change of contract. Because the contractor needs to create resources for him to perform the work under the contract and the progress payments paid by the administration are the biggest factor of the resource to be created. For this reason, if the administration maliciously avoided the progress payment, putting the contractor at the risk of default on the contract, it will bring the applicability of the catering institution organized under the Law No.6098. Ultimately, our opinion will be evaluated within the scope of the duress and the results of the duress institution will result from the public power that the administration has and the powers that accompany it, in the performance of the merit values it is obliged to perform against the contractor who signed the contract with it.

## IV. CONCLUSION

As a result of the complexity of the relations between people and the development of science and technology, the importance of contract law has increased. The purpose of the contracts is to match the declarations of mutual will and the duty of the legal order is to protect the balance between the parties.

geliştirme faaliyet yatırımlarının gerçekleştirilmesi noktasında idare ile kişiler arasında akdedilen çeşitli sözleşme tiplerini de içine alan bir modeldir. Kamu Özel İşbirliği Modeline ilişkin Türk Hukuku'nda çerçeve düzenleme yapılmamıştır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, Kamu Özel İşbirliği'nin gerçekleştirilmesi için idare ile imzalanan sözleşmenin tabi olduğu hukuk kurallarının inceleme konusu yapılması gerekliliğidir. İdare, çeşitli konularda projelerin finansmanını sağlamak için kişiler ile sözleşme imzalar. Sözleşmeler makalemizin diğer bölümlerinde de bahsettiğimiz gibi kendi içinde tarafların uymakla yükümlü olduğu kurallar içerir. Sözleşme taraflarının ifa etmekte yükümlü olduğu edimleri mevcuttur. Edimlerin ifa noktasında taraflar arasında meydana gelen uyuşmazlıklar mahkemenin ilgili sözleşmeleri genel hukuk kurallarına göre incelemesi sonucunu doğurur. Bir sözleşmenin kurulması ve ayakta kalabilmesi için irade beyanının önemi sayesinde, idarenin kamu gücüne dayanarak diğer taraf üzerinde kurduğu baskı hukuk düzeni tarafından kabul edilmez niteliktedir. İdarenin sözleşmesi imzalanan ve uygulamaya başlanan proje bakımından yapılan iş karşılığında belirli periyotlarda yükleniciye ödenen hak ediş tutarının ödenmesi konusunda, sözleşme değişikliği ile ifa etmekte yükümlü olduğu miktarı indirme yahut geciktirme tehdidinin ikrah olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü, yüklenicinin sözleşme kapsamındaki işin ifasını gerçekleştirebilmesi için kendisine kaynak yaratması gerekmekte olup idare tarafından ödenen hak ediş değerleri, oluşturulacak kaynağın en büyük etkenidir. Bu sebeple, idarenin hak ediş ödemesinden kötü niyetle imtina ederek yükleniciyi sözleşme tahtında temerrüt riskine sokması TBK kapsamında düzenlenen ikrah kurumunun uygulanabilirliğini gündeme getirecektir. Nihayetinde kanaatimiz, idarenin sahip olduğu kamu gücüne ve ona eşlik eden yetkileri ön planda tutarak, kendisiyle sözleşme imzalayan yükleniciye karşı ifa etmekte yükümlü olduğu hak ediş değerlerinin ifasında sorun çıkarması ikrah kapsamında değerlendirilecek ve ikrah kurumunun sonuçları meydana gelecektir.

## IV. SONUÇ

Bilim ve teknolojinin gelişmesi ile kişiler arasındaki ilişkilerin karmaşık bir hal alması sonucunda sözleşmeler hukukunun ehemmiyeti artmıştır. Sözleşmelerde amaç, karşılıklı irade beyanlarının uyumu olup hukuk düzenine düşen görev, taraflar arasındaki denge unsurunu korumaktır. İkrah, irade

Duress is considered as one of the declaration of will injuries. The legal defect here occurs in the formation of the will. It should be noted that in this case there is harmony between the statement of the frightened and his will; however, the formation of the will was injured by threat or coercion. It should be noted that the person who is subjected to the act of intimidation with the occurrence of the elements that constitute the confession and who is the contracting party with the feeling of fear is not bound by the contract concluded. The right of the person who is frightened by the right of cancellation and the right to compensation of the damage caused by the confinement is eliminated.

It is very important to protect the balance between the parties by the existing legal order in contracts with high financing prices such as project contracts, public procurement contracts, and public private cooperation contracts. In terms of lesion, the judge will make an assessment primarily in terms of the nature of the contract; followed by a clear disproportionality review between actions, which is the objective element, based on the regulation of the lesion in the Law No.6098, followed by the presence of a subordinate side of being stricken, inexperienced and inconsiderate, and the caste of the other side. Thus, it will be aimed that the legal order will provide the balance between the parties.

beyanı sakatlıklarından biri olarak değerlendirilir. Buradaki hukuki bozukluk, iradenin oluşumunda meydana gelir. Dikkat edilmesi gerekir ki, bu durumda korkutulanın beyanı ile iradesi arasında uyum vardır; ancak, iradenin oluşumu tehdit yahut zorlama yüzünden sakatlanmıştır. İkrah oluşturan unsurların meydana gelmesi ile korkutma eylemine maruz kalan ve korkma duygusuyla sözleşme tarafı olan kişinin, akdedilen sözleşme ile bağlı olmadığını belirtmek gerekir. İkrah sonucunda iptal hakkı ve oluşan zararın tazmini hakları ile korkutulan kişinin hak kaybı giderilmiş olur.

Proje sözleşmeleri, kamu ihale sözleşmeleri, kamu özel işbirliği sözleşmeleri gibi yüksek finansman bedelli sözleşmelerde taraflar arasındaki denge unsurunun mevcut hukuk düzeni tarafından korunması son derece önem arz etmektedir. Aşırı yararlanma bakımından somut uyuşmazlıkta hakim öncelikle sözleşmenin niteliği açısından bir değerlendirme yapacak; ardından, gabinin Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemesine istinaden objektif unsur olan edimler arasındaki açık orantısızlık incelemesi, ardından sübjektif unsur olan bir tarafın darda kalma, deneyimsizlik ve düşüncesizlik hallerinin varlığı ve diğer tarafın istismar kastını arayacaktır. Böylelikle hukuk düzeninin taraflar arasındaki denge unsurunu sağlaması amaçlanacaktır.

## BIBLIOGRAPHY

- M. KEMAL OĞUZMAN / TURGUT ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, V. 2, Vedat, İstanbul 2017.
- FİKRET EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara 2014.
- SELAHATTİN SULHİ TEKİNAY / SERMET AKMAN / HALUK BURCUOĞLU / ATILLA ALTOP, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7th Ed. Filiz, İstanbul 1993.
- NECİP KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, V. I, Filiz, İstanbul 2014.
- GÖKHAN ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, İstanbul 2019.
- ERARSLAN ÖZKAYA, Yanılma Aldatma Korkutma Davaları, Seçkin, İstanbul 2019.
- HALİD KEMAL ELBİR, Türk Pozitif Hukukunda Gabin, İstanbul 1957
- HATİCE TOLUNAY OZANEMRE, Gabinin Şartları p. 215

## KAYNAKÇA

- M. KEMAL OĞUZMAN / TURGUT ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, Vedat, İstanbul 2017.
- FİKRET EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara 2014.
- SELAHATTİN SULHİ TEKİNAY / SERMET AKMAN / HALUK BURCUOĞLU / ATILLA ALTOP, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz, İstanbul 1993.
- NECİP KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Filiz, İstanbul 2014.
- GÖKHAN ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, İstanbul 2019.
- ERARSLAN ÖZKAYA, Yanılma Aldatma Korkutma Davaları, Seçkin, İstanbul 2019.
- HALİD KEMAL ELBİR, Türk Pozitif Hukukunda Gabin, İstanbul 1957
- HATİCE TOLUNAY OZANEMRE, Gabinin Şartları s. 215



## EVALUATION OF CONVERTIBLE BONDS

### PAYA DÖNÜŞTÜRÜLEBİLİR TAHVİLLERİN İHRACINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

EVİM PEYNİRCİOĞLU  
YEŞİM ÖZBAŞ  
MEHMET NUMAN ÖZDEMİR

#### ABSTRACT

Convertible bonds, which are security and pecuniary claim bonds, can be defined as debt securities issued by joint stock companies to borrow money in order to meet their funding needs. They have a maturity of at least one year. In the issuance phase, the issuing institution, investors, and authorized institution parties play a role. In order for the issuance process of convertible bonds to take place, the issuer must provide a resolution for the general assembly or the board of directors, prepare the issuance document and submit it to the Capital Markets Board for approval, and then notify the Central Registry Agency. After these steps, the convertible bonds can be sold on announcement of the issuance document. After the convertible bonds have been sold, the owners of the bonds will have the right to convert their bonds into shares and become shareholders of the issuing company, or they may simply take their principal and interest.



#### KEYWORDS

BOND, SHAREHOLDER,  
CAPITAL MARKETS

#### ÖZET

Genel olarak "Anonim şirketlerin fon ihtiyacını karşılamak adına ödünç para bulmak için çıkardıkları en az bir yıl vadeli borç senetleri" olarak tanımlanması mümkün olan paya dönüştürülebilir tahviller; menkul kıymet, para alacağı senedi hukuki niteliklerini haizdir. İhraç aşamasında ise ihraççı kuruluş, yatırımcılar ve yetkili kuruluş tarafları rol oynamaktadır. Paya dönüştürülebilir tahvillerin ihraç sürecinin gerçekleşmesi için ihraççı şirketin ihraç için genel kurul veya yönetim kurulu kararı alması, ihraç belgesinin hazırlanması ve akabinde Sermaye Piyasası Kurulu'nun onayına sunması, Sermaye Piyasası Kurulu onayından sonra Merkezi Kayıt Kuruluşu'na bildirim yapılması gerekir. Bu işlemlerin ardından ise ihraç belgesinin ilan edilmesiyle paya dönüştürülebilir tahvillerin satışı gerçekleştirilmektedir. Bu aşamadan sonra paya dönüştürülebilir tahvil sahiplerinin dönüştürme haklarını kullanarak ihraççı şirkette pay sahibi olma hakları olduğu gibi ana paralarını ve faizlerini alarak bu haklarını kullanmamaları da mümkündür.



#### ANAHTAR KELİMELER

TAHVİL, PAY SAHİBİ,  
SERMAYE PİYASASI

## PART 14

This article evaluates the legal nature of CBs, something currently unfamiliar in Turkey, the decision-making processes for issuance, the application and issuance process, use of the right of conversion, and the advantages and disadvantages CBs.

Makalemizin devamında özellikle ülkemizde çok yakından tanınmayan PDT'lerin hukuki niteliğine, ihraç edilebilmeleri için gerçekleştirilmesi gereken karar alma süreçlerine, başvuru ve ihraç sürecine, dönüştürme hakkının kullanımına, yarar ve zararlarına yer verilecektir.

## I. INTRODUCTION

After many years of discussion in the doctrine, convertible bonds ("CB") have become important with the regulation in the Turkish Commercial Code<sup>1</sup> numbered 6102 ("TCC"). CBs are especially important for companies in the early stages of formation. Because these companies are just starting out, investors are likely to be unsure about the future course of the company. Since conversion occurs at a later date, CBs clarify how many shares an investor will have in the company according to their valuation on the conversion date. This article evaluates the legal nature of CBs, something currently unfamiliar in Turkey, the decision-making processes for issuance, the application and issuance process, use of the right of conversion, and the advantages and disadvantages CBs.

II. CONVERTIBLE BONDS  
IN GENERAL

## A. Definition and Legal Nature

A bond is defined in the Communiqué on Debt Securities (VII-128.8)<sup>2</sup> ("Communiqué") as "the debt instrument issued and sold by issuers in the capacity of obligor in accordance with the provisions of this Communiqué, and which contains the under-

## I. GİRİŞ

Paya dönüştürülebilir tahvil ("PDT"), uzun yıllar doktrinde tartışılmasının ardından 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda<sup>1</sup> ("TTK") yer alan düzenleme ile düzenleme öncesi döneme nazaran nispeten önem kazanmıştır. PDT'ler özellikle kuruluşlarının ilk zamanlarında olan şirketler için son derece önemlidir. Bu şirketler, kuruluşlarının ilk aşamalarında olmaları sebebiyle, yatırımcılarda şirketin gidişatı için tereddüt olmaktadır. PDT'lerde ise dönüştürme tarihi daha ileri bir tarih olması sebebiyle, dönüştürme günündeki değerlemeye göre yatırımcının kaç adet pay ile şirkette pay sahibi olacağı açıklığa kavuşturulmaktadır. Makalemizin devamında PDT'lerin hukuki niteliğine, ihraç edilebilmeleri için gerçekleştirilmesi gereken karar alma süreçlerine, başvuru ve ihraç sürecine, dönüştürme hakkının kullanımına, yarar ve zararlarına yer verilecektir.

II. GENEL OLARAK PAYA  
DÖNÜŞTÜRÜLEBİLİR  
TAHVİLLER

## A. Tanım ve Hukuki Nitelik

Tahvil VII-128.8 sayılı Borçlanma Araçları Tebliği'nin<sup>2</sup> ("Tebliğ") 3/1-(m) maddesinde "İhraççıların bu Tebliğ hükümlerine göre



taking that its nominal value will be repaid to the investor on or until maturity date, by instalments, and maturity period of which is 365 days or longer". Considering this definition and the definition in the Former Commercial Code, CBs can be defined as "debt securities issued by joint stock companies to borrow money in order to meet their funding needs with a maturity of at least one year".

CBs can be qualified as securities since they are (a) counted as fungible goods (b) used as investment tools and (c) provide periodic income, all of which define securities.<sup>3</sup> It is a debatable issue whether CBs are negotiable instruments or not. However, pursuant to TCC Article 645, a negotiable instrument is defined as "any instrument to which a right attaches in such a manner that it may not be exercised or transferred to another without the instrument". According to this definition, it is not possible to define CBs as negotiable documents. Another legal characteristic of CBs is that they are pecuniary claim bonds. CBs offer the holder the right to acquire shares. A CB holder can exercise this conversion right at the conversion date or receive a fixed-ratio interest.<sup>4</sup>

Furthermore, since CBs are issued in order to provide funding for joint stock compa-

ny, borçlu sıfatıyla düzenleyip sattığı ve nominal değerinin vade tarihinde veya vade tarihine kadar taksitler halinde, yatırımcıya geri ödemesi taahhüdünü içeren, vadesi 365 gün veya daha uzun olan borçlanma aracı" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım ve Mülga Ticaret Kanunu'nda yer alan tanımlamayı dikkate alarak PDT'lerin "anonim şirketlerin fon ihtiyacını karşılamak adına ödünç para bulmak için çıkarılan en az bir yıl vadeli borç senetleri" olarak tanımlamak mümkündür.

PDT'ler menkul kıymet kavramının tanımlanmasında yer alan (a) misli eşya niteliğinde olma, (b) yatırım aracı olarak kullanılma ve (c) dönemsel ürün verme unsurlarını sağladığından menkul kıymet olarak nitelendirilebileceklerdir.<sup>3</sup> PDT'lerin kıymetli evrak olup olmadığı ise tartışmaya açık bir husustur. Bilindiği üzere TTK madde 645'te kıymetli evrak "kıymetli evrak öyle senetlerdir ki, bunların içerdikleri hak, senetten ayrı olarak ileri sürülmediği gibi başkalarında da devredilemez" şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla senede bağlanmamış PDT'lerin kıymetli evrak olarak tanımlanması mümkün değildir. PDT'lerin bir diğer hukuki niteliği ise para alacağı senetleri olmalarıdır. PDT'ler pay senetlerin iktisabına yönelik beklenen hak sunmaktadır. PDT sahibi dönüştürme tarihinde dönüştürme hakkını kullanabilir veya oranı belirlenmiş bir faiz alacağına sahip olabilir.<sup>4</sup>

## FOOTNOTE

<sup>1</sup> Official Gazette dated 14/2/2011, numbered 27846 (OG).

<sup>2</sup> Amended by OG dated 07.6.2013, numbered 28670 and OG dated 18.02.2017, numbered 29983 "Communiqué on Amending the Communiqué on Debt Securities (II-31.1)" and OG dated 08.03.2017, numbered 30001 "Communiqué on Amending (VII-128.7c) the Communiqué on Debt Securities (VII-128.7)" and OG dated 13/6/2020, numbered 31154 "Communiqué on Amending (VII-128.8.a) the Communiqué on Debt Securities (VII-128.8).

<sup>3</sup> Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku II, 13. Basım, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2017, p. 102.

<sup>4</sup> Nihan Zeynep Aksan, "Paya Dönüştürülebilir Tahviller", İstanbul Bilgi Üniversitesi 2018, p.19

## DİPNOT

<sup>1</sup> 14/2/2011 tarih, 27846 sayılı Resmi Gazete (RG).

<sup>2</sup> 07.6.2013 tarih, 28670 sayılı RG ve 18.02.2017 tarih, 29983 sayılı RG "Borçlanma Araçları Tebliği (II-31.1)'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ" ve 08.03.2017 tarih, 30001 sayılı RG "Borçlanma Araçları Tebliği (VII-128.7)'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (VII-128.7c)" 13/6/2020 tarih, 31154 sayılı RG "Borçlanma Araçları Tebliği (VII-128.8)'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (VII-128.8.a)" ile değişik.

<sup>3</sup> Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku II, 13. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 102.

<sup>4</sup> Nihan Zeynep Aksan, "Paya Dönüştürülebilir Tahviller", İstanbul Bilgi Üniversitesi 2018, s.19



## PART 14

nies, the bonds can only be issued for pecuniary claims and rights.<sup>5</sup> The legal relationship between issuer and CB holder can be evaluated as that of a mixed contract since it has elements of both loan and sales agreement and mixed contracts are those created by merging the elements of two or more contracts into one in a way not foreseen in the law.<sup>6</sup>

## B. Parties to Convertible Bonds

The issuing institution, investors, and an authorized institution are parties to the issuance of a CB. Kılıç defines the issuer as "... sectors with a fund deficit who obtain resources from a segment with excess funds by issuing capital market instruments and converting them into investments".<sup>7</sup> Issuing institutions are defined in the Communiqué as "legal entities who issue debt securities, or who file an application to the Board for issuance, or whose debt securities are offered to the public". It is possible to say that the issuance of convertible bonds is a right granted only to joint stock companies, since it is stated in the TCC's definition of CBs and the Communiqué that the said debt instruments are issued by the "issuer corporation".<sup>8</sup>

Another feature of CBs is that it is possible to sell them without making a public offering. The term "issue", in this context, is defined in the Communiqué and former communiqué numbered II-31.1 as "the issue of debt securities by issuers and the sale of them through

Bunların yanında, PDT'lerin ihraç amacı anonim ortaklıkların fon sağlama ihtiyacının borç senedi ihraç ederek karşılanması olduğundan, yalnızca para hak ve alacakları için tahvil düzenlenebilir.<sup>5</sup> İhraççı ve PDT sahipleri arasındaki hukuki ilişki değerlendirildiğinde, taraflar arasındaki bu ilişkinin hem tüketim ödünçü hem de satış sözleşmesinin unsurlarının yer alması sebebiyle karma sözleşme olduğunu söylemek mümkündür. Zira karma sözleşmeler, birden fazla sözleşmede varlığı belirtilen unsurların, kanunda öngörülmemiş biçimde bir araya getirilmesiyle meydana getirilen sözleşmelerdir.<sup>6</sup>

## B. PDT'lerin Tarafları

PDT ihracının taraflarını ihraççı kuruluş, yatırımcılar, yetkili kuruluş olarak saymak mümkündür. Kılıç ihraççı kuruluşu "... sermaye piyasası araçları ihraç ederek fon fazlası olan kesimden kaynak temin eden ve bunları yatırımlara dönüştüren fon açığı olan kesimler"<sup>7</sup> olarak tanımlamaktadır. İhraççı Kuruluş Tebliği'nde, "borçlanma araçlarını ihraç eden, ihraç etmek üzere Kurula başvuruda bulunan veya borçlanma araçları halka arz edilen tüzel kişiler" olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlamadan, TTK'dan ve Tebliği'nin PDT tanımlamasında söz konusu borçlanma araçlarının "ihraççı ortaklık" tarafından ihraç edileceğinin yer alması hasebiyle, tahvil ihracının yalnızca anonim ortaklıklara tanınmış bir hak olduğunu söylemek mümkündür.<sup>8</sup>

Diğer bir husus olarak, PDT'lerin halka arz edilerek satılmasının zorunlu olmamasına değinmekte fayda vardır. Bu minvalde, Tebliği ve mülga II-31.1 sayılı tebliğlerde ihraç kavramı "borçlanma araçlarının ihraççı tarafından çıkarılıp, halka arz edilerek veya halka arz edilmeksizin tahsisli satışı" olarak tanımlanmıştır.

or without public offering". Therefore, we can conclude that CBs can be sold with or without a public offering, and the issuance of CBs can be made by both publicly-held joint stock companies and non-public companies.<sup>9</sup>

Karababa defines investors as "persons, institutions, and businesses that invest their savings in capital market instruments offered by various institutions and corporations, who need funding in order to generate more income".<sup>10</sup> An authorized institution is defined in Article 3 of the Communiqué as "investment institutions authorized by the Board for rendering investment services and activities set forth in this Communiqué in accordance with Article 37 of the Law". Among the services and activities of the authorized institution are collecting requests for conversions to be realized before maturity or, based on a corporation request preparing a CB conversion rate report, and being the addressee of the notifications to be made by the CB holder.

## III. THE ISSUANCE DECISION-MAKING PROCESS

## A. General Assembly Resolution

Pursuant to Article 504 of the TCC, a general assembly resolution is necessary for the issuance of securities. Due to the reference of Article 504 to Article 421 of the TCC, a general assembly resolution can only be made upon the affirmative vote of shareholders whose shares make up seventy five percent (75%) of the capital. However, a special provision regarding the issuance of bonds in the articles of association of the joint stock company is not necessary in order to pass the said resolution.<sup>11</sup>

## B. Board of Directors' Decision

Pursuant to Article 505 of the TCC, the authority of the general assembly to issue securities and to determine the conditions of the securities to be issued may be granted to the board of directors up to fifteen months. Likewise, pursuant to Article 31 of the Capital Market Law<sup>12</sup> ("CML"), the authority to issue capital market instruments can be granted to the board of directors with or without a time limit. Since the provision in CML refers to capital market instruments that are debt instruments, the provision only applies to capital market instruments within the scope of the CML. For CBs, the Communiqué referred to Article 505 of the

Dolayısıyla, PDT'lerin halka arz edilerek veya edilmeksizin satılabileceği sonucuna ulaşmakta olup, aynı zamanda PDT ihracının hem halka açık anonim ortaklıklar hem de halka açık olmayan ortaklıklar tarafından yapılabileceği neticesine ulaşılmaktadır.<sup>9</sup>

Karababa, yatırımcıları "daha fazla gelir elde etmek amacıyla, fon ihtiyacı içinde olan çeşitli kurum ve ortaklıklar tarafından sunulan sermaye piyasası araçlarına tasarruf ve birikimlerini yatıran kişi, kurum ve işletmeler" olarak tanımlamıştır.<sup>10</sup> Yetkili kuruluş ise Tebliği'nin 3. maddesinde, "Kurulca Kanununun 37'nci maddesi uyarınca bu Tebliği'de sayılan yatırım hizmetleri ve faaliyetlerini gerçekleştirmek üzere yetkilendirilmiş yatırım kuruluşlarını" olarak tanımlanmıştır. Yetkili kuruluşun hizmet ve faaliyetleri arasında vade tarihinden önce gerçekleştirilecek veya ortaklık talebine bağlı dönüştürmeler için talep toplama, PDT dönüştürme oranı raporu hazırlama, PDT sahibinin yapacağı bildirimlere muhattap kuruluş olmak sayılabilir.

## III. İHRACA İLİŞKİN KARAR ALMA SÜRECİ

## A. Genel Kurul Kararı

TTK'nın 504. maddesine göre menkul kıymetlerin ihraç edilebilmesi için genel kurul kararı gereklidir. 504. maddenin TTK'nın 421. maddesine yapmış olduğu atıf sebebiyle genel kurul bu kararı ancak sermayenin yüzde yetmiş beşini oluşturan pay sahiplerinin olumlu oyu ile alabilecektir. Söz konusu karar için anonim şirketin esas sözleşmesinde tahvil ihracına ilişkin özel bir hüküm bulunması da gerekmemektedir.<sup>11</sup>

## B. Yönetim Kurulu Kararı

TTK'nın 505. maddesine göre genel kurulun menkul kıymet çıkartma yetkisi ve bu ihraç edilecek menkul kıymetin şartlarını saptamak yetkisi en çok on beş ay için yönetim kuruluna bırakılabilir. Bu düzenleme ile benzer olarak, Sermaye Piyasası Kanunu'nun<sup>12</sup> "SerPK" 31. maddesine göre esas sözleşme ile sermaye piyasası aracı ihraç yetkisi yönetim kuruluna süreye bağlı olarak veya süresiz bir şekilde devredilebilir. SerPK'daki düzenlemede borçlanma aracı niteliğindeki sermaye piyasası araçlarına atıf yapılması sebebiyle, SerPK'daki düzenleme yalnızca SerPK kapsamındaki sermaye piyasası araçlarına uygulanır. PDT'ler için ise Tebliği

## FOOTNOTE

5 Oğuz Kürşat Ünal, SPK ve TK'nda Tahviller, Gazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol. VII, issue. 1-2, 2003, p. 3

6 Aydın Zevkliler, K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, 12. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2013, p. 16-17.

7 Saim Kılıç, "Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması: Güvence Fonları", Sermaye Piyasası Kurulu, Yayın No: 95, 1997, p. 7.

8 Aksan, p. 10-11.

9 Aksan, p.12

10 Serdar Karababa, Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması, Seçkin, Ankara 2001, p. 40.

11 Tekinalp /Poroy /Çamoğlu, Ortaklıklar II, p. 187.

12 OG dated 30/12/2012, numbered 28513.

## DİPNOT

5 Oğuz Kürşat Ünal, SPK ve TK'nda Tahviller, Gazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, c. VII, S. 1-2, 2003, s. 3

6 Aydın ZEVKLİLER, K. Emre GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 12. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2013, s. 16-17.

7 Yatırımcının Korunması: Güvence Fonları, Sermaye Piyasası Kurulu, Yayın No: 95, 1997, s. 7.

8 Aksan, s. 10-11.

9 Aksan, s.12

10 Serdar Karababa, Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması, Seçkin, Ankara 2001, s. 40.

11 Tekinalp /Poroy /Çamoğlu, Ortaklıklar, II, s. 187.

12 30/12/2012 tarihli, 28513 sayılı RG.

## PART 14

TCC. Therefore, this authorization can only be made for fifteen months with the general assembly resolution in terms of CBs. However, it is possible to authorize the board of directors without a time limit by stating it in the articles of association on the basis of Article 31/3 of the CML.<sup>13</sup>

Considering whether it is necessary to register and announce the decisions, since there is no provision regarding the registration requirements in the legislation, regardless of whether the decision to issue the bond was taken by the general assembly, the board of directors authorized by the general assembly, or the board of directors authorized by the articles of association, registration and announcement of the decision is not obligatory.<sup>14</sup>

#### IV. APPLICATION AND ISSUANCE PROCESS

Regardless of whether the issuance is made with or without a public offering, it must be submitted to the Capital Markets Board ("CMB") for approval accompanied by an issuance document or a prospectus. The registration and monitoring of debt instruments within the scope of the Central Registry Agency ("CRA") is regulated in Article 8 of the Communiqué.

##### A. Prospectus

Pursuant to Article 4 of the Communiqué numbered II-5.1, a prospectus is defined as "a public disclosure document containing all information required for a conscious assessment and choice of investors, with respect to the issuer's or, if any, the guarantor's financial situation and performance, prospects and activities, and characteristics of and rights and risks associated to capital market instruments to be issued or admitted to trading on the exchange".

The data in the prospectus enables investors to foresee the investment risks.<sup>15</sup> In the document in question, it is necessary to provide information about the company's financial status, assets, financial statements, future investment plans, and similar issues. The document should also include the conditions of the sale to be made and the shares subject to sale.<sup>16</sup> It is important that the prospectus include the minimum information that may affect an investment decision, and such information should be insightful. If there is any change in the information in the prospectus that will af-

fect an investor's decision, this situation must be notified to the CMB by the issuer. It must be announced on the issuer's website and on the Public Disclosure Platform ("PDP") if they are a member within fifteen business days following the Board's approval of the prospectus. Once the prospectus is approved, it must be registered with the relevant trade registry and announced in the Trade Registry Gazette.

TTK'nın 505. maddesine atıf yapmıştır. Dolayısıyla PDT'ler bakımından genel kurulun alacağı karar ile ancak on beş ay için bu yetkilendirme yapılabilecektir. Bununla birlikte SerPK'nın 31/3 maddesine dayanılması suretiyle esas sözleşmede belirtilerek süresiz olarak yönetim kurulunun yetkilendirilmesi mümkündür.<sup>13</sup>

#### IV. BAŞVURU VE İHRAÇ SÜRECİ

İhracın halka arz edilerek veya edilmeksizin yapılmasına izahname ile veya ihraç belgesi hazırlanarak Sermaye Piyasası Kurulu'nun ("SPK") onayına sunulması gerekmektedir. Ayrıca Tebliğ'in 8. maddesinde borçlanma araçlarının Merkezi Kayıt Kuruluşu ("MKK") kapsamında kaydı ve izlenmesi düzenlenmiştir.

##### A. İzahname

II-5.1 sayılı tebliğin 4. maddesinde izahname "ihraççının ve varsa garantörün finansal durum ve performansı ile geleceğe yönelik beklentilerine, faaliyetlerine, ihraç edilecek veya borsada işlem görecektir sermaye piyasası araçlarının özelliklerine ve bunlara bağlı hak ve risklere ilişkin olarak yatırımcıların bilinçli bir değerlendirme yapmasını sağlayacak nitelikteki tüm bilgileri içeren kamuyu aydınlatma belgesi" olarak tanımlanmıştır.

İzahnamede yer alan bilgiler sayesinde yatırımcılar yatırım riskini hesaplayabilecektir.<sup>15</sup> Söz konusu belgede şirketin mali durumuna, malvarlıklarına, finansal tablolarına, geleceğe dönük yatırım planlarına ve benzer konulara ilişkin bilgilendirme yapılması gerekmektedir. Bunların yanında, yapılacak satışın şartlarına ve satışa konu paylara ilişkin de bilgilendirme yapılması gerekmektedir.<sup>16</sup> Sonuç olarak izahnamede yatırım kararına etki edebilecek asgari bilgilere yer verilmesi ve söz konusu bilgilerin aydınlatıcı nitelikte olması gerekmektedir. Ek olarak izahnamede yer alan bilgilerde yatırımcının kararını etkileyecek nitelikte

değişiklik olması halinde bu durumun ihraççı tarafından SPK'ya bildirilmesi gerekmektedir. Kurul tarafından izahnamenin onaylanmasını takip eden on beş iş günü içerisinde ihraççının internet sitesinde ve eğer üyelikleri varsa Kamuyu Aydınlatma Platformu'nda ("KAP") ilan edilmesi gerekir. İzahnamenin onaylanmasının ardından ilgili ticaret siciline tescil ve Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilan edilmesi gerekir.

##### B. Issuance Document

Where CBs are issued without a public offering, the issuance document must be prepared by the issuer and submitted to the CMB for approval. Pursuant to Communiqué numbered II-5.1, an issuance document is defined as "a document containing information about the description and sales condition of capital market instruments to be issued in the case of issuance of capital market instruments without a public offering, or in the case of issues abroad, or in the case of issuance of all types of

değişiklik olması halinde bu durumun ihraççı tarafından SPK'ya bildirilmesi gerekmektedir. Kurul tarafından izahnamenin onaylanmasını takip eden on beş iş günü içerisinde ihraççının internet sitesinde ve eğer üyelikleri varsa Kamuyu Aydınlatma Platformu'nda ("KAP") ilan edilmesi gerekir. İzahnamenin onaylanmasının ardından ilgili ticaret siciline tescil ve Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilan edilmesi gerekir.

##### B. İhraç Belgesi

PDT'lerin halka arz edilmeksizin ihraç edilmesi durumunda, ihraç belgesinin ihraççı tarafından hazırlanarak SPK'nın onayına sunulması gerekmektedir. İhraç belgesi II-5.1 sayılı tebliğde, Sermaye piyasası araçlarının halka arz edilmeksizin ihraç edilmesinde, yurt dışında gerçekleştirilecek ihraçlarda veya bu Tebliğ hükümleri çerçevesinde duyuru metni hazırlanan sermaye piyasası aracı ihraçları hariç olmak üzere ihraççıların izahname hazırlanmaksızın ger-

As in the prospectus, the issuance document should contain general information on the qualifications and sales principles of the capital instruments to be issued.

İhraç belgesi ve tertip ihraç belgesi de izahnamenin SPK onayına sunulmasına ilişkin şartlara bağlı olarak SPK onayına sunulur.

capital market instruments by issuers without a prospectus, except for the issuance of capital market instruments with an announcement text prepared within the context of provisions of this Communiqué".

The issuance document and a tenorissue document are also submitted to the CMB for approval. Communiqué numbered II-5.1 defines a "tenorissue" document as "a document containing information about characteristics and sales conditions of capital market instruments with respect to their portion offered for sale at different times under an issue document approved by the Board". As in the prospectus, the issuance document should contain general information on the qualifications and sales principles of the capital instruments to be issued.

çekleştireceği her türlü sermaye piyasası aracı ihracında, çıkarılacak sermaye piyasası araçlarının niteliği ve satış şartları hakkındaki bilgileri içeren belge" olarak tanımlanmıştır.

Tertip ihraç belgesi II-5.1 sayılı tebliğde, "Kurulca onaylanmış ihraç belgesi kapsamında sermaye piyasası araçlarının farklı zamanlarda satışa sunulan kısmına ilişkin olarak, bunların niteliği ve satış şartları hakkındaki bilgileri içeren belge" olarak tanımlanmıştır. İhraç belgesinin de izahnamede olduğu gibi çıkarılacak sermaye araçlarının niteliklerine ve satış esaslarına dair genel bilgileri içermesi gerekir. İhraç belgesi ve tertip ihraç belgesi de izahnamenin SPK onayına sunulmasına ilişkin şartlara bağlı olarak SPK onayına sunulur.

#### FOOTNOTE

<sup>13</sup> Tekinalp /Poroy /Çamoğlu, Ortaklıklar II, p. 189.

<sup>14</sup> Tekinalp /Poroy /Çamoğlu, Ortaklıklar II, p.729.

<sup>15</sup> Mustafa İhtiyar, Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi, Beta, İstanbul, 2006, p. 121.

<sup>16</sup> Gökçen Turan, Türk Hukukunda İzahnameden Doğan Hukuki Sorumluluğun Esasları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol.XX, 2016, issue. 1, p. 193.

#### DİPNOT

<sup>13</sup> Tekinalp /Poroy /Çamoğlu, Ortaklıklar II, s. 189.

<sup>14</sup> Tekinalp /Poroy /Çamoğlu, Ortaklıklar II, s.729.

<sup>15</sup> Mustafa İhtiyar, Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi, Beta, İstanbul, 2006, s. 121.

<sup>16</sup> Gökçen Turan, Türk Hukukunda İzahnameden Doğan Hukuki Sorumluluğun Esasları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XX, 2016, S. 1, s. 193.



## PART 14

## V. RESTRICTIONS TO THE ISSUANCE PROCESS

Article 506 of the TCC states that the total amount of debt instruments cannot exceed the sum of capital and reserve funds on the balance sheet, thereby capping the issue limit. In the following statement in the Article, capital market regulations are reserved. There are two different market regulations. Pursuant to Article 31 of the CML, the total amount of debt instruments that issuers can issue cannot exceed the limit set by the CMB. The CMB has the authority to set different limits with respect to the qualification of the issuers. Article 9 of the Communiqué restricts the authority of the CMB and sets forth the provision that the issue limit cannot exceed five times the amount of equity for publicly held companies and three times the amount of equity for non-public companies.

## VI. CONVERTIBLE BONDS SALES PROCESS

After completing the steps explained above, CBs can be sold with or without a public offering. The costs of the debt instruments to be issued must be paid in full and in cash. Within the scope of the Communiqué number II-5.2, a sales made by public offering may occur by gathering requests, without gathering requests, or on the stock exchange. The sales to be made without a public offering can be made on a designation basis or in the form of sales to qualified investors. For both sales methods, the CB sales can be made on the first business day following the day that the issuance document is announced. A qualified investor is defined in the Communiqué number II-5.2 as "persons defined in the regulations of the Board pertaining to sales of capital market instruments". In this sales method, qualified investors who do not have CRA registration must sign a statement whose content is determined by the CMB. Unlike a sale made to a qualified investor, in designated sales CBs are sold to investors who do not possess a special qualification. Investors also need to sign a statement document in designated sales.<sup>17</sup>

## V. İHRAÇ SÜRECİNE İLİŞKİN SINIRLAMALAR

TTK'nın 506. maddesinde ihraç limitine bir sınırlama getirilerek, borçlanma araçlarının toplam tutarının, sermaye ile bilançoda yer alan yedek akçelerinin toplamını aşamayacağını düzenlemiştir. Söz konusu maddenin devamında ise sermaye piyasası mevzuatı saklı tutulmuştur. Sermaye piyasası mevzuatı incelendiğinde iki farklı düzenlemenin yer aldığı görülmektedir. SerPK'nın 31. maddesine göre, ihraççıların ihraç edebilecekleri borçlanma araçlarının toplam tutarı SPK tarafından belirlenecek limiti geçemez. Ayrıca SPK ihraççıların niteliğine göre farklı limitler belirleme yetkisine sahiptir. Tebliğ'in 9. maddesi ile de SPK'nın yetkisine sınırlama getirilerek, ihraç limiti halka açık ortaklıklar bakımından özkaynak tutarının beş katını, halka açık olmayan ortaklıklar bakımından ise özkaynak tutarının üç katını geçmeyecek şekilde düzenlenmiştir.

## VI. PDT'LERİN SATIŞ SÜRECİ

Yukarıda açıklamış olduğumuz aşamaların tamamlanmasının ardından PDT'ler halka arz edilerek veya edilmeksizin satılabilir. İhraç edilecek borçlanma araçlarının bedellerinin tamamen ve nakden ödenmesi gerekmektedir. Halka arz edilerek yapılacak satışları II-5.2 sayılı tebliğ kapsamında talep toplayarak, talep toplamaksızın, borsada satış yöntemleriyle satılabilir. Halka arz edilmeksizin yapılacak satışlar ise tahsisli olarak veya nitelikli yatırımcılara satış şeklinde yapılabilecektir. Her iki satış yöntemi bakımından da PDT'lerin satışı ihraç belgesinin ilan edildiği günü izleyen ilk iş günü yapılabilir. Nitelikli yatırımcılar, II-5.2. sayılı tebliğde de ifade edildiği şekilde, "Kurulun yatırım kuruluşlarına ilişkin düzenlemelerinde tanımlanan ve talebe dayalı olarak profesyonel kabul edilenler de dahil profesyonel müşterileri"dir. Bu satış yönteminde MKK kaydı bulunmayan nitelikli yatırımcılar tarafından içeriği SPK tarafından belirlenecek olan bir beyanın imzalanması gerekmektedir. Nitelikli yatırımcıya yapılan satıştan farklı olarak tahsisli satışta PDT'ler özel bir niteliği haiz olmayan yatırımcıya satılmaktadır. Tahsisli satışlarda da yatırımcıların beyan belgesini imzalaması gerekmektedir.<sup>17</sup>

## VII. REDEMPTION OF CONVERTIBLE BONDS AND THE CONVERSION PROCESS

Within the scope of Article 17/1 of the Communiqué, the due date of CBs cannot be less than 365 days, and conversion can be carried out within 365 days of the due date. Within the context of the third sub-clause of Article 17, the conversion must be done at nominal value and, when it is specified in the prospectus or issuance document, the amount of interest payable on the conversion date can also be subject to conversion by means of addition to the nominal value. With the addition of interest to the conversion process, a CB holder is able to obtain more shares.

In the event that the CB sale is made by going public, Article 17/5 of Communiqué has provided some mandatory steps, as follows: "In cases where the CBs will be sold through public offering, it is mandatory that the shares of the issuer trade on the exchange and the issuer is in registered capital system and the board of directors of the corporation shall be granted authorization in accordance with the articles of association in respect of limitation of the rights of share owners on purchasing new share." The conversion request is generally fulfilled by increasing capital and this issue is examined in further detail below.

## A. Evaluation on Conversion Price and Rate

In Article 18/1 of the Communiqué, the conversion price is defined as "the price to be taken as a basis for the shares to be granted to CB owners in consideration for the bonds they own". For the conversion rate, the expression "the number of shares to be delivered in consideration for the nominal value of Convertible Bonds at the time of conversion" has been used. The next part of the same sub-clause stipulates that the report on the conversion rate must be sent to the CMB by the authorized institution for approval of the prospectus.

Article 467/2 of the TCC under the sub-title "Protection of the ones having the rights to exchange or purchase" provides that "Rights to exchange or purchase can't be lost by increasing capital, giving new rights to exchange or purchase or in another way unless the exchange price is decreased or appropriate equalization is provided to right holders or

## VII. PDT'LERİN İTFASI VE DÖNÜŞTÜRME SÜRECİ

Tebliğin 17/1. maddesi kapsamında, PDT'lerin vadesi 365 günden az olamaz ve aynı zamanda dönüştürme işlemi de vadeden itibaren 365 gün içerisinde yapılabilir. Tebliğ'in 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında dönüştürme işlemi nominal değer üzerinden yapılır ve izahname veya ihraç belgesinde belirtilmesi halinde dönüştürme tarihinde ödenecek olan faiz tutarı da nominal değere eklenerek dönüştürme işlemine tabi tutulabilir. Faiz tutarının da dönüştürme işlemine eklenmesiyle PDT sahibi daha fazla miktarda pay sahibi olabilmektedir.

PDT satışının halka arz edilerek yapılması durumunda ise Tebliğin 17/5. maddesinde "PDT'lerin halka arz edilerek satılacak olması durumunda ihraççının paylarının borsada işlem görmesi, kayıtlı sermaye sisteminde olması ve ortaklık yönetim kurulunun pay sahiplerinin yeni pay alma haklarının sınırlandırılması konusunda esas sözleşme ile yetkili kılınmış olması"nın zorunlu olduğu öngörülmüştür. Dönüştürme talebi ise genel olarak sermaye artımı ile karşılanmakta olup, bu husus aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

## A. Dönüştürme Fiyatı ve Oranına İlişkin Değerlendirme

Tebliğ'in 18/1. maddesinde dönüştürme fiyatı "PDT sahiplerine sahip oldukları tahviller karşılığında verilecek paylar için esas alınacak fiyat" olarak belirtilmiştir. Bunun yanında dönüştürme oranı için ise "dönüştürme sırasında PDT'nin nominal değeri karşılığında verilecek pay sayısı" ifadesi kullanılmıştır. Aynı fıkranın devamında ise dönüştürme oranına ilişkin raporun izahnamenin onaylanması amacıyla SPK'ya yetkili kuruluş tarafından gönderilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Bununla beraber, TTK'nın "Değiştirme veya alım hakkını haiz bulunan kişilerin korunması" yan başlığı altında yer alan madde 467/2 gereğince, "Değiştirme veya alım hakları, sermaye artırımının yapılması, yeni değiştirme veya alım hakları tanınması veya başka bir yolla kayba uğratılmaz; meğerki, değiştirme fiyatı indirilmiş veya hak sahiplerine uygun bir denkleştirme sağlanmış ya da aynı şekilde, pay sahiplerinin hakları da kayba uğratılmış olsun." hükmü, PDT sahiplerinin

## FOOTNOTE

17 Aksan, p.86, 87.

## DİPNOT

17 Aksan, s.86,87.

## PART 14

the rights of shareholders are lost also in same way", which aims to protect all the rights of CB holders that arise from holding a CB. Considering the legal nature of CBs and the benefits the parties expect from this debt instrument, it can be concluded, in accordance with the provision "Every person must act in good faith when exercising his/ her rights and performing his/her obligations" in Article 2 of the TCC numbered 4721, that the issuing company cannot abuse its power and determine the conversion price.<sup>18</sup>

### B. Redemption on or before Due Date

The redemption on or before the due date is regulated by Article 19 of Communiqué. Redemption without gathering prior requests means not waiting for CB holders' requests and increasing capital as much as the stock that will be given in return for the CB. Where redemption is made by gathering requests in advance, the determined period for gathering requests will be notified via the PDP and the required capital increase will be met for the shares to be given in response to the PDT holders who make the request.

Redemption requested by a corporation before the due date is regulated under Article 21 of Communiqué. The method of redemption made by gathering requests applies here, and CB holders who do not request redemption are deemed to be demanding cash payment. In CB holders' requests in redemption before the due date, a CB holder has to make a request at the earliest one month before the due date. The authorized institution will be in charge in each of the procedures explained above. Conditions where increasing capital is not necessary are determined in the Communiqué with the provisions "The corporation may decide not to increase capital in the event that the number of shares to be given in return for the total CBs requested to use the right of conversion is below 5 percent of the ratio of the corporation to the total number of shares." and "The public issuers may decide not to increase capital in the event that the number of shares to be given in return for the total CBs requested to use the right of conversion is below 5 percent of the ratio of the corporation to the total number of shares". This right allows the corporation to not increase the capital when redemption is done at the request of the corporation, while it entitles public issuers in the case of CB holders' requests.

PDT sahibi olmaktan doğan her türlü haklarını koruma amacı gütmektedir. Ayrıca, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu<sup>18</sup> ("TMK") madde 2'de yer alan "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır" hükmü gereğince, PDT'lerin hukuki niteliği ve tarafların bu borçlanma aracından beklediği yararlar da göz önünde bulundurulduğunda, ihraççı Şirketin dönüşüm fiyatını belirleme yetkisini kötüye kullanmayacağı sonucuna varılabilecektir.

### B. Vade Tarihinde veya Vade Tarihinden Önce İtfa Süreci

Tebliğ madde 19'da vade tarihinde veya vade tarihinden önce itfa düzenlemiştir. Önceden talep toplanmaksızın yapılacak itfa, PDT sahiplerinin taleplerinin beklenmemesi ve PDT karşılığı verilecek hisse senedi kadar sermaye artırımını yapılmasıdır. Önceden talep toplanarak yapılan itfada ise belirlenen talep toplama süresi KAP aracılığıyla bildirilecek ve talepte bulunan PDT sahiplerine karşılık olarak verilecek paylar için gereken sermaye miktarınca artırım yapılacaktır.

Ortaklığın talebiyle vade tarihinden önce itfa, Tebliğ'in 21. maddesinde düzenlenmiştir. Yukarıda önceden talep toplanarak yapılan itfada açıklanan yol burada da uygulanacak, talepte bulunmayan PDT sahipleri ise nakden ödeme talep etmiş sayılacaktır. PDT sahibinin talebiyle vade tarihinden önce itfada ise PDT sahibi vade tarihinden en erken bir ay önce talepte bulunacaktır. Anlatılan yöntemlerin her birinde yetkili kuruluş devrede olacaktır. Bunun yanında "Dönüşüm hakkı kullanılmak üzere talepte bulunan toplam PDT'ler karşılığında verilecek pay sayısının, ortaklığın toplam pay sayısına oranının yüzde beşin altında kalması durumunda ortaklıklar tarafından sermaye artırımını yapılmayabilir." ve "Dönüşüm hakkı kullanılmak üzere talepte bulunulan toplam PDT'ler karşılığında verilecek pay sayısının, ortaklığın toplam pay sayısına oranının yüzde beşin altında kalması durumunda halka açık ihraççılar tarafından sermaye artırımını yapılmayabilir." hükümleri ile de sermaye artırımını yapılması gerekmeyen durum belirlenmiştir. Bu hak, ortaklığın talebiyle gerçekleşecek itfa için ortaklığın sermaye artırımından vazgeçmesine hak tanırken PDT sahibinin talebi halinde yalnızca halka açık ihraççılara tanınmıştır.

### C. Evaluation of Conversion Rights

The use of conversion rights in terms of convertible bonds is not certain due to the nature of the convertible bonds.<sup>19</sup> Conversion rights can be used under certain conditions and the company is obliged to provide for this request in numerous ways when it is used. However, this method can be determined by explaining in the prospectus or issuance document how to convert during this procedure. The company must provide sufficient capital for the conversion process. This can be achieved through various ways determined below.

### D. Procuring Conversion Demand Through Capital Increase

The increase of capital by shareholders can be divided into three different sections:

#### a. The increase of contingent capital

In the increase of contingent capital, capital is increased after a conversion of bonds is requested. In this case, the capital increase does not depend on a general assembly resolution, and the capital will increase on its own motion<sup>20</sup> as stated in Article 463<sup>21</sup> of the TCC. Unlike other ways of increasing capital, it is the beneficiaries who control the increase of capital to increase contingent capital, and the capital increase is not contingent on the amount of CBs issued at once.<sup>22</sup> This method, which is not included in the Former Commercial Code that was replaced by the TCC, is regulated in more detail in the Share Communiqué numbered VII-128.1<sup>23</sup> of the CMB. Within the context of Article 464 of the TCC, the increase of contingent capital cannot exceed half the company's capital.<sup>24</sup> In accordance with Article 464/2 of the TCC and Article 12 of the CML, the prices of the shares issued cannot be partially paid.<sup>25</sup> Furthermore, the number of elements must be stated in the article of association to make a contingent capital increase in accordance with article 465 of the TCC. Those entitled to CB usage will utilize their rights through a written statement, in accordance with Article 468 of the TCC, together with references to the prospectus. The increase of contingent capital is regulated in the provisions of the TCC and also Article 17 of the Share Communiqué.

### C. Dönüşüm Hakkına İlişkin Değerlendirme

Paya dönüştürülebilir tahvillerde dönüşüm hakkının kullanılması, paya dönüştürülebilir tahvillerin doğası gereği belirli değildir.<sup>19</sup> Bu doğrultuda dönüşüm hakkı, belirli şartlar gerçekleştiği takdirde kullanılabilir ve kullanıldığı zaman şirket bu talebi temin etmekle yükümlüdür. Şirket bu hakkı birden fazla yolla temin edebilir ancak bu süreçte izahnamede yahut ihraç belgesinde ne şekilde dönüştürüleceğinin ifade edilmesi ile de bu yöntem belirlenebilir. Dönüşüm sağlanması için şirket tarafından gerekli sermayenin sağlanması gerekmektedir. Bu durum, aşağıda belirtilen yollar kullanılarak sağlanabilecektir.

### D. Sermaye Artırımı Yoluyla Dönüşüm Talebinin Temini

Ortaklar tarafından gerçekleştirilebilecek sermaye artırımını üçe ayırmak mümkündür:

#### a. Şarta bağlı sermaye artırımını

Şarta bağlı sermaye artırımında, tahvillerin dönüşüm talebi sonucunda sermaye artırımına gidilmesi söz konusudur. Bu durumda, genel kurul kararına bağlı olmayan bir sermaye artırımını söz konusu olacak, TTK'nın 463. maddesinde<sup>20</sup> de belirtildiği üzere sermaye kendiliğinden artacaktır<sup>21</sup>, diğer sermaye artırım türlerinden farklı olarak burada sermaye artırımını hak sahiplerinin tasarrufundadır ve tek bir seferde, ihraç edilen PDT tutarınca sermaye artırımını zorunlu değildir.<sup>22</sup> TTK'nın yürürlükten kaldırdığı Mülga Ticaret Kanunu'nda yer almayan bu kurum, SPK'nın VII-128.123 sayılı Pay Tebliği'nde daha detaylı olarak düzenlenmiştir. Şarta bağlı olarak artırılabilecek sermaye ise TTK m. 464'te belirtilen unsurlar kapsamında şirketin sermayesinin yansını aşamaz.<sup>24</sup> TTK m. 464/2 ve SerPK m. 12'ye göre ise ihraç edilen payların bedelleri taksit olarak ödenemeyecektir<sup>25</sup>. Aynı zamanda TTK m. 465'e göre şarta bağlı sermaye artırımını gerçekleştirilebilmesi için esas sözleşmede birtakım unsurlar belirtilmelidir. PDT dolayısıyla hak sahibi olan kişiler ise TTK m. 468'e göre yazılı bir beyan ile haklarını kullanacaktır, aynı zamanda izahnameye de atıfta bulunulur. Şarta bağlı sermaye artırımını, TTK hükümlerinin yanı sıra Pay Tebliği m. 17'de de düzenlenmiştir.

### FOOTNOTE

<sup>18</sup> OG dated 8/12/2001, numbered 24607.

<sup>19</sup> Aksan, p. 140.

<sup>20</sup> From Aksan, p. 104; Mustafa İsmail Kaya, Şartlı Sermaye Artırımı, Yetkin, Ankara, 2009, p. 32.

<sup>21</sup> "Article 463- (1) General assembly, because of the newly issued bonds or similar debt instruments, decides that capital be conditioned by providing the right to take new shares to company's or group of companies' creditors or workers by using the right of Exchange or purchase stipulated in articles of association.

(2) Capital increases automatically to what extent and when the right to Exchange or the right to purchase is used and capital obligation is fulfilled by setoff or payment."

<sup>22</sup> Aksan, p. 105.

<sup>23</sup> OG dated 22.06.2013, numbered 28865

<sup>24</sup> For further information: Draft Turkish Commercial Code, Intents of the Law (In Turkish), p. 168, <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf> (Access Date: 13.07.2020).

<sup>25</sup> Aksan, p.107.

### DİPNOT

18/12/2001 tarih, 24607 sayılı RG.

19 Aksan, s. 140.

<sup>20</sup> "MADDE 463- (1) Genel kurul, yeni çıkarılan tahviller veya benzeri borçlanma araçları nedeniyle, şirketten veya topluluk şirketlerinden alacaklı olanlara veya çalışanlara, esas sözleşmede değiştirme veya alım haklarını kullanmak yoluyla yeni payları edinmek hakkı sağlamak suretiyle, sermayenin şarta bağlı artırılmasına karar verebilir.

(2) Sermaye, değiştirme veya alım hakkı kullanıldığı ve sermaye borcu takas veya ödeme yoluyla yerine getirildiği anda ve ölçüde kendiliğinden artar."

<sup>21</sup> Aksan, s. 104'den naklen, Mustafa İsmail Kaya, Şartlı Sermaye Artırımı, Yetkin, Ankara, 2009, s. 32.

<sup>22</sup> Aksan, s. 105.

<sup>23</sup> 22.06.2013 tarih, 28865 sayılı RG.

<sup>24</sup> Kanunu Tasarısı, Madde Gereklçeleri, s. 168, <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf> (Erişim Tarihi: 13.07.2020).

<sup>25</sup> Aksan, s.107.



## PART 14

**b. The increase of capital through capital stipulation****b.a. The increase of principal capital through capital stipulation**

A principal capital is used by stating the capital in the articles of association and the capital can be amended by amending the articles of association.<sup>26</sup> For this reason, the general assembly decides the capital increase. Since the articles of association are amended pursuant to Article 421, the quorum requirement must be followed.<sup>27</sup> Any pre-emptive offer of shares may be an obstacle for a CB and limiting a pre-emptive offer of shares may be considered due to the nature of CBs. In addition, pursuant to Article 456 of TCC, the pecuniary worth of shares must be paid, therefore requiring a balance between the commitments payable of the shareholders and the exercise of CB holders' rights.<sup>28</sup>

**b.b. The increase of authorized capital through capital stipulation**

This mechanism is regulated under Article 460 of the TCC for non-public companies, and the seventh sub-clause of the same Article indicates that the provisions of the CML will be reserved for publicly-held companies. The authorized capital is regulated under Article 18 of the CML. Pursuant to Article 456/2 of the TCC and Article 18/2 of the CML, the board of directors will decide on the increase of capital. Since a general assembly resolution is not required for the authorized capital system, it is more appropriate for CBs than an increase in principal capital. What is more, the pre-emptive offer of shares mentioned in the principal capital increase and the requirement that the available capital must be fully paid apply here too, pursuant to Article 460/4 of the TCC and, in the reflection of this provision, in Article 18/5 of the CML, the board of directors must be authorized by articles of association to limit the pre-emptive offer of shares and create a share on nominal value.<sup>29</sup> Compared to the increase of contingent capital, as in the principal capital increase explained above, a CB holder is not able to directly interfere in the capital increase: a company body must take that decision.

**c. A company's acquisition of its own shares**

Pursuant to Article 379/1 of the TCC, a restriction of 10% is imposed on a company's acquisition of its own shares, stating that "A company may not acquire and accept as pledge its own shares in return for consid-

**b. Sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımı****b.a. Sermaye taahhüdü yoluyla esas sermaye artırımı**

Esas sermaye, esas sözleşmede bir sermaye belirtmesi ile kullanılır ve esas sözleşme değiştirilerek sermaye değiştirilebilir.<sup>26</sup> Bu nedenle sermayenin artması kararını genel kurul verir. Esas sözleşme değişeceğinden TTK m. 421 uyarınca nisap şartına uyulması gerekir. Bunun yanında ise rüçhan hakkı PDT bakımından sorun teşkil edecek, PDT'nin doğası gereği rüçhan hakkının sınırlandırılması söz konusu olabilecektir<sup>27</sup>. Ayrıca, TTK m. 456 uyarınca payların nakdi bedellerinin ödenmiş olması gerekmektedir, bu da pay sahiplerinin taahhüt borçları ile PDT sahibi kişilerin haklarını kullanması arasında bir denge kurulmasını gerektirecektir.<sup>28</sup>

**b.b. Sermaye taahhüdü yoluyla kayıtlı sermaye artırımı**

TTK m. 460'da halka açık olmayan ortaklıklar için düzenlenmiş ve aynı maddenin yedinci fıkrası ile halka açık ortaklıklar için yapılacak düzenlemeler SerPK'ya bırakılmıştır, SerPK'da ise 18. madde ile kayıtlı sermaye düzenlenmiştir. TTK m. 456/2 ve SerPK m. 18/2 uyarınca sermaye artırımına yönetim kurulu karar verecektir. Kayıtlı sermaye sistemiyle karşılaştırıldığında genel kurul kararına ihtiyaç duyulmaması kayıtlı sermaye sistemini PDT'ler için esas sermaye artırımına kıyasla daha uygun bir sistem haline getirmektedir. Bunun yanında esas sermaye artırımında bahsedilen rüçhan hakkı ve mevcut sermayenin tamamının ödenmiş olması gerekliliği burada da söz konusu olacak, TTK m. 460/4 ve aynı düzenlemenin SerPK'da yansımaları olan m. 18/5 uyarınca rüçhan hakkının sınırlandırılabilmesi ve imtiyazlı veya itibari değer üzerinde pay çıkarılabilmesi için esas sözleşme tarafından yetkilendirilmesi gerekecektir.<sup>29</sup> Şarta bağlı sermaye artırımına kıyaslandığında ise, esas sermaye artırımında da olduğu gibi burada da, yukarıda açıklandığı üzere, PDT sahiplerinin sermaye artırımına doğrudan müdahale etmeleri söz konusu olmayacak, şirketin bir organının karar alması gerekecektir.

**c. İç kaynaklardan sermaye artırımı (şirketin kendi paylarını iktisabı)**

Şirketin kendi payını iktisabına, TTK m. 379/1'de %10 olacak bir kısıtlama getirilmiş ve bu kısıtlama için de: "[...] esas veya çıkarılmış sermayesinin onda birini aşan veya bir

eration at an amount which exceeds or will exceed as a result of a transaction one tenth of its basic or issued capital". Article 379/2 says how this process will proceed and that the board of directors should be authorized by the general assembly for a maximum of five years. Within the scope of Article 379/3 of the TCC, it is emphasized that after the price of shares to be acquired is deducted, the company's remaining net assets must be at least equal to the sum of the reserves that may not be distributed according to the law and articles of association and of principal or issued capital. Article 19/3 of the Communiqué is significant. This Article states that CBs must be converted by an increase of capital and the request of the corporation before maturity (Art. 21), and the request of a CB holder before the maturity (Art. 22) as an exception to this. Accordingly, a company's acquisition of its own shares is not accordant with CBs. Significantly, there is also an argument that the 10% rate stipulated by Article 379 of the TCC is low.<sup>30</sup>

**E. Corporation Contradicting the Conversion Request**

According to an argument in the doctrine, if the CB holder does not get a response to a conversion request, the liability incurred by the information on the prospectus or issuance document will be at issue if the information stated in these documents is not correct or is inaccurate and, consequently, a violation of a conversion request will not amount to liability in terms of those documents.<sup>31</sup> If a lawsuit is filed with the claim of performance of conversion (and consequently possession of a corporation's share in accordance with CBs) request, which is the primary goal of a CB holder, the corporation will have to issue new shares, because of the lawsuit, and those shares will also be transferred to the CB holder.<sup>32</sup>

**F. Failure To Use Conversion Right**

The feature that distinguishes CBs from ordinary bonds is their ability to be converted into shares. Through this, they provide an opportunity for the CB holder to join the corporation as a shareholder. If this right is not utilized, there would be no difference between a CB and an ordinary bond. Accordingly, the mechanisms to which the bonds are subject (interest etc.) could also be used here. In addition, pursuant to Article 14 of the Communiqué, the interest and payment terms are determined by the issuers.

işlem sonunda aşacak olan miktarda, ivazlı olarak iktisap ve rehin olarak kabul edemez." ifadesi kullanılmıştır. 379/2'de ise bu sürecin nasıl ilerleyeceğinden ve yönetim kurulunun genel kurul tarafından en fazla beş yıl için geçerli olacak bir şekilde yetkilendirilmesi gerektiğinden bahsedilmiştir. TTK m. 379/3 çerçevesinde ise payların iktisabından sonra kalan şirket aktiflerinin dağıtılmasına kanunun ve esas sözleşmenin cevaz vermediği oranda yedek akçe kadar olması gerekliliği vurgulanmıştır. Bütün bunların yanında ise Tebliğ'in 19/3. maddesi önem teşkil etmektedir, nitekim bu maddede PDT'lerin sermaye artırımına dönüştürüleceğinden bahsedilmiştir ve bunun istisnası olarak vade tarihinden önce ortaklığın talebi (m. 21) ve yine vade tarihinden önce PDT sahibinin talebi (m. 22) olarak belirlenmiştir. Bu doğrultuda şirketin kendi payını iktisap etmesinin PDT kurumu ile fazlaca uyuşmadığı anlaşılmaktadır. Aynı zamanda TTK m. 379'un öngördüğü %10'luk oranın düşük olduğuna ilişkin bir görüş de bulunmaktadır.<sup>30</sup>

**E. Ortaklığın Dönüştürme Talebine Aykırı Davranması**

PDT sahiplerinin dönüştürme taleplerine karşılık bulamaması durumunda bir görüşe göre izahnamede veya ihraç belgesinde yer alan bilgilerden doğacak sorumluluk, söz konusu bilgilerin doğru olmaması veya gerçeğe aykırı olmaması durumunda söz konusu olacaktır ve dolayısıyla dönüştürme talebine aykırı davranılması bu belgeler açısından bir sorumluluk doğurmayacaktır.<sup>31</sup> PDT sahibinin esas amacı olan dönüştürme (ve dolayısıyla ortaklık hissesine PDT uyarınca sahip olma) talebinin yerine getirilmesi için dava açıldığı takdirde ise dava sonucunda ortaklığın yeni pay ihraç etmesi gerekecek ve bu paylar da PDT sahiplerine devredilecektir.<sup>32</sup>

**F. Dönüştürme Hakkının Kullanılmaması**

PDT'leri bilindiği şekliyle bir tahvilden ayırt eden özellikleri paya dönüştürülebilmesi ve bu sayede PDT sahibi kişiye ortaklığa katılma imkânı tanınmasıdır. Bu hakkın kullanılmaması halinde ise PDT'nin normal bir tahvilden farkı kalmayacaktır. Bu doğrultuda tahvillerin tabi olduğu (faiz vb.) kurumlar burada da kullanılabilir. Bunun yanında, Borçlanma Araçları Tebliği'nin 14. maddesinde de belirtildiği üzere faiz ve ödeme koşulları ihraççılar tarafından belirlenecektir.

## FOOTNOTE

<sup>26</sup> For a more detailed explanation: Aksan, p. 122-123.

<sup>27</sup> Fahri ÖZSUNGUR, Rüçhan Hakkının Kullanılmaması ve Sermaye Artırımında Pay Taahhütlerinin Kısmen Yerine Getirilmesi Sorunu, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol. 4, Issue 2, 2014, p. 148.

<sup>28</sup> Aksan, p. 127.

<sup>29</sup> Aksan, p. 133-134.

<sup>30</sup> Aksan, p. 139.

<sup>31</sup> Aksan, p. 143.

<sup>32</sup> Aksan, p. 144.

## DİPNOT

<sup>26</sup> Daha detaylı açıklama için bkz: Aksan, s. 122-123.

<sup>27</sup> Fahri ÖZSUNGUR, Rüçhan Hakkının Kullanılmaması ve Sermaye Artırımında Pay Taahhütlerinin Kısmen Yerine Getirilmesi Sorunu, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S.2, 2014, s. 148.

<sup>28</sup> Aksan, s. 127.

<sup>29</sup> Aksan, s. 133-134.

<sup>30</sup> Aksan, 139.

<sup>31</sup> Aksan, s. 143.

<sup>32</sup> Aksan, s. 144.

## PART 14

## VIII. EVALUATION ON BENEFITS AND DISADVANTAGES OF CONVERTIBLE BONDS

CBs are issued in order to provide the capital needed by joint stock companies. It is a solution for joint stock companies to fund their needs without having to sell their shares, to take out bank loans, which come with high interest rates, or to increase capital from other external sources.<sup>33</sup> The optional rights offered by CBs is advantageous for investors, who may choose to become shareholders on the due date or to not be shareholders by taking the principal and interest. CBs are especially beneficial to companies in their establishment phase for providing financing and therefore benefiting the development of the company.<sup>34</sup> There are also advantages for investors in these newly established companies. An investor may become a shareholder in a company they previously invested in and whose value has increased on the conversion date, and has the right to reclaim the debt receivable with interest. Through CBs, investors avoid risks arising from the shares of a company at its first stages of establishment losing value or failing to gain enough value. Investors also have the choice of becoming shareholders in the company when the company becomes profitably attractive. Alternatively, CB holders have the right to transfer their CBs to a third party without waiting for the due date.<sup>35</sup>

CBs do come with some risks for the issuer and holder as well as benefits. There is a risk that the capital provided by an investor can lose value against inflation. However, the investors can avoid this by using their conversion right and becoming shareholders of the company. Another risk for investors is where they decide not to use their right of conversion, in events such as bankruptcy, investors may not be able to receive their receivables from the company. The risk in terms of shareholders is that if investors use their conversion right, the dividend rate may decrease due to the increase in the number of shares of the company issues. With regards to the company, if investors use their conversion right, the structure of the company may change as the number of shareholders increases.<sup>36</sup>

## IX. CONCLUSION

CBs are such bonds that give the bond holder the right to convert their CBs into shares of the issuing company or to receive the princi-

## VIII. PDT'LERİN YARAR VE ZARARLARINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

PDT'ler anonim şirketlerin sermaye ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla devredilmektedir. Anonim şirketler, hisselerini satma, yüksek faizli bir yöntem olan banka kredisi alma, dış kaynaklardan sermaye artırımını yapma gibi yollara başvurma gereği duymadan kaynak ihtiyaçlarına çözüm bulabilirler.<sup>33</sup> PDT'lerin sunduğu seçicilik hak yatırımcılar açısından da avantaj sağlamaktadır. Yatırımcılar vade tarihinde hissedar olmayı seçebileceği gibi, ana parayı ve faizi alarak hissedar olmayabilir. PDT'ler özellikle kuruluş aşamasındaki şirketler için finansman sağlaması ve dolayısıyla şirketin kalkınması için son derece faydalıdır.<sup>34</sup> Yeni kurulan bu şirketler bakımından da yatırımcılar avantajlara sahiptir. Bu durumda yatırımcı daha önce yatırım yapmış olduğu ve dönüştürme tarihinde değeri artan şirkete hissedar olabileceği gibi alacağını faizi ile birlikte geri isteme hakkına sahiptir. PDT'ler sayesinde yatırımcılar yeni kurulan şirketlere ilk aşamada pay sahibi olamayarak bu durumdan kaynaklanan riskleri önlemekte olup, şirketin ileride cazip hale gelmesi kârâ geçmesi durumunda şirketin hissedarı olabilmektedir. Diğer taraftan, PDT sahiplerinin vade tarihini beklemeden PDT'leri üçüncü bir kişiye de devir hakları bulunmaktadır.<sup>35</sup>

PDT'lerin ihraççı ve PDT sahibi tarafından yararları olduğu gibi bazı riskli özellikleri de mevcuttur. Yatırımcıların verdiği anaparanın enflasyon karşısında erime riski mevcuttur, ancak yatırımcı bu riski dönüştürme hakkını kullanıp şirketlerin pay sahibi olarak bertaraf edebilir. Yatırımcılar için diğer bir risk ise yatırımcıların dönüştürme hakkını kullanmamaya karar vermesi halinde şirketin iflası gibi hallerde yatırımcıların alacağını şirketten alamaması söz konusu olabilecektir. Pay sahipleri açısından risk ise, yatırımcıların dönüştürme haklarını kullanması ihtimalinde şirketin pay sayısı artacağından temettü oranında da düşüş meydana gelebilecektir. Şirket bakımından ise, yine yatırımcıların dönüştürme haklarını kullanması ihtimalinde şirkete yeni pay sahipleri gireceğinden şirket yapısında değişiklikler olabilecektir.<sup>36</sup>

## IX. SONUÇ

PDT'ler öyle tahvillerdir ki; tahvil sahibine PDT'leri ihraççı şirketin payına dönüştürme hakkı veya bir para alacağı gibi ana para ve faiz geliri alma hakkı vermektedir. Söz konusu sürecin başla-

pal and interest. As this article has explained, in order for this process to begin, the general assembly of the issuing company must take a decision on the issue or the board of directors must be authorized. After this process and the compulsory CMB application process and approval, CBs can be sold. The sales process may be started with the announcement of the issuance document. CBs can be converted into shares with or without collecting requests in advance. As pointed out, CB holders are not obliged to use their conversion right. They may choose to receive payments of principal and interest. This provides an assurance to investors, encouraging them to purchase the CBs of newly established companies. In the event that shares of a newly established company or a company going through a risky investments process do not increased in value, the CB holder has a choice not to be a shareholder in such an unprofitable company, but rather to take its principal and interest. With regards to issuing companies, the significant benefit of CBs is that they are less costly than the traditional method of financing. This mechanism, which has recently risen in demand in Turkey, is expected to become a more preferred option in the years ahead.

bilmesi için ihraççı şirketin genel kurulunun ihraç konusunda karar alması veya makalemizde bahsedildiği şekilde yönetim kurulunun yetkilendirilmesi gerekmektedir. Bu işlemin ardından SPK'ya zorunlu olan başvuru sürecinin yapılması ve onay alınmasının ardından PDT'lerin satış gerçekleştirilebilmektedir. Satış işlemine ihraç belgesinin ilan edilmesiyle başlanabilir. PDT'ler önceden talep toplamaksızın ve talep toplamak suretiyle paya dönüştürülebilir. Yukarıda da bahsedildiği üzere PDT sahibinin dönüştürme hakkını kullanması zorunlu olmayıp PDT sahipleri ana para ve faize ilişkin ödemeleri de tercih edebilirler. Esasında bu husus yatırımcılara yeni kurulan şirketlerden PDT satın almaları halinde bir güvence sağlamaktadır. Yeni kurulan şirketin veya riskli yatırım süreçlerinden geçen şirketlerin paylarının yeterince değerlenmemesi halinde PDT sahibi her zaman ana parasını ve faizini alarak pay sahibi olmanın çok da karlı olmadığı bir şirketin pay sahibi olmak zorunda kalmayacaktır. İhraççı şirketler bakımından ise PDT'lerin en büyük faydası klasik yöntemle sağlanan finansmanlardan birçok açıdan daha az maliyetli olmasıdır. Ülkemizde yeni yeni talep görmeye başlayan bu mekanizmanın önümüzdeki yıllarda daha çok tercih edilir olması beklenmektedir.

## BIBLIOGRAPHY

- AYDIN ZEVLİLİLER, K. EMRE GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku, Özel Borç ilişkileri, 12. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2013.
- FAHİR ÖZSUNGUR, Rüçhan Hakkının Kullanılmaması ve Sermaye Artırımında Pay Taahhütlerinin Kısmen Yerine Getirilmesi Sorunu, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Volume 4, Issue 2, 2014.
- GÖKÇEN TURAN, Türk Hukukunda İzahnameden Doğan Hukuki Sorumluluğun Esasları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Volume XX, 2016, Issue 1.
- H. ERCÜMENT ERDEM, Pay Senetleri ile Değiştirilebilir Tahviller, Ankara, 1988.
- HURİYE KUBILAY, Hisse Senetleriyle Değiştirilebilir Tahviller, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1986.
- MUSTAFA İHTİYAR, Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi, Beta, İstanbul, 2006.
- MUSTAFA İSMAİL KAYA, Şartlı Sermaye Artırımı, Yetkin, Ankara, 2009.
- NIHAN ZEYNEP AKSAN, Paya Dönüştürülebilir Tahviller, İstanbul Bilgi Üniversitesi 2018.
- OĞUZ KÜRŞAT ÜNAL, SPK. Ve TK'nda Tahviller, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Volume VII, Issue 1-2, 2003.
- REHA POROY, ÜNAL TEKİNALP, ERSİN ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku II, 13. Basım, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- SAİM KILIÇ, Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması: Güvence Fonları, Sermaye Piyasası Kurulu, Publication Number: 95, 1997.
- SERDAR KARABABA, Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması, Seçkin, Ankara 2001.
- Draft Turkish Commercial Code, Intents of the Law, <https://www.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf> (Access Date: 13.07.2020).

## KAYNAKÇA

- AYDIN ZEVLİLİLER, K. EMRE GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku, Özel Borç ilişkileri, 12. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2013.
- FAHİR ÖZSUNGUR, Rüçhan Hakkının Kullanılmaması ve Sermaye Artırımında Pay Taahhütlerinin Kısmen Yerine Getirilmesi Sorunu, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S.2, 2014.
- GÖKÇEN TURAN, Türk Hukukunda İzahnameden Doğan Hukuki Sorumluluğun Esasları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XX, 2016, S. Mustafa İsmail Kaya, Şartlı Sermaye Artırımı, Yetkin, Ankara, 2009.
- H. ERCÜMENT ERDEM, Pay Senetleri ile Değiştirilebilir Tahviller, Ankara, 1988.
- HURİYE KUBILAY, Hisse Senetleriyle Değiştirilebilir Tahviller, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1986.
- MUSTAFA İHTİYAR, Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi, Beta, İstanbul, 2006.
- NIHAN ZEYNEP AKSAN, Paya Dönüştürülebilir Tahviller, İstanbul Bilgi Üniversitesi 2018.
- OĞUZ KÜRŞAT ÜNAL, SPK. Ve TK'nda Tahviller, Gazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, c. VII, S. 1-2, 2003.
- REHA POROY, ÜNAL TEKİNALP, ERSİN ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku II, 13. Basım, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- SAİM KILIÇ, Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması: Güvence Fonları, Sermaye Piyasası Kurulu, Yayın No: 95, 1997.
- SERDAR KARABABA, Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması, Seçkin, Ankara 2001.
- Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Madde Gereklere, s. 168, <https://www.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0324.pdf> (Erişim Tarihi: 13.07.2020).

## FOOTNOTE

33 Huriye Kubilay, Hisse Senetleriyle Değiştirilebilir Tahviller, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1986. p.14.

34 Aksan, p.47.

35 Aksan, p.47.

36 H. Ercüment Erdem, Pay Senetleri ile Değiştirilebilir Tahviller, Ankara, 1988, p. 708.

## DİPNOT

33 Huriye Kubilay, Hisse Senetleriyle Değiştirilebilir Tahviller, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1986. s.14.

34 Aksan, s.47.

35 Aksan, s.47.

36 H. Ercüment Erdem, Pay Senetleri ile Değiştirilebilir Tahviller, Ankara, 1988, s. 708. s. 50.



## TERMINATION OF THE LEASE CONTRACT ON THE BASIS OF EXTRAORDINARY TERMINATION REASONS

### KİRA SÖZLEŞMESİNİN OLAĞANÜSTÜ FESİH SEBEPLERİNE DAYANILARAK SONA ERDİRİLMESİ

BEDİR BERKAY KARADOĞAN  
YUNUS EMRE BAŞ

#### ABSTRACT

In the Turkish Code of Obligations numbered 6098 (TCO), the termination of the lease contract is regulated by a bilateral separation as the ordinary termination reasons and the extraordinary termination reasons. Thereunder, while the ordinary termination reasons are dividing into two as expiry of duration (TCO a.327) and notification of termination (TCO a.327-329); the extraordinary termination reasons are stated in three chapters as major causes (TCO a.331), bankruptcy of lessee (TCO a.332) and death of lessee (TCO a.333). In this study, the termination of the lease contract on the basis of extraordinary termination reasons has dealt.

#### ÖZET

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda kira sözleşmesinin sona ermesi durumu olağan sona erme sebepleri ve olağanüstü fesih sebepleri olarak ikili bir ayırma gitme yoluyla düzenlenmiştir, buna göre olağan sona erme sebepleri sürenin dolması (TBK m.327) ve fesih bildiri (TBK m.327-330) olarak ikiye ayrılmaktayken olağanüstü fesih sebepleri ise önemli sebepler (TBK m.331), kiracının iflası (TBK m.332) ve kiracının ölümü (TBK m.333) olmak üzere üç başlık altında düzenlenmiştir. Çalışmada kira sözleşmesinin olağanüstü fesih sebeplerine dayanılarak sona erdirilmesi durumu aktarılmaya çalışılmıştır.



#### KEYWORDS

LEASE CONTRACT, LESSEE, LESSOR, SIGNIFICANT TERMINATION, EXTRAORDINARY REASON, BANKRUPTCY OF LESSEE, DEATH OF LESSEE



#### ANAHTAR KELİMELER

KİRA SÖZLEŞMESİ, KİRACI, KİRAYA VEREN, OLAĞANÜSTÜ FESİH, ÖNEMLİ NEDEN, KİRACININ İFLASI, KİRACININ ÖLÜMÜ

## PART 15

In this study, the conditions and results of these extraordinary termination reasons will be dealt by focusing on each reason one by one.

Çalışmada olağanüstü fesih sebepleri üzerinde tek tek durularak bu fesih sebeplerinin şartları ve feshin sonuçları irdelenecektir.

## I. INTRODUCTION

During the continuation of the contracts which are containing continuous debt relationship, it is possible for each parties that the continuation of the contract can not be unbearable in compliance with principle of honesty, in such cases each parties are entitled to terminate the contract on the basis of extraordinary termination reasons. Basically, the situation is not different in terms of lease contract, and the parties are allowed to terminate the lease contract before the expiry of duration of the contract in various provisions of the Turkish Code of Obligations. The extraordinary termination reasons are regulated respectively in articles 331-333 of the TCO as major causes, bankruptcy of lessee and death of lessee. In the event that some of these reasons occur, lease contract can be terminated immediately without complying with the termination periods or notification period of termination (TCO a.332/2) or can be terminated by complying with the notification period of termination (TCO a. 331/1, 333). In this study, the conditions and results of these extraordinary termination reasons will be dealt by focusing on each reason one by one.

## I. GİRİŞ

Sürekli borç ilişkisi içeren sözleşmelerde sözleşmenin devamı süresince, taraflardan biri için sözleşmenin devamı dürüstlük kuralına göre beklenemez hale gelmesi mümkündür, bu gibi durumlarda taraflara olağanüstü fesih hakkı tanınmaktadır. Kira sözleşmesi açısından da durum farklı olmayıp Türk Borçlar Kanunu'nun ("TBK") muhtelif hükümlerinde taraflara kira sözleşmesinin süresinden önce sona erdirmeye imkânı tanınmıştır. Olağanüstü fesih sebepleri TBK'nın 331-333 maddelerinde sırasıyla önemli sebepler, kiracının iflası ve kiracının ölümü şeklinde düzenlenmiştir. Bu hallerden bazılarının gerçekleşmesi halinde fesih dönemlerine yahut fesih ihbar sürelerine uymaksızın derhal (TBK 332/2), bazı nedenlerin ortaya çıkması halinde ise fesih bildirim süresine uyularak (TBK m.331/1, 333) kira sözleşmesi sona erdirilebilecektir. Çalışmada olağanüstü fesih sebepleri üzerinde tek tek durularak bu fesih sebeplerinin şartları ve feshin sonuçları irdelenecektir.

II. TERMINATION ON  
THE BASIS OF MAJOR  
CAUSES

## A. In General

The extraordinary termination of the lease contract for major causes is regulated under the article 331 of TCO. According to article; "Each of the parties may any time cancel the contract by following the legal cancellation notification period in the case of existence of important causes which make the continuation of the tenancy unbearable for the both parties. The judge shall rule he financial consequences of the extraordinary cancellation notification by considering the circumstances and conditions."

Article 331 of the TCO which regulates the extraordinary termination for major causes is regulated as a general clause that can be applied to all kinds of lease contract regardless of the nature of the leasehold or whether the lease contract is for a definite or indefinite period. Accordingly, in the event that the existence of the major causes which render the continuation of the contract unconscionable, each party may terminate the contract at any time by complying with the legal notice period, without waiting for the period specified

II. ÖNEMLİ SEBEPLE  
FESİH

## A. Genel Olarak

Kira sözleşmesinin önemli sebeplerle olağanüstü feshi durumu TBK'nın 331. maddesinde düzenlenmiştir. İşbu maddeye göre; "Taraflardan her biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hale getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir. Hakim, durum ve koşulları göz önünde tutarak, olağanüstü fesih bildiriminin parasal sonuçlarını karara bağlar."

Önemli nedenlerle olağanüstü fesih halini düzenleyen TBK'nın 331. maddesi, kiralananın niteliğine yahut kira sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli olmasına bakılmaksızın tüm kira sözleşmeleri bakımından uygulanabilecek genel bir madde olarak düzenlenmiştir. Buna göre taraflardan her biri, sözleşmenin devamını kendisi için çekilmez hale getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda kira sözleşmesinde belirtilmiş olan süreyi beklemezsizin sözleşmeyi yasal bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilecektir. Madde metninde önemli sebebin ne olduğuna ilişkin bir tanım yapılmamış, buna göre önemli sebebin tespiti somut olayın özellik-



## PART 15

in the lease contract. In the text of the article, content of the major causes are not defined, therefore the determination of the major causes shall be made according to characteristics of the each event. The purpose of the legislator in not regulating the content of the major causes in a detailed way is that the major causes differ according to the terms of the lease contract,<sup>1</sup> the subject of the dispute and balance of the interest specified in the contract. Based on this, the judge was given the opportunity to make an assessment based on the needs of the concrete case.<sup>2</sup> Furthermore, it is possible to indicate the facts which are of major cause in the contract without limiting these reasons by doing so. According to provisions of the article, notice of termination may be made immediately upon the occurrence of the major cause, but the notice shall be valid at the end of the legally prescribed period of notice. As general, there is no rule concerning that the notice of termination shall be made in a specific form, however, the notice of termination in residence and roofed workplace leases is shall be made in writing taking into account of the 384th article.

Supreme Court's 6th Law Department has specified the terms sought for termination of the lease contract for extraordinary reason in its decision numbered 2015/7331 E. and 2015/9163 K. as follows; "A valid lease contract concluded by and between the parties and the good causes which render the continuation of the contract unconscionable for the parties shall exist and the party who based on a good cause shall give notice of termination by complying notification period of termination as 3 months according to TCO a.329 and 3 days according to TCO a.330, in order the type of termination regulated under TCO a.331 to be used."

## B. Conditions of The Termination

### 1. Existence of The Lease Contract

First of all, existence of a valid lease contract is necessary in order the extraordinary termination right to be used. It is not important that the lease contract is whether for definite or indefinite time period and is related to a movable or immovable leasehold; in other words, TCO a.331 may be applied to all kinds of lease contracts. However, a

lerine göre yapılacaktır. Kanun koyucunun önemli sebep kavramını kazuistik bir şekilde düzenlememiş olmasındaki amacı, önemli sebebin somut olarak kira sözleşmesinin koşullarına, ihtilaf konusuna ve sözleşmedeki menfaatler dengesine göre farklılık göstermesi<sup>1</sup> ve bu sebeple, hâkime hükmü somut olaydaki ihtiyaçlara istinaden değerlendirme yapma imkânı tanınmasıdır.<sup>2</sup> Ayrıca, önemli sebep niteliği taşıyan olguların, sınırlı sayıda olmamak kaydıyla, sözleşmede belirtilmesi de mümkündür. Madde hükmüne göre önemli sebebin ortaya çıkmasıyla fesih bildirim derhal yapılabilecek fakat bildirim yasal fesih bildirim sürelerinin sonunda geçerli olacaktır. Fesih bildirim kural olarak belirli bir şekilde bağlı olarak yapılmak zorunda değildir, ancak TBK'nın 384. maddesi de göz önüne alındığında konut ve çatılı işyeri kiralarda fesih bildiriminin geçerliliği, bildirim yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 2015/7331 E. 2015/9163 K. sayılı kararında kira ise sözleşmesinin olağanüstü sebeple feshi için aranan şartlar şu şekilde sayılmıştır; "TBK m.331 de düzenlenen bu fesih türünün kullanılabilmesi için, taraflar arasında akdedilen geçerli bir kira sözleşmesinin varlığı, kira sözleşmesinin devamını tarafları için beklenemez kılan haklı sebeplerin var olması ve haklı sebebe dayanan kirala-yan ve kiracının, TBK. m. 329 maddesine göre (üç ay) ve TBK. 330. maddesine göre (üç gün) yasal fesih bildirim süresine uyarak fesih bildiriminde bulunması gerekmektedir."

## B. Feshin Şartları

### 1. Kira Sözleşmesinin Var Olması

Önemli nedenle olağanüstü fesih hakkının kullanılabilmesi için öncelikle geçerli bir kira sözleşmesinin varlığı gereklidir. Kira sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olması, taşınır veya taşınmaz eşyaya ilişkin olması önem taşımamaktadır; başka bir deyişle tüm kira sözleşmeleri için 331. madde hükmü uygulama alanı bulabilecektir. Ancak burada

bracket should be opened at this point to the Law numbered 7226 which enacted on 25.03.2020. According the provisional article number 10 on roofed workplace leases of this law, "Failure on the payment of the lease price that would operate from 01.03.2020 to 30.06.2020 shall not constitute a reason for termination of the lease contract and eviction."

In order the provisions of TCO a.331 to be applied, it is not necessary for the leasehold to be handed over to lessee,<sup>3</sup> lease contract may be terminated even at a period when the lessee has not yet been handed over the leasehold.<sup>4</sup>In the event that the leasehold has not yet been handed over, termination shall be effective backwards.<sup>5</sup>

## 2. Existence of The Objective Causes Which Render the Continuation of The Contract Unconscionable

Essentially, the only cause that must arise in order to exercise the right of termination for an extraordinary reason is existence of important causes which make the continuation of the contract unbearable as per principle of honesty.<sup>6</sup> The reason that makes the continuation of the contract unbearable in this manner must exist objectively.<sup>7</sup> The party who claims that the existence of the major cause and that cause makes the continuation of the lease contract unbearable for itself is obligated to prove this claim; the judge evaluates the existence of such causes in accordance with principle of honest and fairness which are regulated under the article 4 of the Turkish Civil Code.<sup>8</sup>

In the context of TCO a.331, major cause which makes the continuation of the contract unbearable neither defined nor be counted as numerus clausus, in other words it has been avoided to give an example of which circumstances would considered as major causes.<sup>9</sup> Accordingly, major cause should be audited on the basis of each concrete event whether it makes the continuation of the contract unbearable or not as per principle of honesty. Criterias such as the remaining duration of the contract, whether the major cause is temporary and whether this cause is predictable, defect of the parties

25.03.2020 tarihinde çıkartılan 7226 sayılı kanuna bir parantez açılması gerekmektedir. İşbu kanunun işyeri kiralarna ilişkin geçici 2. maddesine göre "01/03/2020 tarihinden 30/06/2020 tarihine kadar işleyecek iş yeri kira bedelinin ödenememesi kira sözleşmesinin feshi ve tahliye sebebi oluşturmaz."

TBK madde 311 hükmünün uygulanabilmesi için kiralananın kiracıya teslim edilmiş olması şart olmayıp<sup>3</sup> henüz kiralananın teslim edilmediği bir dönemde bile, önemli sebebin ortaya çıkması halinde kira sözleşmesinin sona erdirilme imkânı vardır.<sup>4</sup> Kiralananın teslimi henüz gerçekleşmemiş ise bu durumda sona erme geriye etkili olacaktır.<sup>5</sup>

## 2. Kira Sözleşmesinin Devamını Çekilmez Kılan Objektif Nedenin Varlığı

Önemli nedenle fesih hakkının kullanılabilmesi için ortaya çıkması gereken tek şart esasen kira sözleşmesinin devamını taraflardan biri için dürüstlük kuralı uyarınca çekilmez kılan bir nedenin varlığıdır.<sup>6</sup> Sözleşmenin devamını bu şekilde çekilmez hale getiren olgunun objektif olarak bulunması gerekir.<sup>7</sup> Önemli sebebin varlığını ve bu sebebin kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hale getirdiğini iddia eden taraf bu iddiasını ispatlamakla mükelleftir; bu sebeplerin varlığını hakim, Türk Medeni Kanunu'nun ("TMK") 4. maddesi uyarınca dürüstlük kuralları ve hakkaniyet çerçevesinde değerlendirir.<sup>8</sup>

331. madde hükmünde önemli sebebin tanımı yapılmadığı gibi, kira ilişkisinin devamını çekilmez kılan durumlar tahdidi olarak sayılmamış, diğer bir ifade ile hangi durumların önemli sebep teşkil edileceğine dair örnek vermektense kaçınılmıştır.<sup>9</sup> Buna göre; her somut olay bazında önemli neden, kira sözleşmesinin devamını taraflardan biri için dürüstlük kuralı uyarınca çekilmez hale gelip gelmediğine göre denetlenmelidir. Sözleşmenin kalan süresi, önemli nedenin geçici nitelikte olup olmaması ve bu sebebin öngörülebilir nitelikte olup olmaması, tarafların kusur durumu gibi kistaslar çekilmezlik

## FOOTNOTE

1 Aydın, Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, p. 184.

2 Seliçi, Sona Erme, p. 186-187.

3 Inceoğlu, Kira Hukuku Cilt 2, p. 223; Aydın, p. 182

4 Inceoğlu, p. 223, Aydın, p. 182

5 Inceoğlu, p. 223, Aydın, p. 182, Seliçi, p. 223

6 Inceoğlu, p. 231

7 Aydın, p. 186.

8 Gümüş, Kira, p. 320-321; Gümüş, s.268; Aral/Ayrancı, s.325; Daşlı, p. 130-131; Bkz. Tunaboğlu, s.532; Seliçi, p. 187; Günel, s.223; Şahin, p. 85; Şafak, p. 163.

9 Av. Zeynep Dönmez, Kira Sözleşmesinin Önemli Sebeple Feshi, İstanbul Barosu Dergisi, p. 171

## DİPNOT

1 Aydın, Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 184.

2 Seliçi, Sona Erme, s. 186-187.

3 Inceoğlu, Kira Hukuku Cilt 2, s. 223; Aydın, s. 182

4 Inceoğlu, s. 223, Aydın, s. 182

5 Inceoğlu, s. 223, Aydın, s. 182, Seliçi, s. 223

6 Inceoğlu, s. 231

7 Aydın, s. 186.

8 Gümüş, Kira, s.320-321; Gümüş, s.268; Aral/Ayrancı, s.325; Daşlı, s.130-131; Bkz. Tunaboğlu, s.532; Seliçi, s.187; Günel, s.223; Şahin, s.85; Şafak, s.163.

9 Av. Zeynep Dönmez, Kira Sözleşmesinin Önemli Sebeple Feshi, İstanbul Barosu Dergisi, s. 171.

## PART 15

should be taken into consideration in determining the existence of the unbearableness factor. For example, if the expiration date of the contracts is near, the party wishing to terminate the contract may be expected to bear such matters, or it may be stated that temporary situations which the facts that leading unbearableness will not constitute a major cause for termination.<sup>10</sup> The major causes must be unforeseeable at the time that the contract was drawn up between the parties; if it can be foreseeable that these causes may arise in advance or if these causes occurs by a defect of a party, the lease contract cannot be terminated on the basis of the TCO a.331.<sup>11</sup> Likewise, the termination of the contract on the basis of the major causes that existed at the time drawing time of contract depends on the fact that the existence of these causes is not known or is not expected to be known at the drawing time of the contract; in other words, it is not possible to terminate the contract on the basis of these causes for the party who knows the major cause exists or is in a position to know the existence of the major causes at the drawing time of contract.<sup>12</sup> Even if the major causes are foreseeable, in the event that the consequences and extent of these causes are unforeseeable, they will be deemed to have occurred. The parties may decide by the contract some causes will be deemed as major causes in a numerus clauses manner,<sup>13</sup> but this shall not mean the restriction or annulment of the right to terminate the contract on the basis of major causes.<sup>14</sup>

In order for the lease contract to be terminated on the basis of major causes, it is not necessary for the addressee of the notice of termination to be defective. Because major cause may also base on a fact which is independent from the parties. However, there are also some opinions in the teachings that the parties do not have to be completely faultless, and it is sufficient to be less faulty for the party who seeks to terminate the contract.<sup>15</sup> The condition sought for the termination in the basis of major causes is that the fact that which constitutes the major cause makes the continuation of the lease relationship unbearable.<sup>16</sup> However, it should be noted that the party which caused the occurrence of the major cause by its own faulty conducts will not be able to terminate the lease contract on the basis of major cause. An example of this situation is that, the lessee who wishes to terminate the contract by showing his/her dismissal from his/her employment as a result of his/her own faulty actions as a reason.<sup>17</sup>

unsurunun varlığının tespitinde göz önüne alınmalıdır. Örneğin sözleşmenin sona ermesine az bir süre kalmışsa sözleşmeyi feshetmek isteyen taraftan bazı hususlara birkaç ay katlanması beklenebilir veyahut çekilmezliğe yol açan olgunun geçici olduğu durumların önemli bir fesih sebebi teşkil etmeyeceği ifade edilebilir.<sup>10</sup> Önemli sebeplerin, sözleşmenin kurulduğu sırada, önceden öngörülememesi gerekir. Önemli sebeplerin ortaya çıkabileceği önceden öngörülebiliyorsa veya bunların ortaya çıkmasında bu sebebi ileri sürenin kusuru varsa TBK 331. madde hükmüne dayanarak kira sözleşmesini feshedemez.<sup>11</sup> Aynı şekilde, sözleşmenin kurulması sırasında var olan önemli sebeplere dayanarak feshedilmesi; bu sebebin varlığının sözleşmenin kurulması aşamasında bilinmiyor yahut bilinmesinin beklenmiyor olmasına bağlıdır, başka bir deyişle sözleşmenin kurulması aşamasında var olan önemli sebebin varlığını bilen yahut bilebilecek durumda olan kimsenin bu sebebe dayanarak sözleşmeyi feshetmesi mümkün değildir.<sup>12</sup> Önemli sebepler önceden öngörülebilir olsa dahi bu sebeplerin sonuçları ve boyutları önceden öngörülebilir değil ise, önemli sebep gerçekleşmiş sayılacaktır. Taraflar sözleşme ile bazı nedenleri tahdidi olarak kararlaştırabilirler,<sup>13</sup> ancak bu durum önemli sebeple fesih hakkının kısıtlanması veya ortadan kaldırılması anlamına gelmeyecektir.<sup>14</sup>

Önemli sebebe dayanarak kira sözleşmesinin fesih için, fesih bildiriminin muhatabının kusurlu olması şart değildir. Zira önemli sebep, taraflardan bağımsız bir olguya da dayanabilir. Ancak doktrinde, tarafların tamamen kusursuz olmasının aranmaması gerektiği, sözleşmeyi feshetmek isteyen tarafın daha az kusurlu olmasının yeterli olduğunu savunan bazı görüşler de savunulmaktadır.<sup>15</sup> Önemli sebeple fesih için aranan şart, önemli sebep teşkil eden olgunun kira ilişkisinin devamını çekilmez hale getirmesidir.<sup>16</sup> Fakat belirtmek gerekir ki, kendi kusurlu davranışları ile önemli sebebin oluşumuna sebep olan taraf, bu önemli sebebe dayanarak kira sözleşmesini feshedemeyecektir. Bu duruma örnek olarak kusurlu hareketleri neticesinde işten atılan kiracının, işsizliğini neden göstererek sözleşmeyi sona erdirmek istemesi gösterilebilir.<sup>17</sup>

The reason for the termination may be arising from the lessor, the lessee or other external factors beside the parties. The external factors may be exemplified with causes such as wars, natural events and etc.<sup>18</sup> The source of the reason is not important. For example, conditions such as illness that occur in the people who live together with the lessee may be considered as major cause for the lessee;<sup>19</sup> however, in the event that the major cause is arising from one of the parties, defectiveness of the parties should be taken into account while deciding. In the event that the major cause is arising from the person of the party who makes the notification of termination, unpredictability shall also be examined either.

Whether the economic conditions of the parties may be considered as a major cause brings conflicts in its wake. According to some authors, changes in the economic conditions of the parties shall be considered as a major reason,<sup>20</sup> while according to

There are different opinions on the doctrine about the practice in cases where there are multiple lessees or lessors.

Birden fazla kiracının yahut kiraya verenin olduğu durumlarda nasıl bir uygulamanın izleneceği doktrinde tartışılmaktadır.

some authors, this shall be included in the life risk of the party whose economic condition deteriorates and will not considered as a major reason.<sup>21</sup> As an example of the second opinion, in roofed workplace leases, stagnation of business of the lessee and economic stagnation shall not be utilized as a major reason and lessee will not have the extraordinary termination right on the basis of major causes can be given.<sup>22</sup>

There are different opinions on the doctrine about the practice in cases where there are multiple lessees or lessors. In case a major reason occurs in the person

Feshe yol açan sebep kiracıdan, kiraya verenden yahut taraflar dışında kalan dış etkenlerden kaynaklanabilir. Dış etkenlere örnek olarak savaş, doğa olayları gibi nedenler gösterilebilir.<sup>18</sup> Bu sebebin kaynağının ne olduğu önem taşımamaktadır. Örneğin kiracının birlikte yaşadığı kimlerde ortaya çıkan hastalık gibi durumlarda kiracı açısından önemli sebep olarak değerlendirilebilmektedir,<sup>19</sup> ancak önemli sebebin taraflardan birinden kaynaklanıyor olması halinde tarafların kusur durumu irdelenerek karar verilmesi gerekir. Keza, önemli sebebin fesih beyanında bulunan tarafın şahsından kaynaklandığı durumlarda öngörülemezlik unsurunun da irdelenmesi gerekmektedir.

Tarafların ekonomik durumunun önemli sebep olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği pek çok tartışmayı beraberinde getirmektedir, bazı yazarlara göre tarafların ekonomik durumlarındaki değişiklikler önemli sebep olarak kabul edilmekteyken,<sup>20</sup>

There are different opinions on the doctrine about the practice in cases where there are multiple lessees or lessors.

Birden fazla kiracının yahut kiraya verenin olduğu durumlarda nasıl bir uygulamanın izleneceği doktrinde tartışılmaktadır.

kimi yazarlara göre bu durum ekonomik durumu bozulan tarafın hayat rizikosuna dahil olacak ve önemli sebep teşkil etmeyecektir.<sup>21</sup> İkinci görüşe örnek olarak işyeri kirasında, kiracının işlerinin iyi gitmemesi yahut ekonomik durgunluk yaşanmasının önemli neden olarak değerlendirilmeyeceği ve kiracının önemli nedenle olağanüstü fesih hakkına sahip olmayacağı verilebilir.<sup>22</sup>

Birden fazla kiracının yahut kiraya verenin olduğu durumlarda nasıl bir uygulamanın izleneceği doktrinde tartışılmaktadır. Önemli nedenin tek bir kiracının şahsında meydana

## FOOTNOTE

10 İncoğlu, p. 233

11 Turan Şahin, Kira Sözleşmesinin Önemli Sebeplerle Olağanüstü Feshi, Ankara Ünl. Hukuk Fak. Dergisi, p. 343, 344

12 İncoğlu, p. 234

13 Aydın, p. 236

14 Aydın, p. 219

15 Aydın, p. 220; İncoğlu, p. 236

16 Altınok Ormancı, Haklı Sebeple Fesih, p. 158.

17 Günel, p. 217; İncoğlu, p. 235

18 İncoğlu, p. 236

19 Gümüş, p. 270; Günel, p. 220; Aydın, p. 192,193; İncoğlu, p. 237

20 Gümüş, p. 270

21 İncoğlu, p. 240

22 İncoğlu, p. 231

## DİPNOT

10 İncoğlu, s. 233

11 Turan Şahin, Kira Sözleşmesinin Önemli Sebeplerle Olağanüstü Feshi, Ankara Ünl. Hukuk Fak. Dergisi, s. 343, 344

12 İncoğlu, s. 234

13 Aydın, s. 236

14 Aydın, s. 219

15 Aydın, s. 220; İncoğlu, s. 236

16 Altınok Ormancı, Haklı Sebeple Fesih, s. 158.

17 Günel, s. 217; İncoğlu, s. 235

18 İncoğlu, s. 236

19 Gümüş, s. 270; Günel, s. 220; Aydın, s. 192,193; İncoğlu, s. 237

20 Gümüş, s. 270

21 İncoğlu, s. 240

22 İncoğlu, s. 231



## PART 15

IN CASE A MAJOR  
REASON ARISES,  
THE PARTY WILLING  
THE TERMINATE  
THE CONTRACT  
MAY TERMINATE  
THE CONTRACT IN  
ACCORDANCE WITH  
THE NOTIFICATION  
PERIOD OF  
TERMINATION.

of single lessee, there is an opinion on the doctrine which argues that it is possible for the lessee in question to serve a termination notice; in this case the contract the contract will be terminated in terms of himself and will continue to exist in terms of other lessees.<sup>23</sup> According the opposing opinion, it is argued that arising a major reason in the person of one of the lessee's is sufficient to terminate the lease contract in such a way as to be effective for all lessees.<sup>24</sup> According the second opinion, lessees must agree on the declaration of the termination will and serve a notice of termination jointly. The same assessment will made in case there are multiple lessees.

### 3. Serving the Termination Notice

In case a major reason arises, the party willing the terminate the contract may terminate the contract in accordance with the notification period of termination. As a rule, notice of termination is not subjected to any validity conditions, the important thing is that the notification must contains the will of termination and shall reaches to the opposite party.<sup>25</sup> However, notification must be made in writing in the residence and roofed workplace leases in accordance with the TCO a.348.<sup>26</sup>

According the TCO a.329; "Each of the parties may cancel the lease contract for an immovable property or a movable property by following the three-month termination notification period for the end of the lease period determined by local custom or for the end of six-month lease period if there is no such a custom." Accordingly, a lease contract for an immovable property or a movable property may be terminated by following the three-month termination notification period. As per TCO a.330; "Each of the parties may anytime terminate a movable property lease contract by following the three days cancellation notification period. The lease of a movable property which is leased for occupational end by the Lessor and used for private ends by Lessee and may cancel the lease contract by notifying minimum one month before for the end of the three months least period. In this case, the Lessor shall not be entitled to claim for compensation of his damages." Accordingly, a

gelmesi durumunda doktrinde bir görüş; söz konusu kiracının fesih bildiriminde bulunmasının mümkün olduğunu, bu durumda sözleşmenin kendisi bakımından sona ermiş olacağını, diğer kiracılar açısından sözleşmenin varlığını devam ettireceğini savunmaktayken<sup>23</sup> aksi görüş; kiracıardan birinin şahsında doğan önemli sebebin yeterli olduğunu, bu sebebe dayanılarak kira sözleşmesinin tüm kiracılar bakımından hüküm ifade edecek şekilde sona erdirilmesinin mümkün olduğunu savunmaktadır.<sup>24</sup> İkinci görüşe göre kiracıların fesih iradesi yöneltmesi hususunda anlaşmaları ve elbirliği ile fesih beyanında bulunmaları gereklidir. Birden fazla kiraya verenin olması durumunda da aynı şekilde değerlendirme yapılacaktır.

### 3. Fesih Bildiriminde Bulunulması

Önemli bir sebebin ortaya çıkması halinde sözleşmeyi sona erdirmek isteyen taraf, fesih bildirim süresine uyarak sözleşmeyi feshedebilir. Fesih beyanı kural olarak herhangi bir geçerlilik şartına tabi değildir, önemli olan beyanın karşı tarafa ulaşması ve fesih iradesini içeriyor olmasıdır.<sup>25</sup> Ancak TBK'nın 348. maddesi uyarınca konut ve çatılı işyeri kiralalarında bu bildirim mutlaka yazılı olarak yapılması gerekmektedir.<sup>26</sup>

TBK'nın 329. maddesine göre; "Taraflardan her biri, bir taşınmaza veya taşınır bir yapıya ilişkin kira sözleşmesini yerel âdetle belirlenen kira döneminin sonu için veya böyle bir âdetin bulunmaması durumunda, altı aylık kira döneminin sonu için, üç aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir." Buna göre bir taşınmaza yahut taşınır yapıya ilişkin kira sözleşmesi, üç aylık fesih bildirim süresine uyulmak suretiyle sona erdirilebilir. TBK'nın 330. maddesine göre; "Taraflardan her biri, bir taşınıra ilişkin kira sözleşmesini üç gün önceden yapılacak fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir. Kiraya verenin mesleki faaliyeti gereği kiraya verdiği ve kiracının da özel kullanımına yarayan taşınır bir malın kiracısı, kira sözleşmesini, üç aylık kira dönemi sonu için en az bir ay önceden yapacağı bir fesih bildiriyle sona erdirebilir. Bu durumda kiraya verenin, zararının giderilmesini isteme hakkı yoktur." Buna göre bir taşınıra ilişkin kira sözleşmesi, üç gün önceden yapılacak fesih bildiri ile sona erdirilebilir.

lease contract for a movable property may be terminated by notifying other party three days before the termination.

It is not specified in the law that when the notification of termination should be served. At this point, it is important that the notification of termination must be served before the major reason disappears, otherwise after the major reason disappears, the contract cannot be terminated on the basis of such reason. Although it is mentioned in TCO a.331 that the lease contract may always be terminated, notice of termination must be served within a short period of time following the occurrence of the major reason in accordance with the honesty rule. According an option on the doctrine, failure to serve a notice of termination for a long time after the claim that the major reason makes the continuation of the contract unbearable may be deemed contrary to the honesty rule;<sup>27</sup> while it is argued by opposing opinion that the major reason is not constitutes such unreasonableness or the state of unreasonableness has ended.<sup>28</sup>

While according the TCO a.331, in termination for a major reason, it is necessary to comply with the legal notification periods of termination specified in TCO a.329 and 330, there is not any obligation to comply with the termination periods.<sup>29</sup> The notice of termination to be made will begin to have consequences at the end of the legal notification periods of the termination.



ÖNEMLİ BİR SEBEBİN  
ORTAYA ÇIKMASI HALİNDE  
SÖZLEŞMEYİ  
SONA ERDİRMEK İSTEYEN  
TARAF, FESİH  
BİLDİRİM SÜRESİNE  
UYARAK SÖZLEŞMEYİ  
FESHEDEBİLİR.

Kanunda fesih bildirimini ileri sürülmesi gerektiği zaman belirtilmemiştir. Bu noktada önemli olan, fesih bildirimini önemli sebep ortadan kalkmadan yapılmasının gerektiğidir, zira önemli sebep ortadan kalktıktan sonra sözleşme bu sebebe dayanılarak feshedilemeyecektir. Her ne kadar TBK'nın 331. maddesinde kira sözleşmesinin her zaman feshedilebileceğinden bahsedilmişse de, dürüstlük kuralı gereğince önemli sebebin ortaya çıkmasını takip eden kısa bir süre içerisinde fesih bildiriminde bulunulmalıdır; zira önemli sebebin sözleşmenin devamını çekilmez kıldığı iddiasında bulunulduktan sonra uzunca bir süre fesih bildiriminde bulunulmaması doktrindeki bir görüşe göre dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek<sup>27</sup> iken bir diğer görüşe göreyse önemli sebebin çekilmezlik durumu yaratmadığı ya da çekilmezlik durumunun sona erdiği<sup>28</sup> savunulabilecektir.

TBK madde 331'e göre, önemli sebeple yapılacak fesihte, TBK madde 329 ve 330'da belirtilen yasal fesih bildiri sürelerine uyulması gerekli olup, fesih dönemine uyma zorunluluğu yoktur.<sup>29</sup> Yapılacak olan fesih bildiri, yasal fesih bildirim sürelerinin sonunda sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır.

### FOOTNOTE

23 Gümüş, p. 271; Aydın, p. 221

24 Günel, p. 271; İncoğlu, p. 246

25 İncoğlu, p. 247; Gümüş, p. 272; Aydın, p. 229

26 İncoğlu, p. 247; Gümüş, p. 272

27 Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 2nd Edition, Ankara 2014, p. 649

28 Acar, Kira Hukuku Şerhi, p. 582; İncoğlu, p. 250 v.d.;

29 Av. Zeynep Dönmez, p. 172.

### DİPNOT

23 Gümüş, s. 271; Aydın, s. 221

24 Günel, s. 271; İncoğlu, s. 246

25 İncoğlu, s. 247; Gümüş, s. 272; Aydın, s. 229

26 İncoğlu, s. 247; Gümüş, s. 272

27 Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 649

28 Acar, Kira Hukuku Şerhi, s. 582; İncoğlu, s. 250 v.d.;

29 Av. Zeynep Dönmez, s. 172.

## PART 15

THE NATURAL CONSEQUENCE OF EXERCISING THE RIGHT OF TERMINATION IS THAT THE LEASE CONTRACT FINALIZES AT THE END OF THE NOTIFICATION PERIOD OF TERMINATION.

### C. Position Against Other Provisions

The first of the issues to focus on is the mutual positions of the TCO a.138 and TCO a.331. Mainly, the same conditions must be met in order for TCO a. 138 which specifies excessive difficulty of performance and TCO a. 331 which specifies extraordinary termination of the lease contract in the basis of major causes, to be applied; according to both provisions, a previously unforeseeable reason makes it unbearable for the one of the parties to expect the continuation of the contract under the existing terms in accordance with the honesty rule, and again, according to each provision, the terminator party must not be mistaken. Based on this, if these conditions which are common for both articles are occurred, the parties may be entitled to terminate the contract on the basis of major reasons and/or to request adaptation of the contract. In other words, TCO a.138 and TCO a.331 will compete each other. Although the same conditions must occur in order for both articles to be applied, while the parties may request adaptation of the contract according to the TCO a.138, it is not possible to request such adaptation but only possible to terminate the contract in the scope of TCO a.331. but based on the principle named "termination shall be the last resort", it is generally argued in the doctrine that TCO a.331 will not prevent to request adaptation of the contract. Accordingly, even one of the parties has gone to the path of termination, if the unbearableness of the contract may disappear through adaptation, and if one of the parties has made objection in this direction, the judge must go to the path of adaptation of the contract since the conditions of the termination have not been occurred.<sup>30</sup> But it should be noted that if any of the parties have not objected to the adaptation, the judge should not consider this option ipso facto, but only should inspect whether the conditions of the TCO a.331 has occurred.<sup>31</sup>

Another issue to focus on is the mutual positions of the TCO a.331 and TCO a.315. Mainly, TCO a.315 relates to the consequences of lessee's conducts contrary to debt;<sup>32</sup> however, it is also possible that such conducts

### C. Diğer Hükümler Karşısındaki Konumu

Madde hükmünün uygulama alanı konusunda üzerinde durulması gereken hususlardan biri TBK'nın 138. maddesi ile 331. maddesinin karşılıklı konumlarıdır. Aşırı ifa güçlüğü düzenleyen 138. madde ile önemli nedenle olağanüstü feshi düzenleyen 331. maddenin uygulama alanı bulabilmesi için esasen aynı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir; her iki hükme göre de önceden öngörülemeyen bir sebebin, taraflardan birinin sözleşmeye mevcut şartlarla devam etmesini dürüstlük kuralı uyarınca beklenemez kılması söz konusudur, yine her hükme göre de fesheden tarafın kusurlu olmaması gerekmektedir. Buradan hareketle, her iki madde için de ortak olan işbu şartların gerçekleşmesi halinde sözleşmenin tarafları, önemli sebebe dayanarak sözleşmeyi feshedebilecekleri gibi, bunun yerine sözleşmenin uyarılmasını da talep edebileceklerdir. Başka bir deyişle, 331. madde ile 138. madde birbirleriyle yarışacaktır. Her ne kadar her iki maddenin uygulanabilmesi için aynı şartların ortaya çıkması gerekmekte ise de 138. madde uyarılma talebinde bulunma imkânı tanımaktayken 331. madde uyarılma imkânı tanımamakta, yalnızca fesih imkânı öngörmektedir. Ancak feshin son çare olması ilkesinden hareketle 331. maddenin uyarılma talep etmeye engel olmayacağı doktrinde genel olarak savunulmaktadır; buna göre önemli sebebin varlığı halinde taraflardan biri fesih yoluna gitmiş olsa dahi uyarılma yoluyla sözleşmenin çekilmez hale gelmiş olması durumu ortadan kalkacaksa ve taraflardan biri bu yönde bir itirazda bulunmuşsa hakim, feshin şartlarının gerçekleşmemiş olması sebebiyle sözleşmeyi uyarılma yoluna gitmelidir.<sup>30</sup> Ancak dikkat edilmelidir ki taraflardan herhangi biri uyarılma itirazında bulunmamış ise hakim bu durumu kendiliğinden dikkate almamalı, yalnızca 331. maddenin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini denetlemedir.<sup>31</sup>

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise 331. madde ile kiracının iflasını düzenleyen 315. maddenin karşılıklı konumlarıdır. 315. madde kiracının borca aykırı davranışının sonuçlarına ilişkindir;<sup>32</sup> ancak bu davranışın kiraya veren açısından sözleşmenin devamını çekilmez kılması da mümkündür.<sup>33</sup>

may make the continuation of the contract unbearable from the point of the view of the lessor.<sup>33</sup> An opinion in the doctrine argues that TCO a.331 and TCO a.315 compete each other and the lessor is free to rely on the provision he wishes,<sup>34</sup> while another opinion argues that TCO a.315 is a special provision that if the conditions are met, parties must rely on only TCO a.315.<sup>35</sup>

### D. Consequences of the Termination

#### 1. Finality

The natural consequence of exercising the right of termination is that the lease contract finalizes at the end of the notification period of termination. In case there is a dispute over the existence of the major cause, such dispute will be concluded by the judge; the judge's decision will be considered as a declaratory ruling.<sup>36</sup> Following the termination, the lessee will have an obligation to return all the goods and values left to him within the scope of the lease relationship.<sup>37</sup>

#### 2. Compensation for Damages

The party who notices termination on the basis of major causes has no obligation to pay any compensation to contrary party. However, a wide discretionary power is given to the judge to determine the monetary consequences of termination as per second paragraph of the TCO a.331.<sup>38</sup> Accordingly, the judge will determine the monetary payment which the terminator party will make to opposite party, by taking into the situation and conditions, regardless of the defect of the terminator party. Monetary payment refers to positive loss of the interlocutor of termination, in other words, "positive losses" will be based in determining the monetary consequences of termination on the basis of major causes. Such losses can exemplified as prudential lease costs that the lessor is deprived of due to termination of the contract by lessee, the lease cost loss that the lessee is exposed to due to having to pay a higher lease cost, removal costs of the lessee and etc. Yet, the upper limit of the lessor's loss will be the sum of the remaining lease costs.<sup>39</sup> In this way, it

FESİH HAKKININ KULLANILMASININ DOĞAL SONUCU KİRA SÖZLEŞMESİNİN FESİH İHBAR SÜRESİNİN SONUNDA SONA ERMESİDİR.

Doktrinde bir görüş 331. madde hükmü ile 315. madde hükmünün yarışma içerisinde olduğunu ve kiraya verenin dilediği maddeye dayanmakta özgür olduğunu savunmaktayken<sup>34</sup> diğer bir görüşe göre 315. maddenin özel hüküm olduğu, şartların gerçekleşmesi halinde mutlaka 315. madde hükümlerine dayanılması gerektiği savunulmaktadır.<sup>35</sup>

### D. Feshin Sonuçları

#### 1. Sona Erme

Fesih hakkının kullanılmasının doğal sonucu kira sözleşmesinin fesih ihbar süresinin sonunda sona ermesidir. Önemli sebebin varlığı hususunda uyumsuzluk hasil olması halinde uyumsuzluk hakim tarafından neticelendirilecektir; hakim karar bir tespit hükmü niteliği taşıyacaktır.<sup>36</sup> Fesihle birlikte kiracının, kira ilişkisi kapsamında kendisine bırakılan eşya ve değerlerin tümünü, kendisine bırakıldığı şekilde geri verme yükümlülüğü doğacaktır.<sup>37</sup>

#### 2. Zararların Tazmini

Önemli sebebe dayanarak fesih bildiriminde bulunan tarafın karşı tarafa herhangi bir tazminat ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır, ancak 331. maddenin ikinci fıkrası hükmü uyarınca hâkimin feshin parasal sonuçlarına karar verebileceği belirtilerek, hâkime geniş bir takdir yetkisi verilmiştir.<sup>38</sup> Buna göre hakim, durum ve koşulları da göz önünde bulundurarak kira sözleşmesini fesih bildirimini yaparak sona erdiren tarafın kusur durumunu önemli olmaksızın, karşı tarafa yapacağı parasal ödemeyi belirleyecektir. Parasal ödeme feshin muhatabının olumlu zararını ifade etmektedir, başka bir deyişle önemli sebeple feshin parasal sonuçları belirlenirken, "olumlu zararlar" esas alınacaktır. Bu zararlara, kiracının feshi nedeniyle kiraya verenin ileriye dönük yoksun kaldığı kira bedelleri, kiracının daha yüksek bir kira bedeli ödemek zorunda kalması sebebiyle maruz kaldığı kira bedeli zararı, taşıma giderleri örnek gösterilebilir. Fakat kiraya verenin zararının üst sınırı bakiye süreye ilişkin kira bedelleri toplamı kadar olacaktır.<sup>39</sup> Bu şekil-

### FOOTNOTE

30 Inceoğlu, p. 227

31 Inceoğlu, p. 227, 228

32 Inceoğlu, p. 224

33 Inceoğlu, p. 224

34 Inceoğlu, p. 224

35 Inceoğlu, p. 224; Aydın, s. 245

36 Inceoğlu, p. 251

37 Acar, p. 582.

38 Acar, p. 583.

39 Acar, p. 583.

### DİPNOT

30 Inceoğlu, s. 227

31 Inceoğlu, s. 227, 228

32 Inceoğlu, s. 224

33 Inceoğlu, s. 224

34 Inceoğlu, s. 224

35 Inceoğlu, s. 224; Aydın, s. 245

36 Inceoğlu, s. 251

37 Acar, s. 582.

38 Acar, s. 583.

39 Acar, s. 583.



## PART 15

is provided to cover the loss of the interlocutor of termination due to finalization of the contract before the term. At this point, the expenses that the party who wants to compensate is saved and the values obtained due to the termination of the contract before its term, should be deducted from the compensation.

While determining such amount, the judge will take into account the lessor's losses on lease costs, lessee's losses on his commercial life, the fact that the lessee had rent a new leasehold for a higher price and the fact that lessor had leased the leasehold to a third party for lower price and etc. The judge will also take into account the economic conditions of the parties and the behaviors that leading the parties to terminate the contract. In event that the lessee will have pay equalization payment within the scope of TCO a.331, the judge shall also take TCO a.325 into account. According to the provision of the article, the amount of the compensation that lessee will pay is limited for a reasonable period which the leasehold may be leased with similar terms and conditions. Accordingly, in the event that the lessee is obligated to pay equalization payment in accordance with the TCO a.331, TCO a.325 shall constitute the upper limit of the payment.<sup>40</sup>

In addition to these explanations of monetary consequences, it should be noted that, an opinion in the doctrine argues that TCO a.331/2 is not a imperative provision; in other words, the parties may decide whether compensation shall be paid or not in case the contract is terminated on the basis of major causes.<sup>41</sup> According to another opinion in the doctrine, it is argued that the parties have no ability to limit the authority granted to the judge by law on determining the lump sum to be paid as compensation, while opposing opinion states that it is possible for the parties to determine the amount of compensation in advance. Upon second opinion, determined compensation amount should be considered invalid, in the scenario that the high compensation amount restricts the right to terminate the contract on the basis of extraordinary reasons.<sup>42</sup> Lastly, it should be noted that, the judge may also decide parties to not to pay such equalization payment, by taking into account the situation and conditions.

de kira sözleşmesini fesheden tarafın, diğer tarafın sözleşmenin süresinden önce sona ermesi sebebiyle uğradığı zararı karşılaması öngörülmüştür. Bu noktada denkleştirme isteyen kimsenin, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi sebebiyle yapmaktan kurulduğu masraflar ve varsa elde ettiği değerler tazminattan mahsup edilmelidir.

Hakim, işbu tutarı belirlerken kiraya verenin kira bedeli kayıplarını, kiracının ticari hayatına ilişkin uğramış olduğu kayıpları, kiracının daha yüksek bir bedelle yeni bir yer kiralamasını, kiraya verenin kiraya konu şeyi daha düşük bir bedelle kiraya vermek zorunda kalması vb. hususlar ile tarafların ekonomik durumları ve feshe yol açan davranışları da göz önünde bulunduracaktır. Kiracının 331. madde kapsamında denkleştirme bedeli ödemek zorunda kalacağı durumlarda hakim, ayrıca TBK'nın 325. maddesini de dikkate almalıdır. Madde hükmüne göre kiracının ödeyeceği tazminat miktarı "kiralananın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makul bir süre" ile sınırlıdır. Buna göre, kiracının 331. madde uyarınca denkleştirme bedeli ödemek zorunda kaldığı durumlarda, ödeyeceği miktarın üst sınırını 325. madde teşkil etmelidir.<sup>40</sup>

Parasal sonuçlara ilişkin olarak yapılan bu açıklamalara ek olarak belirtilmelidir ki doktrindeki bir görüşe göre TBK'nın 331/2 hükmü emredici nitelikte değildir; başka bir deyişle taraflar, sözleşmenin önemli nedenlerle feshedilmesi halinde tazminat ödenmeyeceğini kararlaştırabilirler.<sup>41</sup> Yine doktrindeki bir görüşe göre tarafların, tazminat olarak ödenecek götürü bir bedel kararlaştırarak hakime Kanunla verilen yetkiyi sınırlandırma gibi bir imkanlarının olmadığı savunulmaktayken aksi görüş tarafların tazminat miktarını önceden belirlemelerinin mümkün olduğunu ifade etmektedir. İkinci görüşe göre önceden belirlenebilecek olan miktarın yüksek oranda olması olağanüstü fesih hakkını sınırlandıracağından dolayı işbu hakkı sınırlandırdığı ölçüde geçersiz sayılmalıdır.<sup>42</sup> Son olarak belirtilmelidir ki hakim de durum ve koşulları göz önüne alarak herhangi bir denkleştirme bedeli ödenmemesine karar verebilecektir.

### III. BANKRUPTCY OF LESSEE

#### A. In General

The extraordinary termination of the lease contract for bankruptcy of lessee is regulated under the article 332 of TCO. According to article; "If the lessee bankrupts after handing over the leased property, the lessor ask for a warranty for executory rentals. The lessor shall give a reasonable time to the lessee and the bankrupt's estate for getting the warranty. If such a warranty is not given to the lessor in the specified time, the lessor may immediately cancel the contract without following a new termination notification period." If lessee bankrupts, the lessor will be in danger of receiving the lease, and he will no longer be expected to continue the lease relationship. Therefore, the lessee's bankruptcy is regulated as one of the reasons for the termination on the basis of extraordinary reasons under the TCO a.332.<sup>43</sup> According to majority opinion in the doctrine, provision specified under TCO a.332 is imperative.<sup>44</sup> Accordingly, parties can not determine that the contract will terminate on its own in the event that the lessee goes bankrupt and likewise, the parties can not eliminate the opportunity of the lessor to demand guarantee and his right to terminate the contract in the event that the demanded guarantee is not provided by the lessee.<sup>45</sup>

#### B. Conditions of the Termination

##### 1. Bankruptcy of Lessee

The first condition that must occur is that the lessee becomes bankrupt. According to article 43 of the Enforcement and Bankruptcy Law ("EBL"), "Individuals or legal entities, who are defined as trader under the Turkish Commercial Code or who are subject to provisions of trader and also who are defined to be subject to bankruptcy by the private regulations will be subject to bankruptcy even though they are not a trader." Based on this, TCO a.332 may only be applied in terms of the people listed in the article 13 of the EBL.

As it stated in the TCO a.332, the lessee must become bankrupt after the delivery of leasehold.<sup>46</sup> In the event that the lessee became bankrupt

### III. KİRACININ İFLASI

#### A. Genel Olarak

Kira sözleşmesinin kiracının iflası nedeniyle olağanüstü feshi durumu TBK'nın 332. maddesinde düzenlenmiştir. İşbu maddeye göre; "Kiracı, kiralananın tesliminden sonra iflas ederse kiraya veren, işleyecek kira bedelleri için güvence verilmesini isteyebilir. Kiraya veren, güvence verilmesi için kiracı ve iflas masasına yazılı olarak uygun bir süre verir. Bu süre içinde kendisine güvence verilmezse kiraya veren, sözleşmeyi herhangi bir fesih bildirim süresine uymaksızın hemen feshedebilir." Kiracının iflas etmesi durumunda kiraya verenin kira alacağı tehlikeye düşecektir ve kira ilişkisini sürdürmesi artık kendisinden beklenmeyecektir. Bu nedenle kiracının iflası TBK'nın 332. maddesinde kira sözleşmesinin olağanüstü feshi sebeplerinden biri olarak düzenlenmiştir.<sup>43</sup>

Doktrindeki hâkim görüşe göre 332. madde hükmü emredici niteliktedir,<sup>44</sup> buna göre taraflar 332. maddenin aksine taraflar, kiracının iflası halinde sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğini kararlaştıramazlar, yine aynı şekilde kiraya verenin teminat talep etme ve teminat sağlanamaması halinde sözleşmeyi feshetme imkanını ortadan kaldıramazlar.<sup>45</sup>

#### B. Feshin Şartları

##### 1. Kiracının İflas Etmiş Olması

Gerçekleşmesi gereken ilk şart, kiralananın tesliminden sonra kiracının iflas etmesidir. İcra İflas Kanunu'nun ("İİK") "iflas yolu ile takip, ancak Ticaret Kanunu gereğince tacir sayılan veya tacirler hakkındaki hükümlere tabi bulunanlar ile özel kanunlarına göre tacir olmadıkları halde iflasa tabi buldukları bildirilen hakiki veya hükmi şahıslar hakkında yapılır." hükmünü içeren 43. maddesi uyarınca 332. madde yalnızca burada sayılan kimseler açısından uygulama alanı bulabilecektir.

332. madde hükmünde de belirtildiği üzere kiracı, kiraya verilenin teslim edilmesinden sonra iflas etmiş olmalıdır.<sup>46</sup> Kiracının sözleşmenin kurulmasından önce iflas etmiş olması durumunda ki-

#### FOOTNOTE

40 Inceoğlu, p.255

41 Inceoğlu, p. 257; Gümüş, p. 273, 274

42 Gümüş, p. 257; Aydın, p. 239

43 Inceoğlu, p. 257, 258

44 Inceoğlu, p. 259; Gümüş, p. 291

45 Inceoğlu, p. 259

46 Inceoğlu, s. 263

#### DİPNOT

40 Inceoğlu, s. 255

41 Inceoğlu, s. 257; Gümüş, s. 273, 274

42 Gümüş, p. 257; Aydın, s. 239

43 Inceoğlu, s. 257, 258

44 Inceoğlu, s. 259; Gümüş, s. 291

45 Inceoğlu, s. 259

46 Inceoğlu, s. 263

## PART 15

prior to establishment of the contract, the lessor will only be able to rely on the provisions related to mistake. If the lessee is bankrupt at the stage where the contract is established but the subject matter of the contract (leasehold) has not yet been delivered to lessee, the majority opinion in the doctrine argues that the lessor may avoid performing his duty arising from the contract and cancel the contract if the guarantee is not shown by the lessee within the reasonable time, in accordance with TCO a.98.<sup>47</sup>

## 2. Ask for Warranty from Lessee and Bankrupt's Estate by Giving a Reasonable Time

In order for the lease contract to be terminated on the basis of TCO a.332 following the bankruptcy of lessee, the lessor must demand warranty to be given for the executory lease costs by giving both the lessee and bankrupt's estate a reasonable time in writing. As it stated in text of article, the notice must be made in writing to both the lessee and bankrupt's estate. Requirement of written form is regulated as the condition for validity.<sup>48</sup> Such demand is not subjected to any period of prescription or time bar, as long as lessee's bankruptcy continues, the lessor will always be able to demand the warranty to be given. In the same way, a reasonable period of time must be given both the les-

see and bankrupt's estate separately, which leads the fact that the provision of TCO a.332 cannot find an application area before the bankrupt's estate is established and such fact creates many problems in practice. During the period while the bankrupt's estate has not yet been established, the lessor will not be able to rely on the provision of TCO a.332, so the only opportunity he has will be to terminate the contract due to default of the lessee in accordance with TCO a.315, but the lessor will not be able to commence execution proceedings demanding eviction against the bankrupt lessee.

## 2. Kiracıya ve iflas Masasına Süre Verilerek Teminat Talep Edilmesi

Kiracının iflasının gerçekleşmesinin ardından 332. maddeye dayanarak kira sözleşmesinin feshedilebilmesi için kiraya veren, hem kiracıya hem de iflas masasına yazılı olarak uygun bir süre vermek suretiyle işleyecek kira bedelleri için teminat gösterilmesini talep etmelidir. Madde metninde belirtildiği üzere ihtar yazılı olarak hem kiracıya hem de iflas masasına yapılmalıdır, yazılılık şartı geçerlilik şartı olarak öngörülmüştür.<sup>48</sup> Bu talep herhangi bir hak düşürücü süreye yahut zamanaşımına tabi değildir, iflas durumu devam ettiği sürece kiraya veren teminat gösterilmesini talep edebilecektir. Aynı şekilde hem iflas masasına hem de kiracıya ayrı ayrı süre verilmesi

gerekmektedir ki bu durum, iflas masası kurulmadan önce 332. madde hükmü uygulama alanı bulamamasına sebep olmakta ve uygulamada pek çok problem doğurmaktadır. İflas masasının henüz kurulmamış olduğu dönemde alacaklı kiraya veren 332. madde hükmüne dayanamayacağından dolayı elindeki tek imkân 315. madde uyarınca kiracının temerrüdü nedeniyle sözleşmeyi feshetmek olacak, ancak iflas etmiş kiracı aleyhine tahliye talepli icra takibi başlatamayacaktır.

Kiraya veren, ancak işleyecek kira bedelleri için teminat gösterilmesini talep edebilecektir.<sup>49</sup> Bu noktada hangi kira bedellerinin işlediğinin tespiti önem taşıyacaktır. Doktrinde bir görüşe göre iflasın açılma anı esas alınarak bu tarihten önceki kira bedelleri işlenmiş sayılmayken<sup>50</sup> başka bir görüşe göre ihtarin gönderilmesinden önceki kira bedelleri işlenmiş sayılacaktır ve bunlar için teminat gösterilmesi talep edilemeyecektir.<sup>51</sup> Gösterilecek teminatın miktarı ise kira sözleşmesinin (belirli süreli kira sözleşmesinin) kalan bakiye süresine göre belirlenecektir.<sup>52</sup>

Teminat gösterilmesine yönelik olarak kiracıya ve iflas masasına kiraya veren tarafından ne kadar süre verilmesi gerektiği 332. maddede belirtilmemiştir; bunun yerine "Kiraya veren, güvence verilmesi için kiracı ve iflas masasına yazılı olarak uygun bir süre verir." denilerek verilecek sürenin somut olayın koşullarına göre tespit edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Uygun sürenin tespitinde temel kıstas gösterilecek olan teminat bedeli olmalıdır, zira teminat miktarı arttıkça uygun sürenin de nispeten uzun tespit edilmesi gerekmektedir.<sup>53</sup> Süre, her biri için ihtarin kiracıya ve iflas masasına ulaşmasından itibaren başlayacaktır. Doktrinde bir görüşe göre borçlunun temerrüdü hükümlerinden hareketle kiracı ile iflas masasının tutumlarından süre verilmesinin etkisiz kalacağı anlaşılmakta ise kiraya veren, kira sözleşmesini derhal feshedebilecektir.<sup>54</sup>

TCO a.332 does not specify the length of the time period which shall be given by the lessor; instead, it was stated in the article that "The lessor shall give a reasonable time to lessee and bankrupt's estate for getting a warranty." In this way, it was stated that the time to be given by the lessor should be determined according to the conditions of the concrete event. The amount of the warranty that will be given should be based on when determining the reasonable time, because as the amount of warranty increases, the reasonable time period should also be determined relatively long.<sup>53</sup> The reasonable time period will begin after the arrival of the notice for both lessee and bankrupt's estate. According to an opinion in doctrine, based on the provisions of default of lessee, the lessor will be able to terminate the lease contract immediately in the event that it is foreseen that giving a reasonable time to lessee and bankrupt's estate will be ineffective based on manners of them.<sup>54</sup>

## FOOTNOTE

47 Yavuz/Acar/Özen, s. 265; İncoğlu, s. 264; Gümüş, s. 290; Aydın, s. 150; Doğan, Sona Erme, s. 241

48 Akyiğit, s. 137; İncoğlu, s. 265

49 İncoğlu, s. 266

50 Aydın, s. 159; İncoğlu, s. 263

51 İncoğlu, s. 266

52 Tandoğan, cilt I/2, s. 229; İncoğlu, 266; Yavuz/Acar/Özen, s. 266; Gümüş, s. 293; Aydın, s. 159; Doğan, s. 243

53 İncoğlu, p. 267; Akyiğit, p. 137

54 İncoğlu, p. 269; Gümüş, p. 292, 293; Doğan, p. 245



## DİPNOT

47 Yavuz/Acar/Özen, s. 265; İncoğlu, s. 264; Gümüş, s. 290; Aydın, s. 150; Doğan, Sona Erme, s. 241

48 Akyiğit, s. 137; İncoğlu, s. 265

49 İncoğlu, s. 266

50 Aydın, s. 159; İncoğlu, s. 263

51 İncoğlu, s. 266

52 Tandoğan, cilt I/2, s. 229; İncoğlu, 266; Yavuz/Acar/Özen, s. 266; Gümüş, s. 293; Aydın, s. 159; Doğan, s. 243

53 İncoğlu, s. 267; Akyiğit, s. 137

54 İncoğlu, p. 269; Gümüş, p. 292, 293; Doğan, s. 245



## PART 15

**3. No Warranty Given During the Reasonable Time Period Given by Lessor**

Although a reasonable time has given by the lessor in order for bankrupt lessee to provide a warranty, lessor's right to terminate the contract will arise if no warranty is given by lessee and/or bankrupt's estate.<sup>55</sup> At this point, it does not matter who gives the warranty, in other words, it makes no differences whether it is given by lessee or a third party.<sup>56</sup> However, the warranty must cover the executory lease costs and additional costs and shall be acceptable by the lessor.<sup>57</sup> There is no difference between the facts that the warranty is inadequate, unacceptable or has never been given.

If prior to the bankruptcy of the lessee, the lessor has been given in the amount of sufficient warranty in terms of receivable lease costs, in this case, no new and additional warranty will required to be given by the lessee or bankrupt's estate.<sup>58</sup> In same way, according to an opinion in the doctrine, in the event that lessor has the right of lien and if the lienable item constitutes sufficient warranty for lessee, no new and/or additional warranty will be required to be given by the lessee or bankrupt's estate, since the source of the warranty does not matter as well as who gave it, the obligation to give the warranty will disappear as long as it is sufficient to meet the lessor's receivables. But it should be noted that in order for disappearance of the obligation to give warranty, right of lien should have been used in accordance with TCO a.338, and the lienable item can only be deemed as warranty of six months' lease costs as per TCO a.336; if the remaining term of the contract is more than six months, warrant shall be given for the part of the term which is more than six months.<sup>59</sup> Lastly, in the scenario that there are multiple lessees and all lessees are liable to lessor jointly, there will be no obligation to give warranty if the presence of other lessee's constitutes sufficient assurance from the lessor's point of view;<sup>60</sup> but in order for this situation to be in question, the financial situations of the lessees other than those who are bankrupt must be good.

**C. Notice of Termination**

In the event that the warrant is not give to lessor within reasonable time period which is given by lessor to lessee and bankrupt's estate in writing, the lessor must submit a

**3. Verilen Süre İçerisinde Teminat Gösterilmemiş Olması**

Kiraya verenin, iflas eden kiracıya teminat vermesi için uygun süre vermiş olmasına rağmen kiracı ve iflas masası tarafından herhangi bir teminat gösterilmediği takdirde fesih hakkı doğacaktır.<sup>55</sup> Teminatın kim tarafından verildiği bu noktada önem taşımamaktadır, başka bir deyişle kiracı yahut üçüncü kişi tarafından verilmesi fark yaratmamaktadır.<sup>56</sup> Ancak teminat, işleyecek kira bedelleri ile yan giderleri karşılamalı ve kiraya veren tarafından kabul etmesi beklenebilir olmalıdır.<sup>57</sup> Teminatın yetersiz ve kabul edilemez olması ile teminatın hiç gösterilmemiş olması arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır.

Kiracı tarafından iflas durumu oluşmadan önce kiraya verene kira alacağı açısından yeterli teminat verilmişse ve bu teminat tutarı yeterli miktarda ise bu durumda kiracı yahut iflas masası tarafından yeni bir teminat gösterilmesi gerekmeyecektir.<sup>58</sup> Aynı şekilde kiracının hapis hakkının olduğu durumlarda üzerinde hapis hakkı bulunan şey yeterli teminat oluşturuyor ise doktrindeki bir görüşe göre kiracı yahut iflas masası tarafından yeni bir teminat gösterilmesi gerekmeyecektir, zira teminatın kim tarafından verildiği gibi kaynağı da önem taşımayacağından kiraya verenin alacağını karşılamaya yettiği sürece teminat gösterilmesi zorunluluğu ortadan kalkacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, teminat gösterme zorunluluğunun ortadan kalkması için hapis hakkının 338. madde uyarınca kullanılmış olması gerekmektedir ve hapsedilen eşyaya 336. madde uyarınca ancak altı aylık kira bedelinin güvencesi olarak başvurulabilir; sözleşmenin kalan bakiye süresi altı aydan fazla ise fazla olan kısım için teminat gösterilmesi gerekmektedir.<sup>59</sup> Son olarak birden fazla kiracının mevcut olduğu ve tüm kiracıların müteselsil olarak sorumlu oldukları durumda diğer kiracıların varlığının kiraya veren açısından yeterli bir güvence teşkil etmesi durumunda teminat gösterme zorunluluğu söz konusu olmayacaktır.<sup>60</sup> Ancak bu durumun söz konusu olabilmesi için iflas eden dışındaki kiracıların maddi durumlarının iyi olması gerekmektedir.

**C. Fesih Bildirimi**

Kiraya veren tarafından kiracıya ve iflas masasına yazılı olarak verilen uygun süre içerisinde teminat gösterilememesi halinde kiraya veren, sözleşmeyi sona erdirebilmek

notice of termination in order to terminate the contract.<sup>61</sup> The lessor may submit the notice at any time following the expiration of the reasonable time period. However, it should be noted that failure to notify the lessee about the termination for a long time period following the expiration of reasonable time period may be considered as implicit declaration of intent on continuation of the contract.<sup>62</sup> In the same way, if the warranty given after the expiration of reasonable time period but not yet before the notice of termination is accepted, the lessor may considered as to have implied waiver on the right to terminate the contract.

Although a form condition has been stipulated in law that this reasonable time period must be given in writing to lessee and bankrupt's estate by lessor, there is such form condition stipulation in the law in relation to notice of termination to be made at the end of the reasonable time period; however, the notice of termination in residence and roofed workplace leases must be made in writing in accordance with TCO a.348.

There is no difference between the facts that the warranty is inadequate, unacceptable or has never been given.

Teminatın yetersiz ve kabul edilemez olması ile teminatın hiç gösterilmemiş olması arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır.

**D. Position Against Other Provisions**

There is a close relationship between the provisions of TCO a.331 which regulates the extraordinary termination of the contract on the basis of major reasons and TCO a.332 which regulates the extraordinary termination of the contract on the basis of bankruptcy of the lessee. According to majority opinion in the doctrine, there is a general-special provision relationship between the provisions TCO a.331 and TCO a.332. Respectively, if the necessary conditions for both provisions have been met, provisions of TCO a.332 will find an area of application.<sup>63</sup>

için fesih bildiriminde bulunmalıdır.<sup>61</sup> Verilen uygun sürenin sona ermesini takiben kiraya veren, dilediği zaman fesih bildiriminde bulunabilir. Ancak dikkat edilmelidir ki, verilen uygun sürenin sona ermesinden itibaren uzunca bir süre boyunca kiracı tarafından fesih bildiriminde bulunulmaması, sözleşmenin devamına yönelik zımni bir irade beyanı olarak kabul edilebilecektir.<sup>62</sup> Aynı şekilde verilen uygun sürenin sona ermesinden sonra ve fakat henüz fesih bildiriminde bulunulmadan önce verilen teminatın kabul edilmesi durumunda kiraya verenin fesih hakkından zımni olarak feragat ettiği kabul edilebilecektir.

Kiraya veren tarafından verilecek uygun süre açısından işbu sürenin yazılı olarak verilmesi gerektiğine dair bir şekil şartı öngörülmesi olmasına rağmen uygun sürenin sonunda yapılacak olan fesih bildirimine ilişkin olarak herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir, ancak TBK'nın 348. maddesi uyarınca konut ve çatılı işyeri kiralalarında fesih bildiriminin yazılı şekilde yapılması gerekmektedir.

**D. Diğer Hükümler Karşısındaki Konumu**

Önemli sebeple olağanüstü fesih halini düzenleyen 331. madde hükmü ile kiracının iflası sebebiyle sözleşmenin olağanüstü feshini düzenleyen 332. madde arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Doktrindeki baskın görüşe göre 331. madde hükmü ile 332. madde hükmü arasında genel-özel hüküm ilişkisi bulunmaktadır, buna göre her iki madde için de gereken şartların gerçekleşmiş olması halinde 332. madde hükümleri uygulama alanı bulacaktır.<sup>63</sup>

**FOOTNOTE**

55 Inceoğlu, p. 270; Gümüş, p. 294

56 Inceoğlu, p. 270; Burcuoğlu, Tahliye, p. 279; Arpacı, Borçlar Özel, p. 249

57 Inceoğlu, p. 270;

58 Inceoğlu, p. 271;

59 Inceoğlu, p. 272;

60 Inceoğlu, p. 272; Gümüş, p. 293

61 Inceoğlu, p. 269; Burcuoğlu, p. 278

62 Inceoğlu, p. 272; Doğan, p. 246

63 Inceoğlu, s. 260; Gümüş, s. 267

**DİPNOT**

55 Inceoğlu, s. 270; Gümüş, s. 294

56 Inceoğlu, s. 270; Burcuoğlu, Tahliye, s. 279; Arpacı, Borçlar Özel, s. 249

57 Inceoğlu, s. 270;

58 Inceoğlu, s. 271;

59 Inceoğlu, s. 272;

60 Inceoğlu, s. 272; Gümüş, s. 293

61 Inceoğlu, s. 269; Burcuoğlu, s. 278

62 Inceoğlu, s. 272; Doğan, s. 246

63 Inceoğlu, s. 260; Gümüş, s. 267

## PART 15

## E. Consequences of Termination

As the natural result of the termination, in the event that the contract is terminated on the basis of bankruptcy of lessee, the contract will be finalized. In contrast to the termination on the basis of major causes which regulated under the TCO a.331, no compensation is provided in TCO a.332 which regulates the termination on the basis of bankruptcy of lessee, because here the contract is not violated by the lessee but yet lessee becomes bankrupt. There are various opinions in the doctrine concerning the validity of contractual provisions that regulates the lessee's obligation to pay compensation in the event of the bankruptcy; according to one opinion, such provisions should be considered as valid,<sup>64</sup> while opposing opinion argues that such contractual provisions shall be deemed invalid as provisions of TCO a.332 are imperative.<sup>65</sup>

## IV. DEATH OF LESSEE

## A. In General

The extraordinary termination of the lease contract for death of lessee is regulated under the article 333 of TCO. According to article; "In case of death of the lessee, his heirs may cancel the contract by following the legal termination period for the end of the nearest cancellation period."

## E. Feshin Sonuçları

Kira sözleşmesinin kiracının iflası neticesinde feshedilmesi halinde feshin doğal sonucu olarak kira sözleşmesi sona erecektir. 331. maddede düzenlenen önemli nedenle fesihten farklı olarak, kiracının iflası sebebiyle feshi düzenleyen 332. maddede herhangi bir tazminat öngörülmemiştir, zira burada sözleşme ihlal edilmemekte, kiracı iflas etmektedir. Doktrinde, kiracının iflası halinde tazminat ödemek zorunda kalacağına yönelik sözleşmesel düzenlemelerin geçerliliği tartışılmaktadır; bir görüşe göre bu tarz düzenlemeler geçerli kabul edilmeliyken<sup>64</sup> aksi görüşe göre 332. maddenin emredici nitelikte olduğu, bu nedenle bu tarz düzenlemelerin geçersiz olacağı savunulmaktadır.<sup>65</sup>

## IV. KİRACININ ÖLÜMÜ

## A. Genel Olarak

Kira sözleşmesinin kiracının ölümü nedeniyle olağanüstü feshi durumu TBK'nın 333. maddesinde düzenlenmiştir. İşbu maddeye göre; "Kiracının ölmesi durumunda mirasçıları, yasal fesih bildirim süresine uyarak en yakın fesih dönemi sonu için sözleşmeyi feshedebilirler."

## FOOTNOTE

64 Tandoğan, s. 229; Doğan, s. 247

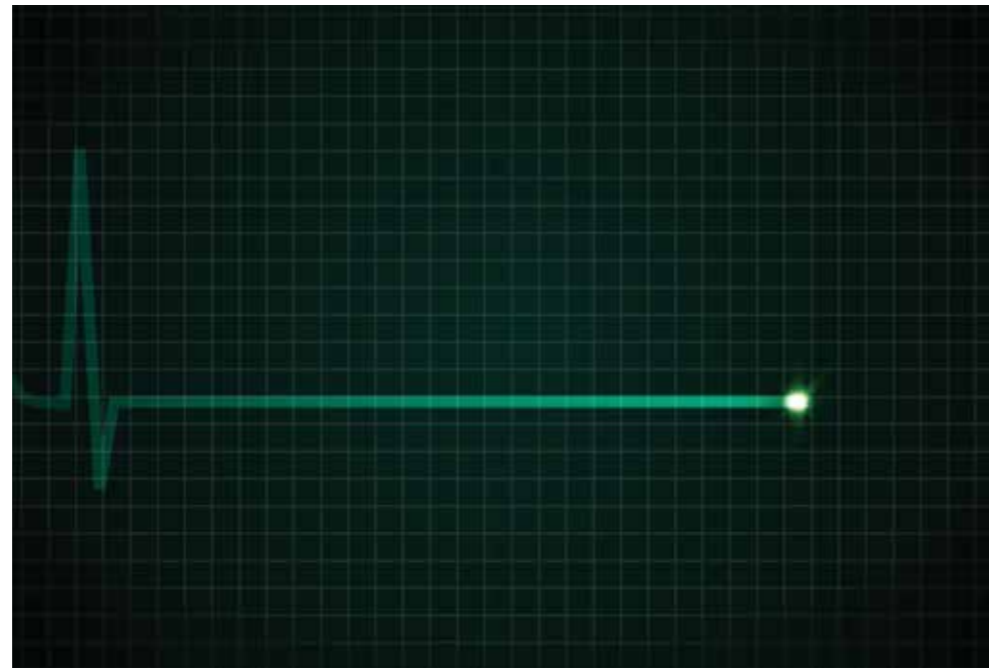
65 İnceoğlu, s. 277; Gümüş, s. 291

66 İnceoğlu, s. 279

67 Yavuz/Acar/Özen, p. 260.

68 Aydın, p. 130; İnceoğlu, p. 281

69 Tandoğan, p. 237; Yavuz/Acar/Özen, p. 286; Zevkiler/Gökayla; p. 322; Arpacı, p. 251; Erzurumluoğlu, Sona Erme, p. 44; Gümüş, p. 262; Aydoğdu/Kahveci, p. 582; Doğan, p. 306; Aydın, p. 130



In doctrine it is argued that provision of TCO a.333 is relative imperative provision. Accordingly, the terms and consequences of the provision may not be changed by providing otherwise in the lease contract, and the right of the heirs to terminate the contract may not be eliminated by adding a provision in this manner to the contract.<sup>66</sup>

It should be noted that although TCO a.333 provides the heirs of the lessee the right to terminate the contract, existence of this article does not constitute an impediment for heirs from relying on other termination reasons. As per principle of legal subrogation, the heirs have acquired other termination rights owned by the deceased lessee in accordance with the law.

According to majority opinion in the doctrine, the provision of TCO a.331 regulating the termination of the lease contract on the basis of major causes will not be applied in the event of death of lessee since TCO a.333 is a special provision that regulated for this unique situation and TCO a.331 is regulated as a general rule for the reasons for extraordinary termination. While termination of the contract on the basis of provision of TCO a.333 gives the heirs of the lessee the opportunity to terminate the lease contract without paying any kind of compensation,<sup>67</sup> it seems unlikely and illogical for heirs of the lessee to rely on the provision of TCO a.331 in order to terminate the contract which may be against the them, by taking into account the terminator party's obligation to pay compensation in the event that the contract is terminated in accordance with TCO a.311.

## B. Conditions of the Termination

## 1. Death of Lessee

In order for heirs to terminate the lease contract on the basis of extraordinary reason, the only condition to be met provided by the law is the death of lessee; such a right will not be born on the heirs before the lessee deceases. One of the issues that should be mentioned here is that the lessee's absence has been decided by the judge. As provided in TCC a.35, "the rights associated with death shall be used as if the death of the absent had been proven" in the event that the lessee's absence was decided. Based on this, heirs of the lessee will be able to exercise their extraordinary termination rights if the lessee's absence is decided.<sup>68</sup> It is mainly argued in the doctrine that the provision of TCO a.33 will not be able to applied in the event that the legal entities are terminated by merging or splitting.<sup>69</sup>

Doktrinde 333. madde hükmünün kiracı lehine nisbi emredici bir hüküm olduğu savunulmaktadır. Buna göre hükmün şart ve sonuçları kira sözleşmesinde aksi öngörülerek değiştirilemez, mirasçıların fesih hakkı sözleşmeye bu yönde bir hüküm eklenerek bertaraf edilemez.<sup>66</sup>

Belirtilmelidir ki her ne kadar 333. madde ile kiracının mirasçılarına sözleşmeyi fesih hakkı tanınmaktaysa da bu maddenin varlığı, mirasçıların diğer fesih sebeplerine dayanmalarına engel değildir. Kanuni halefiyet ilkesi gereğince mirasçılar, ölen kiracının sahip olduğu diğer fesih haklarını da kanun gereği iktisap etmişlerdir.

Doktrindeki hâkim görüşe göre, kira sözleşmesinin önemli sebeple feshini düzenleyen 331. madde hükmü, olağanüstü feshin özel olarak düzenlendiği ölüm halinde uygulanmayacaktır, zira 331. madde hükmü, olağanüstü fesih sebeplerine ilişkin genel kural olarak düzenlenmiştir. TBK m.333 kapsamında kalan fesih hakkı kiracının mirasçılarına tazminatsız olarak kira sözleşmesine son verme imkânı sunmaktayken<sup>67</sup> önemli sebeple fesih halinde sözleşmeyi fesheden tarafın denkleştirme bedeli ödemek zorunda kalabileceği ihtimali göz önüne alındığında, mirasçıların kendileri aleyhine olabilecek 331. maddeye dayanmaları olası ve mantıklı görünmemektedir.

## B. Feshin Şartları

## 1. Kiracının Ölmüş Olması

Mirasçıların kira sözleşmelerini olağanüstü nedenle feshedebilmeleri için kanunda öngörülen tek şart kiracının ölmüş olmasıdır, kiracı ölmeden mirasçılar üzerinde böyle bir hak doğmayacaktır. Burada değinilmesi gereken hususlardan biri de kiracının gaipliğine karar verilmiş olmasıdır. TMK'nın 35. maddesinde öngörüldüğü şekilde, kiracının gaipliğine karar verilmesi halinde "ölüme bağlı haklar, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır". Buradan hareketle, kiracının gaipliğine karar verilmesi halinde mirasçılar olağanüstü fesih haklarını kullanabileceklerdir.<sup>68</sup> Tüzel kişiliklerin birleşme yahut bölünme yoluyla sona ermesi halinde 333. madde hükmünün uygulanmayacağı doktrinde ağırlıklı olarak savunulmaktadır.<sup>69</sup>

## DİPNOT

64 Tandoğan, s. 229; Doğan, s. 247

65 İnceoğlu, s. 277; Gümüş, s. 291

66 İnceoğlu, s. 279

67 Yavuz/Acar/Özen, s. 260.

68 Aydın, s. 130; İnceoğlu, s. 281

69 Tandoğan, s. 237; Yavuz/Acar/Özen, s. 286; Zevkiler/Gökayla; s. 322; Arpacı, s. 251; Erzurumluoğlu, Sona Erme, p. 44; Gümüş, s. 262; Aydoğdu/Kahveci, s. 582; Doğan, s. 306; Aydın, s. 130



## PART 15

## C. Declaration of Termination

As provided for in TCO a.333, the contract will not be finalized on its own in the event of the death of lessee; a declaration of termination must be made by the heirs of the lessee. Court's 6th Law Department has stated such situation in its decision numbered 2014/12398 E. and 2015/6414 K. as follows; "Either according to 265th article of Code of Obligations numbered 818 or TCO a.333, it is accepted that the contract will not be finalized on its own following the death of lessee.". Since the heritage is jointly owned by the heirs and right to terminate the lease contract is included in the heritage, all lessees must declare notice of termination in order for the contract to be terminated. Although the nature of the situation that will occur in the event that some heirs do not want to be a party of the lease contract while some want to continue the contract is controversial in the doctrine, Inceoğlu states that solution of the problem depends on the recognition that the lessee who has declared termination has ceased to be a party to the contract. Respectively, the heirs who notify termination will cease to be party to the contract, while the heirs who do not notify termination will continue to be party to the contract.<sup>70</sup>

Another issue that should be discussed is that death of a single lessee in the event that there are multiple lessees. According to the majority opinion in the doctrine, in such cases, TCO a.333 will not find an application area and the surviving lessee(s) will be able to terminate the lease contract on the basis of a justified reason.

In contrast to the provision of the TCO a.332 governing the extraordinary termination of the contract on the basis of bankruptcy of lessee, the declaration of termination is not subject to any form as per TCO a.333; it is possible for parties to subject the declaration of termination to a certain form via an arrangement to be made in the contract. In addition, although TCO a.333 does not provide a certain form condition for declaration of termination, in accordance with TCO a.348, which regulates the termination of the contract in residence and roofed workplace leases, the declaration of termination must be made in writing to terminate such lease contracts.

## C. Fesih Beyanı

333. madde hükmünde öngörüldüğü üzere kiracının ölümü halinde sözleşme kendiliğinden sona ermeyecektir; mirasçılar tarafından fesih beyanında bulunulması gerekmektedir. Bu durum Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 2014/12398 E. 2015/6414 K. sayılı kararında "Gerek 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 265. maddesinde gerekse 6098 sayılı TBK'nin 333. maddesinde kiracının ölümü ile sözleşmenin kendiliğinden sona ermeyeceği hususu kabul edilmiştir." denilerek ifade edilmiştir. Kanunen mirasçılar terekeye elbirliği ile malik olduğundan, kira sözleşmesini fesih hakkının da terekeye dahil olmasından dolayı sözleşmenin sona erdirilebilmesi için tüm kiracıların fesih bildiriminde bulunması gerekmektedir. Bazı mirasçıların kira sözleşmesine taraf olmak istememeleri, ancak bazılarının sözleşmeyi sürdürmek istemeleri halinde oluşacak durumun niteliği doktrinde tartışmalı olmakla birlikte Inceoğlu, sorunun çözümünü fesih beyanında bulunan kiracının sözleşmenin tarafı olmaktan çıktığının kabul edilmesine bağlı görmektedir. Buna göre fesih bildiriminde bulunan mirasçılar sözleşmenin tarafı olmaktan çıkacak, fesih bildiriminde bulunmayan mirasçılar ise sözleşmeye taraf olmayı sürdüreceklendir.<sup>70</sup>

Fesih beyanında bulunabilecek kişiler açısından tartışılması gereken bir diğer husus, birden fazla kiracının olduğu durumlarda kiracılardan birinin ölmesidir. Doktrindeki hâkim görüşe göre bu durumda, 333. madde uygulama alanı bulmayacak, sağ kalan kiracı(lar) kira sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceklerdir.

Kiracının iflası nedeniyle sözleşmenin olağanüstü feshini düzenleyen 332. madde hükümünden farklı olarak 333. maddede fesih beyanı herhangi bir şekle tabi tutulmamıştır, tarafların sözleşmede yapılacak bir düzenleme ile fesih beyanını belirli bir şekle tabi tutmaları mümkündür. Ayrıca her ne kadar 333. maddede fesih beyanı için bir şekil şartı öngörülmemiş olsa da konut ve çatılı işyeri kiralalarında sözleşmenin feshini düzenleyen 348. madde uyarınca bu tarz sözleşmelerde fesih beyanı yazılı olarak yapılmalıdır.

Apart from form and source of declaration of termination, the time of the declaration is to be made is another issue to be focused on. Both termination period and notification period of termination are included in the text of TCO a.333; accordingly, the contract may be terminated "by following the legal termination period for the end of the nearest cancellation period.", since TCO a.333 gives the right to end the continuous debt relationship arising from the lease contract upon death of the lessee, it does not give any right to terminate the relationship immediately.<sup>71</sup> As mentioned in the extraordinary termination of lease contract on the basis of major causes, a lease contract for an immovable property or a movable property may be terminated by following the three-month termination notification period for the end of the six months lease period; while a lease contract for a movable property may be terminated by notifying other party three days before the termination. According to majority opinion in the doctrine, in the event that heirs of the lessee do not make declaration of termination effective from the end of the nearest termination period, the right of termination on the basis of lessee's death will disappear, since it is clearly stated in TCO a.333 that the right of termination may be used "the end of the nearest termination period". According to Inceoğlu, this opinion will only be able to find application if "heirs of the lessee are aware of lease contract, the phenomenon of death and that they are heirs". According to another opinion in the doctrine, in the event that lessee deceases shortly before the expiration of the legal termination period, it is possible for heirs to declare the termination effective from the end of the following termination period.

The last issue that should be focused on in relation to the declaration of termination is in cases where such declaration is not required. Although the issue is controversial, some authors in the doctrine argue that if all of the nearest heirs reject the heritage, the contract will end its own.

## D. In Terms of Residence and Roofed Workplace Leases

In TCO a.356, there are some restrictions

Fesih beyanının kim tarafından yapılacağı ve beyanın şekli hususlarından ayrı olarak beyanın yapılacağı zamandır. 333. madde metninde hem fesih dönemine hem de fesih bildirim süresine yer verilmiştir; buna göre "yasal fesih bildirim süresine uyarak en yakın fesih dönemine" uyularak sözleşme feshedilebilecektir, zira TBK madde 333, kiracının ölümü üzerine kira sözleşmesinden doğan sürekli borç ilişkisini ortadan kaldırma hakkı tanısı da, ilişkiyi derhal sona erdirmeye imkânı vermez.<sup>71</sup> Kira sözleşmesinin önemli nedenle olağanüstü feshinde de bahsedildiği üzere taşınmaz veya taşınır bir yapıya ilişkin kira sözleşmeleri altı aylık kira döneminin sonu için, üç aylık fesih bildirim süresine uyularak; taşınırlara ilişkin kira sözleşmeleri ise üç gün önceden yapılacak fesih bildirim süresine uyularak en yakın fesih döneminin sonundan itibaren geçerli olmak üzere sona erdirilebilir. Mirasçıların en yakın fesih dönemi sonundan itibaren geçerli olmak üzere bir fesih beyanında bulunmaması durumunda doktrindeki hâkim görüşe göre kiracının ölümü sebebiyle fesih hakkı ortadan kalkacaktır, zira 333. madde hükmünde fesih hakkının "en yakın fesih dönemi sonu" için kullanılabilirliği açıkça belirtilmiştir. Inceoğlu'na göre bu görüş ancak "mirasçıların kira sözleşmesinden, ölüm olgusundan ve mirasçı olduklarından haberdar olmaları" durumunda uygulama alanı bulabilecektir. Başka bir görüşe göreyse kiracının yasal fesih süresinin dolmasına kısa bir süre kalmışken ölmesi halinde, mirasçıların bir sonraki fesih döneminin sonundan itibaren geçerli olmak üzere fesih beyanında bulunmaları mümkün görülmektedir.

Fesih beyanı ile ilgili olarak değerlendirilmesi gereken son konu beyanın gerekli olmadığı hallerdir. Her ne kadar konu tartışmalı da olsa doktrinde bazı yazarlar, en yakın mirasçıların tamamının mirası reddetmesi durumunda sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğini savunmaktadırlar.

## D. Konut ve Çatılı İşyerleri Bakımından

TBK'nin 356. maddesinde konut ve çatılı işyeri kiralaları bakımından kiracının ölümü halinde sözleşmenin feshine ilişkin olarak

## FOOTNOTE

70 Inceoğlu, p. 283

71 Gümüş, s. 262; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 260; Tandoğan, s. 238; Zevkililer/ Gökyayla, s. 321; Arpacı, s. 147; Tandoğan, s. 238; Akkanat, s. 146.

## DİPNOT

70 Inceoğlu, s. 283

71 Gümüş, s. 262; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 260; Tandoğan, s. 238; Zevkililer/ Gökyayla, s. 321; Arpacı, s. 147; Tandoğan, s. 238; Akkanat, s. 146.

## PART 15

provided on termination of residence and roofed workplace lease contracts in the event of death of the lessee. It is stated in TCO a.356 that; "Partners, partners' heirs who has the same profession or craft, and the dwellers who live in the same residence of dead lessee may maintain the lease contract as long as they follow the provisions of the contract and the law."

The first condition sought for TCO a.356 to be applied is that the contract relates to the lease of a residence or roofed workplace. It is clearly mentioned in the text of TCO a.356, by whom the continuation of the lease contract may be requested. Accordingly, in terms of roofed workplace leases, the partners of death lessee and partners' heirs who has the same profession or craft, and in terms of residence leases, the dwellers who live in the same residence of death lessee, have right to continue the contract. In terms of residence leases, the phenomenon of living in the same residence with death lessee should be continuous.<sup>72</sup> Although it stated in the article that whom may benefit from such right, there is no clarity on how this right will be used. It is clear that with the death of the lessee, the heirs will acquire the title of party, in this case, the heirs will be able to ensure the continuation of the contract by becoming a party of the contract without serving any declaration; while those who are not heirs will not be able claim the title of party by themselves. If those who are not heirs continue to use leasehold and pay the lease costs, it can be deemed that these people will tacitly obtain the title of party. Thus, this situation is reinforced by saying "...may maintain the lease contract as long as they follow the provisions of the contract and the law." In TCO a.356. It should be noted that it is also possible for people who are not heirs to make a clear declaration of will, rather than engage in implied behaviors to ensure the continuation of the contract. If these people who are not heirs do not want the contract to continue, all they have to do is not use the leasehold, in other words, they have no obligation to terminate the contract by declaring termination.

## E. Consequences of Termination

As the natural result of the termination, in the event that the contract is terminated on the basis of death of lessee, the contract will be finalized. However, since the contract has finalized from the completion of the termination notice period, executed lease costs until

bazı sınırlamalar öngörülmüştür. İşbu maddeye göre; "Ölen kiracının ortakları veya bu ortakların aynı meslek ve sanatı yürüten mirasçıları ve ölen kiracı ile birlikte aynı konutta oturanlar, sözleşmeye ve kanun hükümlerine uydukları sürece, taraf olarak kira sözleşmesini sürdürebilirler."

356. maddenin uygulama alanı bulabilmesi için aranan ilk şart sözleşmenin konut veya hut çatılı işyeri kirasına ilişkin olmasıdır.

Kira sözleşmesinin devamının kimler tarafından istenebileceği 356. madde metninde açıkça sayılmıştır. Buna göre çatılı işyeri kiraları bakımından ölen kiracının ortakları veya bu ortakların aynı meslek ve sanatı yürüten mirasçıları, konut kiraları bakımından ölen kiracı ile birlikte aynı konutta oturanlar sözleşmeyi devam ettirme hakkını haizdirler. Konut kiraları açısından ölen kiracı ile aynı konutta oturma olgusunun süreklilik arz ediyor olması gerekmektedir.<sup>72</sup> Her ne kadar madde hükmünde bu haktan yararlanabilecek kimseler sayılmış olsa da bu hakkın ne şekilde kullanılacağına dair bir açıklık bulunmamaktadır. Kiracının ölümü ile mirasçıların taraf sıfatını kazanacakları açıktır, bu durumda mirasçılar herhangi bir beyanda bulunmaksızın sözleşmenin tarafı haline gelerek sözleşmenin devamını sağlayabileceklerdir; mirasçı olmayan kimselerin ise taraf sıfatını kendiliğinden kazanacakları söylenemeyecektir. Mirasçı olmayan kimseler, kiralanayı kullanmaya ve kira bedelini ödemeye devam ediyor ise bu kimselerin zımnen taraf sıfatını kazanacakları söylenebilecektir, nitekim 356. maddede "sözleşmeye ve kanun hükümlerine uydukları sürece, taraf olarak kira sözleşmesini sürdürebilirler." denilerek bu durum pekiştirilmiştir. Belirtmek gerekir ki mirasçı olmayan kimselerin sözleşmenin devamını sağlamaya yönelik olarak zımni davranışlarda bulunmak yerine açık irade beyanında bulunmaları da mümkündür. Mirasçı olmayan bu kimseler sözleşmenin devam etmesini istemiyorlar ise yapmaları gereken tek şey kiralanayı kullanmamaktır, başka bir deyişle, fesih beyanında bulunarak sözleşmeyi sona erdirmeye gibi bir yükümlülükleri bulunmamaktadır.

## E. Feshin Sonuçları

Kira sözleşmesinin kiracının ölümü neticesinde feshedilmesi halinde feshin doğal sonucu olarak kira sözleşmesi sona erecektir. Ancak sözleşme, fesih ihbar süresinin tamamlanmasından itibaren sona ermiş olacağından fesih ihbar süresinin sonuna kadar

the end of the termination notice period will have to be paid.<sup>73</sup> In contrast to the termination on the basis of major causes which regulated under the TCO a.331, no compensation is provided in TCO a.333 which regulates the termination on the basis of death of lessee, because here the contract is not violated by the lessee but yet lessee deceases.

işleyecek olan kira bedellerinin ödenmesi gerekecektir.<sup>73</sup> 331. maddede düzenlenen önemli nedenle fesihten farklı olarak, kiracının ölümü sebebiyle feshi düzenleyen 333. maddede herhangi bir tazminat öngörülmemiştir, zira burada sözleşme ihlal edilmekte, kiracı ölmekte ve yerine mirasçıları geçmektedir.

## BIBLIOGRAPHY

- AYDIN (GÜLŞAH SİNEM), Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi, İstanbul, On İki Levha, 2013.
- SELİÇİ (ÖZER), Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borçların Sona Ermesi, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 1976.
- İNCEOĞLU (M. MURAT), Kira Hukuku Cilt 2, İstanbul, On İki Levha, 2014
- GÜMÜŞ (ALPER), Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- ARAL (FAHRETTİN)/AYRANCI (HASAN)/Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul, Yetkin Yayıncılık, 2020.
- DAŞLI (ENGİN), Kira Sözleşmesinin Feshi, İstanbul, Aristo Yayınevi, 2017
- TUNABOYLU (MÜSLİM), Kira Sözleşmesinde Fesih ve Tahliye Davaları, İstanbul, Yetkin Yayıncılık, 2013.
- ŞAHİN (HALİL İBRAHİM), Kira Sözleşmesinin Önemli Sebeple Feshi, Yayınlanmamış, YTL, İstanbul, 2016.
- ŞAFAK (ELİF ESMA), Kira Sözleşmesinin Kiracının Sözleşmeye Aykırı Davranışları Sebebiyle Feshedilmesi, Yayınlanmamış, YLT, İstanbul, 2013.
- DÖNMEZ (ZEYNEP), Kira Sözleşmesinin Önemli Sebeple Feshi, İstanbul, İstanbul Barosu Dergisi, 2019.
- ŞAHİN (TURAN), Kira Sözleşmesinin Önemli Sebeplerle Olağanüstü Feshi, Ankara, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 2018.
- GÜNEL (MUSTAFA CAHİT), Taşınmaz Kiralarında Sözleşmenin Kiracı Tarafından Vaktinden Önce Sona Erdirilmesi, Doktora Tezi, İstanbul, 2010.
- ALTINOK ORMANCI (PINAR), Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Nedenle Feshi, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.
- AYDOĞDU (MURAT)/KAHVECİ (NALAN)/Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- ACAR (FARUK), Kira Hukuku Şerhi, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017
- YAVUZ (NİHAT)/ACAR (FARUK)/ÖZEN (BURAK), Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul, 2012.
- DOĞAN (MURAT), Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Ankara, 2011.
- AKYİĞİT (ERCAN), Kira Sözleşmesi, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2012.
- TANDOĞAN (HALUK), Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.
- BURCUOĞLU (HALUK), Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasaya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, İstanbul, 1993.
- ERZURUNLUĞLU (ERZAN), Sözleşmeler Hukuku, İstanbul, Yetkin Yayıncılık, 2019.

## KAYNAKÇA

- AYDIN (GÜLŞAH SİNEM), Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi, İstanbul, On İki Levha, 2013.
- SELİÇİ (ÖZER), Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borçların Sona Ermesi, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 1976.
- İNCEOĞLU (M. MURAT), Kira Hukuku Cilt 2, İstanbul, On İki Levha, 2014
- GÜMÜŞ (ALPER), Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- ARAL (FAHRETTİN)/AYRANCI (HASAN)/Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul, Yetkin Yayıncılık, 2020.
- DAŞLI (ENGİN), Kira Sözleşmesinin Feshi, İstanbul, Aristo Yayınevi, 2017
- TUNABOYLU (MÜSLİM), Kira Sözleşmesinde Fesih ve Tahliye Davaları, İstanbul, Yetkin Yayıncılık, 2013.
- ŞAHİN (HALİL İBRAHİM), Kira Sözleşmesinin Önemli Sebeple Feshi, Yayınlanmamış, YTL, İstanbul, 2016.
- ŞAFAK (ELİF ESMA), Kira Sözleşmesinin Kiracının Sözleşmeye Aykırı Davranışları Sebebiyle Feshedilmesi, Yayınlanmamış, YLT, İstanbul, 2013.
- DÖNMEZ (ZEYNEP), Kira Sözleşmesinin Önemli Sebeple Feshi, İstanbul, İstanbul Barosu Dergisi, 2019.
- ŞAHİN (TURAN), Kira Sözleşmesinin Önemli Sebeplerle Olağanüstü Feshi, Ankara, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 2018.
- GÜNEL (MUSTAFA CAHİT), Taşınmaz Kiralarında Sözleşmenin Kiracı Tarafından Vaktinden Önce Sona Erdirilmesi, Doktora Tezi, İstanbul, 2010.
- ALTINOK ORMANCI (PINAR), Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Nedenle Feshi, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.
- AYDOĞDU (MURAT)/KAHVECİ (NALAN)/Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- ACAR (FARUK), Kira Hukuku Şerhi, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017
- YAVUZ (NİHAT)/ACAR (FARUK)/ÖZEN (BURAK), Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul, 2012.
- DOĞAN (MURAT), Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Ankara, 2011.
- AKYİĞİT (ERCAN), Kira Sözleşmesi, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2012.
- TANDOĞAN (HALUK), Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.
- BURCUOĞLU (HALUK), Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasaya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, İstanbul, 1993.
- ERZURUNLUĞLU (ERZAN), Sözleşmeler Hukuku, İstanbul, Yetkin Yayıncılık, 2019.
- ZEVLİLER (AYDIN)/GÖKYAYLA (EMRE), Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, Vedat Kitapçılık, 2017.

## FOOTNOTE

72 Inceoğlu, p. 293

73 Inceoğlu, p. 294

## DİPNOT

72 Inceoğlu, s. 293

73 Inceoğlu, s. 294



## JURISDICTION AND ENFORCEABILITY OF EMERGENCY ARBITRATOR DECISIONS

### ACİL DURUM HAKEM KARARININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE İCRA EDİLEBİLİRLİĞİ

--

AHMET KILINÇ

#### ABSTRACT

Arbitration is the voluntary delegation of the final resolution for disputes that have arisen or may arise between parties to persons called arbitrators rather than go through state courts. Arbitration is often preferred in practice as it resolves disputes more quickly than state courts. However, since it still takes a certain amount of time for arbitration proceedings to reach a final settlement in a dispute, the concept of temporary legal protection has emerged in order to prevent parties from being deprived of legal protection before the arbitral decision is given. As a result of the widespread use of arbitration proceedings and the increasing need for temporary legal measures, the concept of "emergency arbitrator" has emerged. The emergency arbitrator is frequently applied to when temporary legal measures are needed by parties in arbitration proceedings. This article examines the legal nature of the emergency arbitration decision and whether it can be enforced if one or both parties do not fulfill the terms of the decision.

#### ÖZET

Taraflar arasında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların nihai olarak çözüme kavuşturma yetkisini kendi iradeleri ile devlet mahkemeleri yerine hakem adı verilen kimselere devretmesi "tahkim" olarak tanımlanmaktadır. Tahkim yargılaması, uyuşmazlığı devlet mahkemelerinden daha kısa bir sürede nihai bir çözüme kavuşturmakta olduğundan uygulamada sıklıkla tercih edilmektedir. Ancak tahkim yargılamasında uyuşmazlığın nihai bir çözüme kavuşması belirli bir zaman aldığından tarafların hakem kararı verilene kadar hukuki korumalardan yoksun kalmaması adına geçici hukuki koruma kavramı ortaya çıkmıştır. Tahkim yargılamasının hâlihazırda yaygınlaşması ve geçici hukuki önlemlere duyulan ihtiyacın artması sonucunda "acil durum hakemi" kavramı ortaya çıkmıştır. Acil durum hakemi tahkim yargılamasında taraflarca geçici hukuki önlemlere ihtiyaç duyulduğunda sıklıkla başvurulan bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır. Makalemiz acil durum hakem kararının hukuki niteliğini ve kararın taraflarca yerine getirilmemesi halinde icra edilebilmesinin mümkün olup olmadığını incelemektedir.



#### KEYWORDS

EMERGENCY ARBITRATOR, ARBITRATION, ENFORCEABILITY, ENFORCEMENT



#### ANAHTAR KELİMELER

ACİL DURUM HAKEMİ, TAHKİM, İCRA EDİLEBİLİRLİK, TENFİZ

## PART 16

This article examines the legal nature of emergency arbitrator decisions and whether those decisions are enforceable.

Bu çalışmada, tahkim yargılamasında acil durum hakem kararının hukuki niteliği ve kararın icra edilebilir nitelikte olup olmadığı incelenmektedir.

## I. INTRODUCTION

Arbitration is a dispute resolution method that is frequently preferred in both local and international disputes as an alternative to state jurisdiction. Arbitration is preferred over state processes for reasons such as expertise and confidentiality. In addition to these advantages, disputes can be concluded in a much shorter time than through arbitration, while it may take long years of trials in state courts.

However, while arbitration provides parties with the advantage in resolving a dispute more quickly, the parties' selection of arbitral tribunal can cause the arbitration process to slow down. The most important issue in this situation is the parties' need for temporary legal protection.

To cover this situation and provide temporary legal protection, the institution of emergency arbitration has developed. The emergency arbitrator can be formed in a very short time and come to a quick decision, making this system preferable where temporary legal protection is needed.

## I. GİRİŞ

Tahkim, son dönemde devlet yargısına alternatif olarak gerek yerel gerek milletlerarası uyuşmazlıklarda sıklıkla tercih edilen bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Tahkim yargılaması devlet yargısına nazaran uzmanlık ve gizlilik gibi sebepler nedeniyle tercih edilmektedir. Bu avantajların yanı sıra, devlet mahkemelerinde çok uzun yıllar süren yargılamalarla neticeye kavuşabilecek bir uyuşmazlığın tahkim yargılaması neticesinde çok daha kısa sürede neticelenmesi tahkim yargılamasını daha da tercih edilebilir kılmaktadır.

Tahkim, uyuşmazlığın uzun vadede çözüme kavuşması noktasında taraflara avantaj sağlasa da hakem kurulunun taraflarca seçilmesi tahkimin yavaşlamasına sebebiyet vermektedir. Bu durumun taraflar üzerindeki en önemli dezavantajı ise tarafların geçici hukuki koruma ihtiyacında ortaya çıkmaktadır.

Tahkimin geçici hukuki koruma ihtiyacı söz konusu olduğunda ortaya çıkan bu dezavantajı ortadan kaldırmak ve geçici hukuki korumalar ile ilgili ihtiyaçları karşılayabilmek adına acil durum hakemi kurumu ortaya çıkmıştır. Acil durum hakeminin çok kısa sürede oluşması ve hızlı bir karar vermesi bu sistemi geçici hukuki koruma ihtiyacında tercih edilebilir kılmaktadır.



Since the emergence of the "emergency arbitrator", which has recently become frequently used in arbitration, various disputes have arisen in terms of the legal nature and enforceability of emergency arbitrator decisions. This article examines the legal nature of emergency arbitrator decisions and whether those decisions are enforceable.

## II. THE EMERGENCE AND IMPORTANCE OF THE EMERGENCY ARBITRATOR

One of the most advantageous elements of arbitration over state courts is that proceedings are concluded in a shorter time. However, while state courts have an established judicial system and processes, arbitration proceedings present their particular problems such as requests for arbitration, the formation of an arbitral tribunal, the selection of the chief arbitrator, lodging objections to the appointed arbitrators, the physical distance between parties, and the need for experts, all of which can prolong the arbitration process. Therefore, in order to prevent the irreparable damage to the parties' rights, the parties may require temporary legal protections.

Tahkimde son dönemde sıklıkla başvuru acil durum hakemi yeni bir kurum olduğundan uygulamada acil durum hakem kararının hukuki niteliği ve icra edilebilirliği bakımından çeşitli ihtilaflar doğmaktadır. Bu çalışmada, tahkim yargılamasında acil durum hakem kararının hukuki niteliği ve kararın icra edilebilir nitelikte olup olmadığı incelenmektedir.

## II. ACİL DURUM HAKEMİNİN ORTAYA ÇIKIŞI VE ÖNEMİ

Tahkimin devlet mahkemelerine göre en avantajlı olduğu noktalardan biri de yargılamanın daha kısa sürede sonuçlanmasıdır. Ancak devlet mahkemelerinin kurulu bir yargılama sistemi ve süjelerine sahip olmasına rağmen tahkim yargılamasında tahkim talebi, hakem heyetinin oluşturulması, başhakem seçilmesi, atanan hakemlere itiraz edilmesi, tarafların, hakemlerin veya bilirkişilerin birbirlerine uzak olmaları gibi sorunlar bu sürecin daha da uzamasına sebebiyet verilmektedir. Dolayısıyla, bu süreçte tarafların haklarının telafisi imkânsız bir şekilde zarar görme ihtimalinin önüne geçebilmek adına taraflarca geçici hukuki korumalara ihtiyaç duyulabilmektedir.



## PART 16

## FOOTNOTE

1 **Gülçin Soylu Decdeli**, Milletlerarası Ticari Tahkimde Acil Durum Hakemi, İstanbul, 2019, p. 146.

2 **M. Ece Uyanık**, Tahkim Yargılamaında Acil Durum Hakemi Seçkin Yayinevi, İstanbul, 2020, p. 91.

3 **Ali Yeşilirmak**, Provisional Measures in International Commercial Arbitration, International Arbitration Law Library, B. 12, Kluwer Law International, 2015, p. 143.

4 **Uyanık**, Acil Durum Hakemi, p. 91.

5 *Ibid.*

6 **Yeşilirmak**, p. 143.

7 **N. Tuğçe Bilgetekin**, "Acil Durum Hakemliği", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, January 2016, B. 36, N: 1, 2016, p. 50.

8 French Procedural Code article 1468: "Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l'Etat est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires."

9 **Amir Ghaffari, Emmylou Walters**, "The Emergency Arbitrator: The Dawn of a New Age?", Arbitration International, B. 30, N. 1, 2014, p. 165.

10 *Ibid.*

11 **Decdeli**, p. 146.

12 **Erhan Burak Aydın**, Milletlerarası Tahkim Uygulamasında Hızlandırılmış Tahkim Usulü, 2019, p. 35

13 *Ibid.*

14 *Ibid.*

15 *Ibid.*

16 **Bilgetekin**, p. 51

Despite the emergency arbitrator procedure becoming necessary, it is highly important that emergency arbitrator decisions are applicable in the countries where they are needed, as are arbitral decisions. If the emergency arbitrator's decisions do not comply with consent, the recognition and enforcement of those decisions will create further problems. If it is not possible to enforce the emergency arbitrator's decision in the relevant country, it may seem desirable and more effective for the parties to turn to the state courts for temporary legal protection measures; it may also jeopardize the merits of the dispute being resolved through arbitration.

In order to ensure enforcement of the decision of the emergency arbitrator in arbitration proceedings and therefore the applicability of arbitration in requests for temporary legal protection, many arbitration institutions have regulated rules on emergency arbitrators. These rules demonstrate once again the importance of enforceability of emergency arbitrator decisions.

### III. ENFORCEMENT OF THE EMERGENCY ARBITRATOR DECISION

#### A. Observance of the Parties to the Dispute of Arbitrator Decisions

Decisions adjudicated by the emergency arbitrator are binding on the parties, regardless of whether they are enforceable or not.<sup>1</sup> In this regard, it is essential that the party against whom the decision is decided voluntarily obeys the decision of the emergency arbitrator, because the parties have committed to implementing the arbitrator decisions as an obligation in the contract and accepted the binding nature of this decision.<sup>2</sup> In this regard, it should be stated that the emergency arbitrator decision is contractually binding on the parties and basically the parties must comply with the decision voluntarily. Failure to comply with the decision by the parties will be considered a breach of the contract.<sup>3</sup>

In addition, all the rules regulating the emergency arbitrator rules state that the decisions made by the emergency arbitrator are binding.<sup>4</sup> For instance, the International Chamber of Commerce ("ICC") Arbitration Rules Article 29/2, Istanbul Arbitration Center ("ISTAC")

Bu doğrultuda acil durum hakemi prosedürü bir ihtiyaç haline gelmesine rağmen, acil durum hakem kararlarının tıpkı hakem kararları gibi ihtiyaç duyulan ülkelerde uygulanabilir olması da yüksek önem arz etmektedir. Acil durum hakem kararlarına rızaen uyulmaması halinde acil durum hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ayrı bir tartışma olarak ortaya çıkacaktır. Acil durum hakem kararlarının ilgili ülkede icrası mümkün olmaz ise, taraflar geçici hukuki koruma tedbirlerine devlet mahkemelerine yönelmesi mümkün ve daha etkili görünmekle birlikte, uyuşmazlığın esasının tahkim yoluyla çözümlenmesini de tehlikeye atabilecektir.

Tahkim yargılamalarında acil durum hakem kararlarının icrasını ve dolayısı ile geçici hukuki koruma taleplerinde tahkimin uygulanabilirliğini sağlamak amacıyla birçok tahkim kurumunda acil durum hakemine ilişkin kuralları düzenlenmiştir. Bu kurallar acil durum hakem kararlarının icra edilebilirliğinin önemini bir kez daha ortaya koymaktadır.

### III. ACİL DURUM HAKEM KARARININ İCRA EDİLMESİ

#### A. Uyuşmazlığın Taraflarının Hakem Kararına Uyması

Acil durum hakemi tarafından tesis edilen kararlar icra edilebilir olup olmamasına bağlı olmaksızın taraflar açısından bağlayıcıdır.<sup>1</sup> Bu bakımdan, aleyhine karar verilen tarafın acil durum hakeminin kararına iradi olarak riayet etmesi esastır. Çünkü, taraflar hakem kararlarını uygulayacaklarını sözleşmede bir yükümlülük olarak taahhüt etmiş ve bu kararın bağlayıcılığını kabul etmiştir.<sup>2</sup> Bu bakımdan, acil durum hakem kararı sözleşmesel olarak bağlayıcı tarafları bağlayıcı nitelikte olduğunu ve temel olarak tarafların iradi olarak karara uyması gerektiğini belirtmek gerekmektedir. Aksi düşünülüğünde, taraflarca karara uyulmaması da sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirilecektir.<sup>3</sup>

Bunun yanı sıra, acil durum hakemi kurallarını düzenleyen kuralların tümünde acil durum hakemi tarafından verilen kararların bağlayıcı olduğu belirtilmiştir.<sup>4</sup> Örnek vermek gerekirse, Milletlerarası Ticaret Odası ("ICC") Tahkim Kuralları'nın 29/2. maddesinde, İstanbul Tahkim Merkezi ("ISTAC") Acil Durum Hakemi Kuralları'nın 7/4. mad-

Emergency Arbitrator Rules rticle 7/4, International Dispute Resolution Center ("ICDR") Arbitration Rules aArticle 6/4 with reference to Article 9B of the London Court of International Arbitration ("LCIA") Arbitration Rules, in Article 26/8, Istanbul Chamber of Commerce Arbitration and Mediation Center ("ITOTAM") Emergency Arbitrator Rules, Article 5/5 all clearly state that emergency arbitration decisions are binding on the parties. According to these rules, the party against whom a temporary legal protection decision is issued is obliged to implement the emergency arbitrator's decision without delay.<sup>5</sup>

In some cases, in order to ensure the enforcement of temporary legal protection orders, provided that they are permitted by the applicable law,<sup>6</sup> criminal sanctions such as delay penalties or compensation may be foreseen.<sup>7</sup> For example, according to the French Procedural Law,<sup>8</sup> the arbitral tribunal can add delay penalties to its decisions when it deems appropriate.<sup>9</sup> However, as it is controversial in the doctrine whether the emergency referee is accepted as an arbitrator,<sup>10</sup> it is also unclear whether this provision will be applied to the decisions made by the emergency arbitrator.<sup>11</sup>

#### B. Execution of Emergency Arbitrator Decisions by Parties to the Dispute

If the arbitrator's decision is not enforced, the other party will resort to enforcement action to the extent permitted by law in the country where the decision was taken.<sup>12</sup> If the decision is to be executed in a country other than the country where it was made, the enforcement procedure should be applied in the country where it is to be executed.<sup>13</sup>

Whether the decision can be enforced in the country where it was given is determined within the scope of the arbitration laws of that country.<sup>14</sup> There is no certainty in the arbitration rules of national laws and the New York Convention as to whether the decisions of emergency arbitrators can be enforced.<sup>15</sup> Therefore, while making decisions, the basic principles of the contract regarding the enforcement of these decisions, doctrine, and judicial decisions are taken into consideration. At this point, the issues of whether the emergency arbitrators can be considered arbitrators and the legal nature of their decisions arise.<sup>16</sup>

desinde, Milletlerarası Uyuşmazlık Çözümü Merkezi ("ICDR") Tahkim Kuralları'nın 6/4. maddesinde, Londra Milletlerarası Tahkim Divanı ("LCIA") Tahkim Kuralları'nın 9B maddesinde yapılan gönderme ile 26/8. maddesinde, İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arbuluculuk Merkezi ("İTOTAM") Acil Durum Hakemi Kuralları'nın 5/5. maddesinde, acil durum hakem kararlarının taraflar için bağlayıcı olduğu açıkça düzenlenmiştir. Bu kuralara göre aleyhine geçici hukuki koruma kararı verilen taraf, acil durum hakem kararını gecikmeksizin uygulamakla yükümlüdür.<sup>5</sup>

Bazı durumlarda ise, tahkimde uygulanacak hukukun veya taraflarca sözleşme ile kararlaştırılan yetki kapsamında geçici hukuki koruma kararlarının icrasını sağlayabilmek adına, uygulanacak hukukta izin verilmiş olması şartı ile,<sup>6</sup> gecikme cezası veya tazminat gibi cezai yaptırımlar öngörülebilmektedir.<sup>7</sup> Örnek vermek gerekirse, Fransız Usul Hukuku'na<sup>8</sup> göre hakem heyeti uygun gördüğü hallerde kararlarına gecikme cezası ekleyebilmektedir.<sup>9</sup> Ancak doktrinde acil durum hakeminin hakem olarak kabul edilip edilmediği tartışmalı olduğundan<sup>10</sup> bu hükmün acil durum hakemi tarafından verilen kararlarda uygulanıp uygulanmayacağı da belirsizdir.<sup>11</sup>

#### B. Uyuşmazlığın Taraflarının Acil Durum Hakem Kararının İcrası

Hakem kararının icra edilmemesi halinde diğer taraf kararın alındığı ülkede yasaların izin verdiği oranda cebri icra yoluna başvuracaktır.<sup>12</sup> Karar, verildiği ülkeden başka bir ülkede icra edilmek istenir ise, icra edilecek ülkede tenfiz yoluna başvurulması gerekmektedir.<sup>13</sup>

Kararın verildiği ülkede icra edilip edilemeyeceği konusu ise, o ülkedeki tahkim kanunları çerçevesinde belirlenmektedir.<sup>14</sup> Ulusal hukukların tahkim kurallarında ve New York Sözleşmesinde, acil durum hakemlerinin kararlarının icra edilip edilemeyeceğine dair bir kesinlik bulunmamaktadır.<sup>15</sup> Bu nedenle, bu kararların tenfizine ilişkin sözleşmenin temel ilkeleri, doktrin ve yargı kararları gözetilerek açıklama yapılmaktadır. Bu noktada, acil durum hakemlerinin hakem sayılıp sayılmayacağı ve verdikleri kararların hukuki niteliği sorunu karşımıza çıkmaktadır.<sup>16</sup>

## DİPNOT

1 **Gülçin Soylu Decdeli**, Milletlerarası Ticari Tahkimde Acil Durum Hakemi, İstanbul, 2019, s. 146.

2 **M. Ece Uyanık**, Tahkim Yargılamaında Acil Durum Hakemi Seçkin Yayinevi, İstanbul, 2020, s. 91.

3 **Ali Yeşilirmak**, Provisional Measures in International Commercial Arbitration, International Arbitration Law Library, S. 12, Kluwer Law International, 2015 s. 143.

4 **Uyanık**, Acil Durum Hakemi, s. 91.

5 *Ibid.*

6 **Yeşilirmak**, s. 143.

7 **N. Tuğçe Bilgetekin**, "Acil Durum Hakemliği", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Ocak 2016, C. 36, Sayı 1, 2016, s. 50.

8 French Procedural Code article 1468: "Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l'Etat est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et suretés judiciaires."

9 **Amir Ghaffari, Emmylou Walters**, "The Emergency Arbitrator: The Dawn of a New Age?", Arbitration International, B. 30, S. 1, 2014, s. 165.

10 *Ibid.*

11 **Decdeli**, s. 146.

12 **Erhan Burak Aydın**, Milletlerarası Tahkim Uygulamasında Hızlandırılmış Tahkim Usulü, 2019, p. 35

13 *Ibid.*

14 *Ibid.*

15 *Ibid.*

16 **Bilgetekin**, s. 51

## PART 16

**1. Whether the Emergency Arbitrator is an Arbitrator**

Although emergency arbitrators are considered to have contractual authority, it is controversial whether they have judicial power.<sup>17</sup> On the other hand, even if there is no clear regulation on the enforceability of emergency arbitrator decisions, if the execution of the temporary legal protection decisions given by the arbitrator is enabled in the country where they are made, the emergency arbitrators may also be subject to this regulation.<sup>18</sup>

Regarding enforcement, the New York Convention allows for the enforcement of foreign arbitral decisions only.<sup>19</sup> Therefore, enforcement of the decision made by the emergency arbitrators under the New York Convention is not possible unless they are considered to be arbitrators in conjunction with their jurisdiction.<sup>20</sup>

**2. The Existence of a Regulation Regarding the Emergency Arbitrator in the Country where the Enforcement of the Decision is Requested and Enforced**

If there is no clarity in the relevant legal system as to whether emergency arbitrators are considered arbitrators, a decision must be made by looking at whether the emergency arbitrator meets the qualification of arbitrator.<sup>21</sup> However, as the court knows the law (*iura novit curia*), it is not bound by the names given by the parties to the legal institutions. Therefore, even if the parties have named a person as arbitrator in their contract, if they do not qualify as an arbitrator, the emergency arbitrator will not be considered an arbitrator.<sup>22</sup>

**IV. THE ENFORCEABILITY OF EMERGENCY ARBITRAL DECISIONS IN TURKEY****A. Enforceability According to the Civil Procedure Law No. 6100**

Article 414/3 of the Code of Civil Procedure No. 6100<sup>23</sup> ("CCP") stipulates that courts are only authorized in temporary legal protection measures "in cases where the arbi-

**1. Acil Durum Hakeminin Hakem Olup Olmaması**

Acil durum hakeminin sözleşmesel yetkisi bulunduğu kabul edilse de yargısal yetkisinin bulunup bulunmadığı tartışmalıdır.<sup>17</sup> Buna karşın, acil durum hakem kararlarının icra edilebilirliğine ilişkin açık bir düzenleme olmasa dahi verildiği ülkede hakemlerin verdiği geçici hukuki koruma kararlarının icrasına imkân sağlanmışsa, acil durum hakemleri de bu düzenlemeye tabi olabilecektir.<sup>18</sup>

Tenfize ilişkin ise New York Konvansiyonu sadece yabancı hakem kararlarının tenfizine imkân sağlamaktadır.<sup>19</sup> Dolayısıyla, acil durum hakeminin yargısal yetkisiyle birlikte hakem niteliğinde olduğu kabul edilmediği sürece New York Konvansiyonu uyarınca onun tarafından verilen kararın tenfizi de mümkün olmamaktadır.<sup>20</sup>

**2. İcra ve Tenfiz Talebi Yapılacak Ülkede Acil Durum Hakemine Dair Düzenleme Olup Olmaması**

İlgili hukuk sisteminde acil durum hakemlerinin hakem sayılıp sayılmadığına ilişkin bir açıklık mevcut değilse, hakemlerin niteliğinin acil durum hakemleri tarafından karşılanıp karşılanmadığına bakılarak bir karara varılmalıdır.<sup>21</sup> Ancak hâkim hukuku bildiğinden (*iura novit curia*) tarafların hukuki kurumlara verdiği isimlerle bağlı olmadığından tarafların sözleşmelerinde bunu hakem olarak isimlendirmiş olsalar dahi nitelik olarak hakem özelliklerini taşımıyorsa, acil durum hakemi hakem olarak değerlendirilemeyecektir.<sup>22</sup>

**IV. TÜRKİYE'DE VERİLEN ACİL DURUM HAKEM KARARLARININ İCRA EDİLEBİLİRLİĞİ****A. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İcra Edilebilirlik**

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun<sup>23</sup> ("HMK") 414/3. maddesi, mahkemelerin geçici hukuki koruma tedbirlerinde

trator, arbitral tribunal or another person to be appointed by the parties cannot act in a timely or effective manner". The expression "another person to be appointed by the parties" specified in this law can be understood as an emergency arbitrator.<sup>24</sup>

In addition, again CCP Article 414/2 states the regulation "The court decides on the enforceability of the cautionary decision made by the arbitrator or the arbitral tribunal, at the request of one of the parties, provided that a valid arbitration agreement exists". It is stated in the relevant provision that it can be decided whether a cautionary decision made by the arbitrator or the arbitral tribunal is enforceable, and again the problem arises as to whether the emergency arbitrator is qualified as an arbitrator.

If the arbitration rules selected by the parties regard the emergency arbitrator as an "arbitrator" or state that the emergency arbitrator decision has the same effect as the awards

ancak "hakem veya hakem kurulunun ya da taraflarca görevlendirilecek bir başka kişinin zamanında veya etkin olarak hareket edemeyeceği olduğu hâllerde" yetkili olduğunu öngörmüştür. Söz konusu kanun hükmünde belirtilen "taraflarca görevlendirilecek bir başka kişi" ifadesi acil durum hakemi olarak anlaşılabilir.<sup>24</sup>

Bunun yanı sıra yine HMK'nın 414 / 2. maddesinde, "(m)ahkeme hakem veya hakem kurulunca verilen tedbir kararının, geçerli bir tahkim sözleşmesinin var olması kaydıyla taraflardan birinin talebi üzerine icra edilebilirliğine karar verir" şeklinde bir düzenleme öngörülmüştür. İlgili hükümde hakem veya hakem kurulu tarafından verilen tedbir kararının icra edilebilirliğine karar verilebileceği belirtilmiş olup, yine acil durum hakeminin hakem olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorunu karşımıza çıkmaktadır.

Bu noktada, taraflarca seçilen tahkim kurlarında acil durum hakeminin "hakem" sa-

As it can be seen from the provision, the Law restricts the mandatory rule to use the language of Turkish for foreign companies as determined in the Law.

Söz konusu düzenleme incelendiğinde Kanun'un yabancı şirketler için Türkçe kullanma mecburiyetini sayma suretiyle belirtilen haller ile sınırlandırdığı görülmektedir.

made by the arbitral tribunal or equipped the emergency arbitrator with the authority of the sole arbitrator or arbitral tribunal, the emergency arbitrator decisions are enforceable in accordance with Article 414 of the CCP.<sup>25</sup> However, as we have stated, issues such as the emergency arbitrator not being considered an arbitrator and the decision given being an amendable or voidable decision may also suggest that the emergency arbitrator decisions will not be enforceable within the framework of Article 414 of the CCP.

yılması veya acil durum hakem kararlarının hakem veya hakem heyeti tarafından verilen kararlar ile aynı etkiye sahip olması ya da acil durum hakeminin hakem veya hakem heyetinin yetkileri ile donatılmış olması halinde acil durum hakem kararlarının HMK'nın 414. maddesi uyarınca icra edilebilir olduğu söylenebilecektir.<sup>25</sup> Ancak belirttiğimiz üzere, acil durum hakeminin hakem sayılmaması ve verilen kararın değiştirilebilir, kaldırılabilir bir karar olması gibi hususlar acil durum hakem kararlarının HMK'nın 414. maddesi çerçevesinde icra edilebilir olmayacağını da akla getirebilecektir.

**FOOTNOTE**

17 Bilgetekin, p. 52.

18 Bilgetekin, p. 52, Aydın, s. 36.

19 Bilgetekin, p. 52.

20 Ibid.

21 O.G. 04.02.2011 N: 27836.

22 Uyanık, p. 107.

23 A.g.e, p. 110.

24 Ali Cem Budak, "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri", Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, S. 1, 2012, p. 44.

25 Uyanık, p. 110.

**DİPNOT**

17 Bilgetekin, s. 52.

18 Bilgetekin, s. 52, Aydın, s. 36.

19 Bilgetekin, s. 52.

20 Ibid.

21 R.G. 04.02.2011 Sayı: 27836.

22 Uyanık, s. 107.

23 A.g.e, s. 110.

24 Ali Cem Budak, "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri", Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, S. 1, 2012, s. 44.

25 Uyanık, s. 110.



## PART 16

If it is accepted that the emergency arbitrator decisions are enforceable within the framework of Article 414 of the Civil Code, the examination to be made by the court should also be mentioned. In this respect, the relevant law's preamble states, "In practice, the parties mostly comply with the decisions of the sole arbitrator or arbitral tribunal. However, in case of non-compliance or probability of non-compliance with the interim measure, the competent court decides that such measure given by the arbitral tribunal is enforceable provided there is a request of one of the parties and valid arbitration agreement. Here, examination by the court will be on the validity of the arbitration agreement; due to the nature of the work, if it is an enforceable interim measure or declaratory ruling under Turkish law, the enforcement of the arbitral award will be ruled." Hereunder, the court will evaluate the validity of the arbitration agreement and whether the decision is an enforceable measure or declaratory ruling under Turkish Law. However, it should be noted that the court cannot make an examination on whether the conditions for interim measure have been met.<sup>26</sup>

If the court determines that there is a valid arbitration agreement between the parties and that the emergency arbitrator decision is enforceable, it will decide that the decision is enforceable.<sup>27</sup>

### B. Enforceability in Accordance with International Arbitration Act No. 4686

According to Article 6/3 of the International Arbitration Act No. 4686<sup>28</sup> ("IAA"), if a party does not comply with the interim measure or attachment, the other party may request the assistance of the competent court for taking an interim measure of protection or an interim attachment. The competent court, if necessary, may hear through a substitute court.

Accordingly, in case of failure to comply with the emergency arbitrator decisions given in foreign countries in Turkey, the enforcement of these decisions by the courts is made subject to the same regime.<sup>29</sup> In other words, in the enforcement of the emergency arbitrator decisions issued in a foreign country, the court aid specified in Article 6/3 of IAA shall be used without being subject to any enforcement regime in accordance with the explicit regulation in Article 1/3 IAA.<sup>30</sup>

Acil durum hakem kararlarının HMK'nın 414. maddesi çerçevesinde icra edilebilir olduğunun kabulü halinde, mahkeme tarafından yapılacak incelemeye de değinmek gerekir. Bu hususta, ilgili kanunun gerekçesi, "Uygulamada, hakem veya hakem kurulunun kararlarına taraflar çoğunlukla uymaktadırlar. Ancak, verilen tedbir kararına uyulmaması veya uyulmaması ihtimali olması hâlinde, yetkili mahkeme, hakem heyeti tarafından verilen ihtiyati tedbir kararının, taraflardan birinin talebi ve geçerli bir tahkim sözleşmesinin var olması şartı ile icra edilebilirliğine karar verir. Burada, mahkemenin yaptığı inceleme tahkim sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin olacak; işin niteliği gereği, Türk hukukuna göre icra edilebilir bir tedbir veya tespit kararı ise hakem kararının icrasına hükmedilecektir" şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, mahkeme tahkim sözleşmesinin geçerliliğini ve kararın Türk Hukuku'na göre icra edilebilir bir tedbir veya tespit kararı olup olmadığını değerlendirecektir. Ancak, mahkemenin geçici hukuki koruma tedbiri şartlarının oluşup oluşmadığına ilişkin bir inceleme yapamayacağını belirtmek gerekmektedir.<sup>26</sup>

Mahkeme, taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunduğunu ve acil durum hakem kararının icra edilebilir olduğunu tespit ederse kararın icra edilebilir olduğuna karar verecektir.<sup>27</sup>

### B. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na Göre İcra Edilebilirlik

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun<sup>28</sup> ("MTK") 6/3. maddesine göre, "Taraflardan biri, hakem veya hakem kurulunun verdiği ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararını yerine getirmemezse; karşı taraf, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilmesi istemiyle yetkili mahkemenin yardımını isteyebilir. Yetkili mahkeme gerekirse başka bir mahkemeyi istinabe edebilir."

Buna göre, yabancı ülkede verilen acil durum hakem kararına ve Türkiye'de verilen acil durum hakem kararına uyulmaması halinde bu kararların mahkemelerde icra edilebilmesi aynı rejime tabi kılınmıştır.<sup>29</sup> Bir diğer ifadeyle, yabancı ülkede verilen acil durum hakem kararlarının icra edilmesinde, MTK'nın 1/3. maddesinde yer alan açık düzenleme gereği herhangi bir tenfiz rejimine tabi olmaksızın MTK'nın 6/3. maddesinde yer alan mahkeme yardımından yararlanılacaktır.<sup>30</sup>

However, Article 6/3 of the IAA is criticized in the doctrine on the grounds that there is no explicit provision in terms of the procedure to be followed in the compulsory execution proceedings to be requested from the court and it contains extremely ambiguous statements and therefore causes legal confusion.<sup>31</sup>

## V. ENFORCEABILITY OF EMERGENCY ARBITRATOR DECISIONS GIVEN IN A FOREIGN COUNTRY

### A. Enforceability in Accordance with The International Arbitration Act

According to Article 1/3 of IAA, "Articles 5 and 6 of this Law are applicable even if the place of arbitration is determined to be a place not in Turkey." Accordingly, it is stated that the section titled "interim measures of protection and interim attachments" regulated in Article 6 of IAA would be applicable even if the place of arbitration is determined to be a place not in Turkey. Therefore, the statements made related to the enforcement of the emergency arbitrator decisions given in Turkey in accordance with IAA are also valid for the enforceability of emergency arbitrator decisions given in a foreign country in accordance with IAA.

### B. Enforcement of Emergency Arbitrator Decisions

If the country where the interim measure is given is a different country to the country where the decision will be enforced, the need for enforcement of the decision arises and enforcement of a judgment given in a foreign country also depends upon the enforcement of this decision on Turkey.<sup>32</sup>

According to Article 17/H of the United Nations Commission on International Trade Law ("UNCITRAL") Model Law, an interim measure issued by an arbitral tribunal shall be recognized as binding and, unless otherwise provided by the arbitral tribunal, enforced upon application to the competent court, irrespective of the country in which it was issued. At this point, it should be noted that the expression "arbitral tribunal" is defined as "a sole arbitrator or a panel of arbitrators" in Article 2b of the Model Law. In addition to this, grounds for re-

Bununla birlikte MTK'nın 6/3. maddesi, doktrinde mahkemeden talep edilecek cebri icra yargılamasında izlenecek usul açısından da açık hüküm bulunmadığı ve son derece muğlak ifadeler içerdiği ve bu nedenle hukuki karmaşaya sebebiyet verdiği gerekçeyle eleştirilmektedir.<sup>31</sup>

## V. YABANCI ÜLKEDE VERİLEN ACİL DURUM HAKEM KARARLARININ İCRA EDİLEBİLİRLİĞİ

### A. Milletlerarası Tahkim Kanunu'na Göre İcra Edilebilirlik

MTK'nın 1/3. Maddesine göre, "Bu Kanunun 5 ve 6. madde hükümleri, tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da uygulanır." Buna göre, MTK'nın 6. maddesinde düzenlenen "ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz" başlıklı maddenin tahkim yerinin Türkiye dışında belirlenmesi halinde de uygulanacağı belirtilmiştir. Bu nedenle, Türkiye'de verilen acil durum hakem kararlarının MTK'ya göre icra edilmesine ilişkin yapılan açıklamalar yabancı ülkede verilen acil durum hakem kararlarının MTK'ya göre icra edilmesi bakımından da geçerlidir.

### B. Acil Durum Hakem Kararlarının Tenfizi

Geçici hukuki koruma kararının verildiği ülkenin kararın icra edileceği ülkeden farklı bir ülke olması halinde kararın tenfizi ihtiyacı ortaya çıkmakta olup, yabancı ülkede verilen bir kararın icra edilmesi de bu kararın Türkiye'de tenfiz edilebilmesine bağlıdır.<sup>32</sup>

Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu ("UNCITRAL") Model Kanun'un 17/ H maddesine göre, hakem heyeti tarafından verilen geçici hukuki koruma kararı, hakem heyeti tarafından aksi belirtilmedikçe bağlayıcı olarak tanınacaktır ve verildiği ülkeye bakılmaksızın yetkili mahkemeye başvurularak icra edilebilecektir. Bu noktada, "hakem heyeti" ifadesinin Model Kanun'un 2b maddesinde "tek hakem veya birden fazla hakemden oluşan heyet" olarak tanımlandığını belirtmek gerekmektedir. Bunun yanı sıra, tanıma ve tenfiz talebinin red-

### FOOTNOTE

26 26 RG. 21.06.2011 Sayı: 24453.

27 Süheylâ Balkar Bozkurt, Uluslararası Ticari Tahkim ve Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Şubat 2010, p. 242.

28 Ibid.

29 Balkar Bozkurt, p. 242-252.

30 Ziya Akıncı, Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1994, p. 477.

31 Uyanık, p. 121.

32 Bilgetekin, p. 66.

### DİPNOT

26 RG. 21.06.2011 Sayı: 24453.

27 Süheylâ Balkar Bozkurt, Uluslararası Ticari Tahkim ve Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Şubat 2010, s. 242.

28 Ibid.

29 Balkar Bozkurt, s. 242-252.

30 Ziya Akıncı, Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1994, s. 477.

31 Uyanık, s. 121.

32 Bilgetekin, s. 66.

## PART 16

## THE SOLUTION LIES IN GLOBAL HARMONIZATION AND UNIFICATION OF FINTECH REGULATIONS THROUGH INTERNATIONAL AGREEMENTS.

fusing recognition or enforcement are regulated in Article 17/I of the UNCITRAL Model Law.

Here again, the question comes to mind whether the emergency arbitrator is considered an "arbitrator". In a similar way to our explanations above, if the country where enforcement is sought is one of the countries that adopted the UNCITRAL Model Law with the 2006 amendments or if the arbitration rules selected by the parties regard the emergency arbitrator as an "arbitrator" or state that the emergency arbitrator decision has the same effect as the awards made by the arbitral tribunal or equip the emergency arbitrator with the authority of the arbitral tribunal, the enforcement of the emergency arbitrator decision may be decided.<sup>33</sup>

On the other hand, the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards ("Convention") of 1958 should be mentioned. The first paragraph of Article 7 of the Convention states "The provisions of the present Convention shall not affect the validity of multilateral or bilateral agreements concerning the recognition and enforcement of arbitral awards entered into by the Contracting States nor deprive any interested party of any right he may have to avail himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law or the treaties of the country where such award is sought to be relied upon." Within this framework, people who seek enforcement may benefit from the local legislation of the state of enforcement, and if the rules of the state of enforcement are more favorable for enforcement than the Convention, those rules shall apply.<sup>34</sup>

The Convention does not contain anything explicit as to whether provisional measures can be enforced. However, the guideline prepared by the UNCITRAL Secretariat in 2016 states that the courts seek three conditions to qualify a decision as an arbitral award when the current judicial decisions are examined.<sup>35</sup> Those conditions are that the decision has been made by the arbitrator is final and binding.

Whether the emergency arbitrator can be considered an arbitrator has been mentioned previously. As a rule, however, since the parties to the arbitration agreement accept that they are bound by emergency arbitrator decisions by

dedilebileceği haller UNCITRAL Model Kanun'un 17/I maddesinde düzenlenmektedir. Burada yine acil durum hakeminin "hakem" sayılıp sayılmayacağı sorusu akla gelmektedir. Bu noktada, yukarıdaki açıklamalarımıza benzer şekilde, tenfiz talep edildiği ülke 2006 değişiklikleri ile birlikte UNCITRAL Model Kanun'u kabul eden ülkelerden ise, taraflarca seçilen tahkim kuralları acil durum hakemini "hakem" olarak saymış veya acil durum hakem kararının hakem heyeti tarafından verilen kararlar ile aynı etkiye sahip olduğu belirtilmiş ya da acil durum hakemini hakem heyetinin yetkileri ile donatmış ise acil durum hakem kararının tenfizine karar verilebilecektir.<sup>33</sup>

Bunun yanı sıra, 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesi'ne ("Sözleşme") de değinmek gerekmektedir. Sözleşme'nin 7. maddesinin birinci fıkrasında "İşbu sözleşme hükümleri, âkit devletler arasında akdedilmiş hakem kararlarının tanınması veya icrasına dair, iki yahut çok taraflı sözleşmelerin muteberliğine halel getirmez ve ilgili taraflardan hiçbirini, bir hakem kararından, bunun dermeyeran edildiği memleketin kanun ve sözleşmeleri hükümleri dairesinde faydalanmak imkânından mahrum kılmaz." şeklinde belirtilmiştir. Bu kapsamda, tenfiz talebinde bulunacak kişilerin tenfiz devletinin mahalli mevzuatından faydalanabileceği öngörülmüş olup, eğer tenfiz devletinin kuralları, Sözleşme'ye nazaran tenfize daha elverişli ise bu kurallar uygulama alanı bulacaktır.<sup>34</sup>

Sözleşme, geçici kararların tenfiz edilip edilemeyeceğine ilişkin bir açıklık içermektedir. Ancak, 2016 yılında UNCITRAL Sekreteryası tarafından hazırlanan rehberde, mevcut içtihatlar incelendiğinde mahkemelerce bir kararın hakem kararı olarak nitelendirilebilmesi için üç koşulun arandığı belirtilmektedir.<sup>35</sup> Bu koşullar, kararın hakemler tarafından verilmiş olması, nihailik ve bağlayıcılıktır.

Acil durum hakeminin hakem sayılıp sayılmayacağına önceki bölümlerde değinilmiştir. Bununla birlikte kural olarak, tahkim anlaşmasının tarafları, acil durum hakemi yargılamasının düzenlendiği bir tahkim kurumunun kurallarını seçerek acil durum

choosing the rules of an arbitration institution where the emergency arbitrator proceeding is held, the condition of the emergency arbitration decision being binding is provided.<sup>36</sup>

In terms of finality, it cannot be said that the emergency arbitrator decisions are final in the framework of the Convention since there are regulations stating that the emergency arbitrator decisions can be amended or annulled by the arbitral tribunal and therefore the emergency arbitrator's decision can be amended at any time.<sup>37</sup>

In the guideline prepared by the UNCITRAL Secretariat, when the current judicial decisions are examined, it is considered that emergency arbitrator decisions are not an "award" in the framework of the Convention, in the view that there is no "finality" condition among the three conditions sought for the enforcement of emergency arbitration decisions.<sup>38</sup>

## VI. LEGAL CHARACTERISTICS OF EMERGENCY ARBITRATOR DECISIONS

Since the emergency arbitrator has only recently been implemented by institutions, whether the emergency arbitrator is accepted as an arbitrator and the nature of its decisions are also controversial, and the problems we have covered in detail in our article are due to the uncertainty of the legal characteristic of the emergency arbitrator decision.

Part of the arbitration rules contain regulations regarding the nature of emergency arbitrator decisions and those rules can be divided into two groups which regulate the emergency arbitrator decision (i) as an order or (ii) determine the nature of the decision given according to the concrete case as an order or award.<sup>39</sup>

For instance, Article 6 of the ICC Emergency Arbitrator Rules clearly states that the emergency arbitrator's decision shall take the form of an order. Article 9B of the LCIA Arbitration Rules on the emergency arbitrator also states that the emergency arbitrator can make any

hakem kararları ile bağlı olduklarını kabul ettiklerinden bu yönüyle acil durum hakem kararlarının bağlayıcılık koşulu sağlanmaktadır.<sup>36</sup>

Nihailik koşulu bakımından ise acil durum hakemi kararlarının hakem heyetince değiştirilebileceği veya kaldırılabilceği yönünde düzenlemelerin yer alması ve bu nedenle verilen acil durum hakemi kararının her an değiştirilebilecek olması sebebiyle acil durum hakem kararlarının Sözleşme çerçevesinde nihai olduğundan bahsedilemeyecektir.<sup>37</sup>

UNCITRAL Sekreteryası tarafından hazırlanan rehberde, mevcut içtihatlar incelendiğinde acil durum hakem kararlarının tenfizi için aranan üç şarttan "nihailik" şartının mevcut bulunmadığı görüşü çerçevesinde acil durum hakem kararlarının Sözleşme çerçevesinde mümkün olmadığı değerlendirilmektedir.<sup>38</sup>

## VI. ACİL DURUM HAKEM KARARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Acil durum hakemi kurumlar tarafından yeni uygulanmaya başladığından, acil durum hakeminin hakem kabul edilip edilmediği ve kararlarının niteliği de tartışmalı olup makalemizde de detaylı olarak yer verdiğimiz sorunlar acil durum hakemi kararının hukuki niteliğinin belirsizliğinden kaynaklanmaktadır.

Tahkim kurallarının bir bölümünde acil durum hakem kararlarının niteliğine ilişkin düzenlemeler bulunmakta olup, bu kurallar acil durum hakem kararını (i) emir (order) olarak düzenleyen ve (ii) somut olaya göre verilen kararın niteliğini emir (order) veya hakem kararı (award) olarak düzenleyen kurallar olarak iki gruba ayrılabilir.<sup>39</sup>

Örnek vermek gerekirse, ICC Acil Durum Hakem Kuralları'nın 6. Maddesi, acil durum hakem kararının emir olarak verileceğini açıkça düzenlemektedir. LCIA Tahkim Kuralları'nın acil durum hakemine ilişkin 9B maddesi de acil durum hakeminin hakem heyeti tarafından verilebilecek herhangi bir ara karar veya hakem kararı verebileceğini belirtmektedir. İTOTAM Acil Durum Hakem Kuralları'nın 5. maddesinde de acil durum hakeminin talep

## BU TEHLİKENİN ÇÖZÜMÜ FİNTEK YASAL DÜZENLEMELERİNİN, ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER ARACILIĞIYLA BİLEŞTİRİLMESİ VE UYUM İÇERİSİNDE OLMASINDAN GEÇMEKTEDİR.

### DİPNOT

33 [https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/2016\\_Guide\\_on\\_the\\_Convention.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/2016_Guide_on_the_Convention.pdf) (Erişim tarihi: 10.08.2020.)

34 Uyanık, s. 123.

35 Uyanık, s. 123.

36 Ibid.

37 Uyanık, s. 100.

38 A.g.e., s. 102.

39 <https://casetext.com/case/public-communication-v-true-north-com-muns> (Erişim tarihi: 10.08.2020.)

### FOOTNOTE

33 [https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/2016\\_Guide\\_on\\_the\\_Convention.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/2016_Guide_on_the_Convention.pdf) (Access date: 10.08.2020.)

34 Uyanık, p. 123.

35 Uyanık, p. 123.

36 Ibid.

37 Uyanık, p. 100.

38 A.g.e., p. 102.

39 <https://casetext.com/case/public-communication-v-true-north-com-muns> (Access Date: 10.08.2020.)



## PART 16

emergency relief or award that can be made by the arbitral tribunal. Article 5 of the ITOTAM Emergency Arbitrator Rules states that the emergency arbitrator shall make her/his decision of procedural nature on the relief sought.

At this point, similar to the explanations on whether the emergency arbitrator is an arbitrator or not, it is necessary to state that it is controversial in the doctrine whether naming the decision as an arbitrator decision directly gives the decision this quality.<sup>40</sup> As a matter of fact, it was claimed that the interim measure requested for enforcement in the file subject to the Publicis decision was not regulated under the name of "arbitral award", and the court determined that the finality of the decision would be designated by the content of the decision, not the naming.<sup>41</sup>

It should be stated that the quality element, which gains importance during the enforcement of the emergency arbitrator decision, needs to be evaluated separately in each concrete case,<sup>42</sup> and even if there are regulations on the legal nature of emergency arbitrator decisions in the arbitration rules, these regulations will not be binding for the enforcement country and enforceability of the decision will be evaluated by the enforcement country.<sup>43</sup>

## VII. CONCLUSION

With the emergency arbitrator being a legal instrument, arbitrators appointed in a short time, again give interim measures in a short time and make such measures in a way to cover the other advantages of the arbitration. When the decision is applied with the consent of the parties, the advantages in theory are also reflected in practice. However, if the person against whom the decision has been made does not comply with this decision, some problems may arise in the system brought by the institutional arbitration, and this may cause the advantages obtained from the emergency arbitrator to turn into disadvantages. At this point, if a party does not apply to the state judiciary with the thought that the emergency arbitrator decision can be enforced and cannot ensure the enforcement of the decision, it may be deprived of the benefits to be obtained from the interim measure to be requested. In order to avoid such a problem, in practice, parties still apply to state courts for interim measures. At this point, it would be appropriate to decide that the emergency arbitrator decisions can be enforced regardless of

hakkında usuli nitelikte bir "hakem kararı" verileceği belirtilmektedir.

Bu noktada, acil durum hakeminin hakem olup olmadığına ilişkin açıklamalara benzer şekilde, kararın hakem kararı olarak isimlendirilmesinin karara doğrudan bu niteliği kazandırıp kazandırmayacağı konusu doktrinde tartışmalı olduğunu belirtmek gerekmektedir.<sup>40</sup> Nitekim Publicis kararına konu dosyada icrası talep edilen geçici hukuki koruma tedbirinin "hakem kararı" adı altında düzenlenmediği iddia edilmiş, mahkeme ise kararın nihaiğini isimlendirmenin değil kararın içeriğinin belirleyeceği tespitinde bulunmuştur.<sup>41</sup>

Belirtmek gerekmektedir ki, acil durum hakem kararının icra edilmesi aşamasında önem kazanacak olan nitelik unsurunun her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmekte olup,<sup>42</sup> tahkim kurallarında acil durum hakem kararlarının hukuki niteliği konusunda düzenlemeler bulunsa dahi tenfiz ülkesi bakımından bu düzenlemeler bağlayıcılık teşkil etmeyecek ve tenfiz edilebilirlik bakımından tenfiz ülkesi tarafından değerlendirilecektir.<sup>43</sup>

## VII. SONUÇ

Acil durum hakemliğinin hukuk kurumları arasında yer alması ile birlikte kısa sürede atanan hakemler, yine kısa sürede geçici hukuki koruma kararı vermekte ve bu kararın tahkimin sahip olduğu diğer avantajları da kapsayacak şekilde vermektedir. Karar taraflarca rızaen uygulandığında teorideki avantajlar pratiğe de yansımaktadır. Ancak aleyhine karar verilen kişi bu karara riayet etmediğinde, kurumsal tahkimlerce getirilen sistemde bazı sorunlar ortaya çıkabilecek, bu durum acil durum hakeminden elde edilen avantajların dezavantaja dönüşmesine yol açabilecektir. Bu noktada bir taraf acil durum hakem kararının tenfiz edilebileceği düşüncesi ile devlet yargısına başvuramaz ve kararın tenfizini sağlayamaz ise, talep edilecek geçici hukuki korumadan elde edilecek faydalardan mahrum kalabilecektir. Bu gibi bir sorunla karşılaşmamak için uygulamada halen geçici hukuki korumalar bakımından devlet mahkemelerine başvurulduğu görülmektedir. Bu noktada, hukuk sistemlerinde regüle edilecek açık kanun hükümleri ile acil durum hakemlerinin kararlarının niteliklerine bakılmaksızın icra ve tenfiz edilebileceğinin kararlaştırılması yerinde olacaktır. Bu düzenlemeler yapılabilecek kadar acil durum hakem kararlarının hukuki niteliği ve icra edilmesindeki sorunlar, devam edecek ve acil

their qualifications with the explicit provisions of law to be regulated in legal systems. Until these regulations are made, the legal nature and enforcement of emergency arbitrator decisions will continue and the full operability of the emergency arbitrator instrument will not be ensured. If necessary regulations are made for emergency arbitrator decisions, applications to the emergency arbitrator will increase further; otherwise, the parties will continue to seek interim measures from state courts, considering the possible risks to the enforcement of emergency arbitrator decisions. Therefore, we are of the opinion that regulations should be made in order to provide the necessary operability to the emergency arbitrator instrument.

durum hakemi kurumunun tam olarak işlerliği sağlanamayacaktır. Acil durum hakem kararları için gerekli düzenlemelerin yapılması halinde acil durum hakemine başvurular daha da artacak; aksi halde taraflar, acil durum hakem kararlarının icrasının önündeki muhtemel riskleri göz önünde bulundurarak devlet mahkemelerinden geçici hukuki koruma talep etmeye devam edeceklerdir. Bu nedenle acil durum hakemi kurumuna gerekli işlerliğin sağlanabilmesi adına düzenlemelerin yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

## BIBLIOGRAPHY

- ALİ YEŞİLİRMAK**, Provisional Measures in International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, B. 12, Y. 2005.
- ALİ CEM BUDAK**, "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri", Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, B.1. N. 1, 2012, p. 31-59.
- AMİR GHAFARI, EMMYLOU WALTERS**, "The Emergency Arbitrator: The Dawn of a New Age?", Arbitration International, B. 30, N. 1, 2014, p.153-167.
- ERHAN BURAK AYDIN**, Milletlerarası Tahkim Uygulamasında Hızlandırılmış Tahkim Usulü, Ankara Hacı Bayram Veli University, Postgraduate Education Institute, Post Graduate Thesis, November 2019.
- GÜLÇİN SOYLU DECDELİ**, Milletlerarası Ticari Tahkimde Acil Durum Hakemi, Altınbaş University Institute of Social Sciences, Unpublished Post Graduate Thesis, 2019.
- N. TUĞÇE BİLGETEKİN**, "Acil Durum Hakemliği", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, January 2016, B. 36, N 1, 2016, p. 33-72.
- M. ECE UYANIK**, Tahkim Yargılamasında Acil Durum Hakemi, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2020.
- SÜHEYLÂ BALKAR BOZKURT**, Uluslararası Ticari Tahkim ve Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri, University Institute of Social Sciences, Unpublished Dissertation, İstanbul, February 2010.
- ZİYA AKINCI**, Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Dokuz Eylül University Faculty of Law Circulating Capital Enterprise Publications, Ankara, 1994.
- UNCITRAL SECRETARIAT**, Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), [https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NYconv/2016\\_Guide\\_on\\_the\\_Convention.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NYconv/2016_Guide_on_the_Convention.pdf) (Access Date: 10.08.2020)
- <https://casetext.com/case/publicis-communication-v-true-north-communs> (Access Date: 10.08.2020)
- CODE DE PROCÉDURE CIVILE**, [https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2011/11/13/2011-48/jo/article\\_2#:~:text=peine%20d%27astreinte,-,%C2%AB%20Art,%C3%A9s%20judiciaires%20et%20s%C3%BBret%C3%A9s%20judiciaires.](https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2011/11/13/2011-48/jo/article_2#:~:text=peine%20d%27astreinte,-,%C2%AB%20Art,%C3%A9s%20judiciaires%20et%20s%C3%BBret%C3%A9s%20judiciaires.) (Access Date: 25.08.2020).

## KAYNAKÇA

- ALİ YEŞİLİRMAK**, "Provisional Measures in International Commercial Arbitration", Kluwer Law International
- ALİ CEM BUDAK**, "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri", Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, S. 1, 2012, s.47
- AMİR GHAFARI, EMMYLOU WALTERS**, "The Emergency Arbitrator: The Dawn of a New Age?", Arbitration International, B. 30, N. 1, 2014, s.153-167.
- ERHAN BURAK AYDIN**, Milletlerarası Tahkim Uygulamasında Hızlandırılmış Tahkim Usulü, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Kasım 2019.
- GÜLÇİN SOYLU DECDELİ**, Milletlerarası Ticari Tahkimde Acil Durum Hakemi, Altınbaş Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- N. TUĞÇE BİLGETEKİN**, "Acil Durum Hakemliği", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Ocak 2016, C. 36, Sayı 1, 2016, ss. 33-72.
- M. ECE UYANIK**, Tahkim Yargılamasında Acil Durum Hakemi, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2020.
- SÜHEYLÂ BALKAR BOZKURT**, Uluslararası Ticari Tahkim ve Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, Şubat 2010.
- ZİYA AKINCI**, Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1994.
- UNCITRAL SECRETARIAT**, Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), [https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NYconv/2016\\_Guide\\_on\\_the\\_Convention.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NYconv/2016_Guide_on_the_Convention.pdf) (Erişim Tarihi: 10.08.2020)
- <https://casetext.com/case/publicis-communication-v-true-north-communs> (Erişim Tarihi: 10.08.2020)
- CODE DE PROCÉDURE CIVILE**, [https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2011/11/13/2011-48/jo/article\\_2#:~:text=peine%20d%27astreinte,-,%C2%AB%20Art,%C3%A9s%20conservatoires%20et%20s%C3%BBret%C3%A9s%20judiciaires.](https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2011/11/13/2011-48/jo/article_2#:~:text=peine%20d%27astreinte,-,%C2%AB%20Art,%C3%A9s%20conservatoires%20et%20s%C3%BBret%C3%A9s%20judiciaires.) (Access Date:25.08.2020).

## FOOTNOTE

40 A.g.e., p. 102.

41 <https://casetext.com/case/publicis-communication-v-true-north-communs> (Access Date: 10.08.2020.)

42 Uyanık, p. 103.

43 Balkar Bozkurt, p. 282.

## DİPNOT

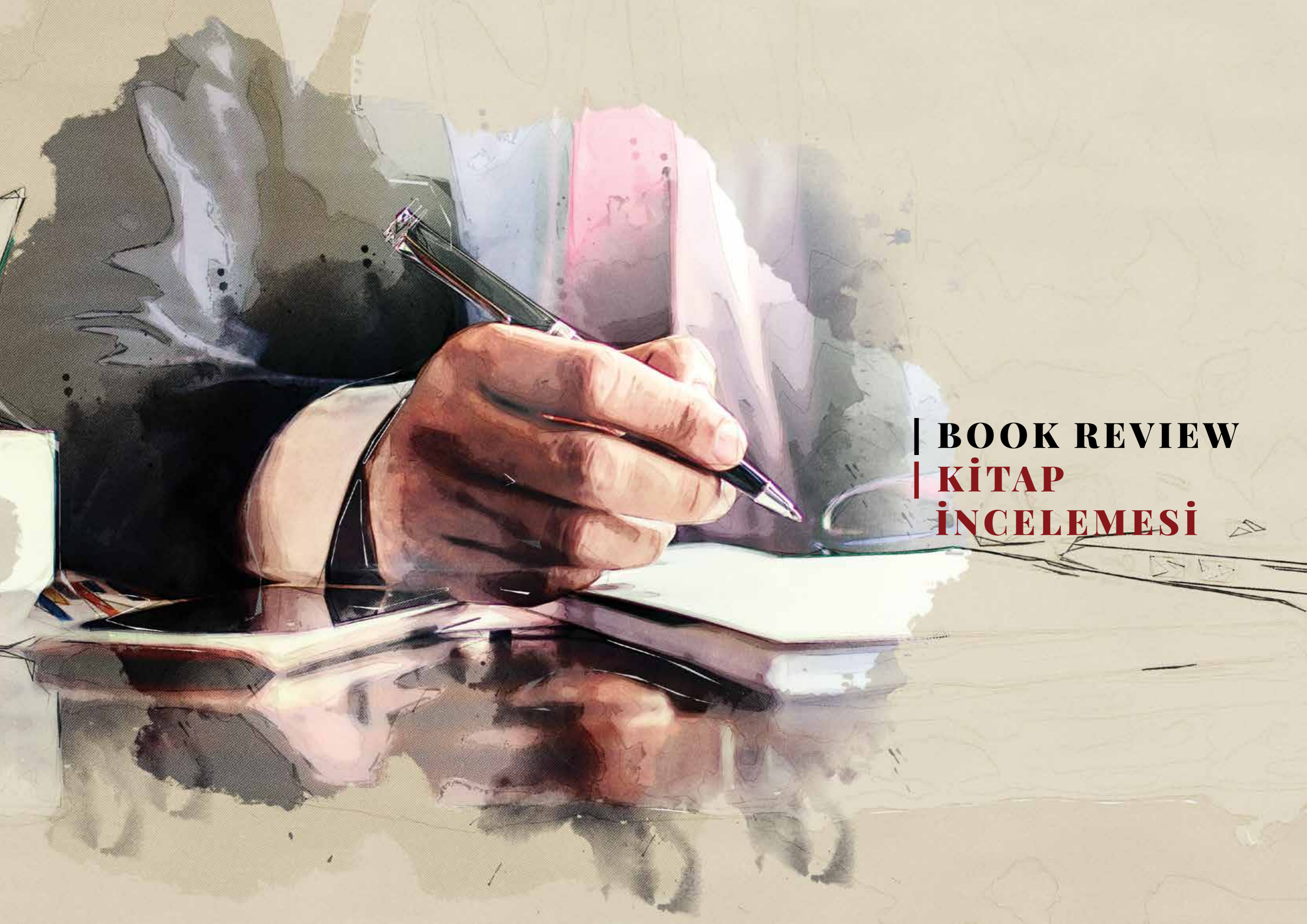
40 A.g.e., s. 102.

41 <https://casetext.com/case/publicis-communication-v-true-north-communs>(Erişim Tarihi: 10.08.2020.)

42 Uyanık, s. 103.

43 Balkar Bozkurt, s. 282.





| **BOOK REVIEW**  
| **KİTAP**  
**İNCELEMESİ**



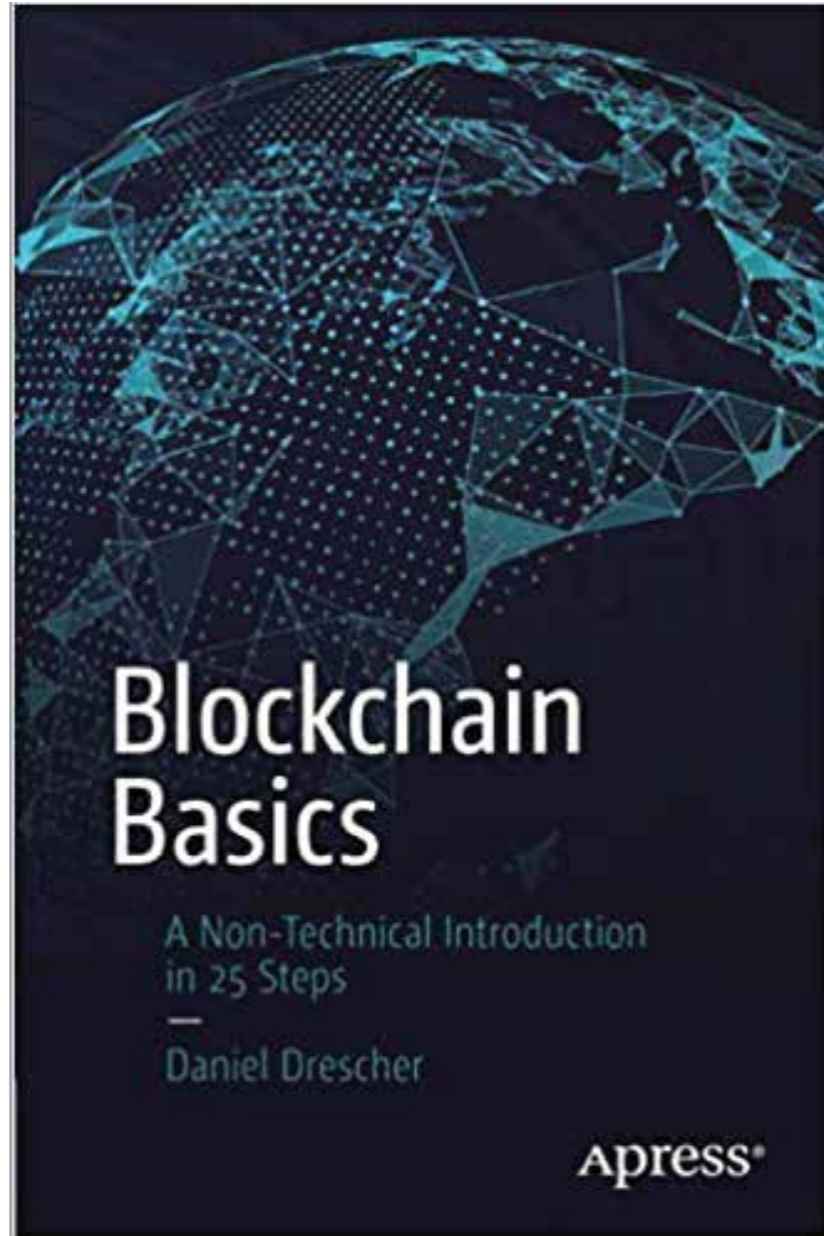
**DANIEL DRESCHER**

--  
**BLOCKCHAIN BASICS: A NON-TECHNICAL INTRODUCTION IN 25 STEPS**

**BLOCKCHAIN TEMELLERİ: 25 ADIMDA TEKNİK OLMAYAN GİRİŞ**

--

**BEKİR BERA GÖKSU**



Blockchain is one of the most curious and researched technology in the World today. Most of the people around the World opine that the blockchain technology would be an innovational and may cause reform in lots of area.

Blockchain, bugün dünyanın en merak edilen ve araştırılan teknolojilerinden biridir. Dünyanın dört bir yanındaki insanların çoğu, blockchain teknolojisinin yenilik getireceğini ve birçok alanda reforma neden olabileceğini düşünüyor.

Blockchain is one of the most curious and researched technology in the World today. Most of the people around the World opine that the blockchain technology would be an innovational and may cause reform in lots of area. The potential is based on the ability to enable reliable transactions between people in an unreliable environment without central parties. These characteristics generally call into question the position of current intermediaries, such as banks or stock exchanges, which generally guarantee reliable transactions. You can even imagine many other situations where the blockchain can change the position of intermediaries. The idea that technology can replace an entire system, for example most of the banking system, is fascinating, surprising and terrifying.

The information regarding the blockchain system is not homogeneous since blockchain technology is innovational and new and exercisers of the blockchain are mostly hosted by start-ups. The blockchain technology generally focused on finance, technical entrepreneurship and education. Therefore, this technology cannot be directly visible in our daily life. Additionally, second hurdle to understand blockchain is the math behind the technology since it relies on mathematical cryptography to establish trust. The target of the book of "Blockchain Basics: A Non-Technical Introduction in 25 Steps" written by Daniel Drescher is to ensure well-organized and conceptual access on what is a blockchain is and how it works. It allows you to understand how a blockchain works without a mathematical background. This allows the reader to understand the basic concepts of the blockchain. It is also the basis for developing detailed information. The book then prepares the reader to follow, assess and interpret the main topics of public debate. Furthermore, Drescher provides a solid starting point for learning more about blockchain-specific issues. Finally, the

Blockchain, bugün dünyanın en merak edilen ve araştırılan teknolojilerinden biridir. Dünyanın dört bir yanındaki insanların çoğu, blockchain teknolojisinin yenilik getireceğini ve birçok alanda reforma neden olabileceğini düşünüyor. Potansiyel, güvenilir bir ortamda, merkezi partiler olmadan insanlar arasında güvenilir işlemlerin gerçekleştirilebilmesine dayanır. Bu özellikler genellikle, genellikle güvenilir işlemleri garanti eden bankalar veya borsalar gibi mevcut araçların pozisyonunu sorgulamaktadır. Blok zincirinin araçların konumunu değiştirebileceği diğer birçok durumu bile hayal edebilirsiniz. Teknolojinin tüm sistemin, örneğin bankacılık sisteminin büyük bir kısmının yerini alabileceği fikri, büyüleyici, şaşırtıcı ve ürktücüdür.

Blockchain sistemi ile ilgili bilgiler homojen değildir, çünkü blockchain teknolojisi yenilikçidir ve yenidir ve blockchain uygulayıcıları çoğunlukla yeni başlayanlar tarafından barındırılmaktadır. Blockchain teknolojisi genellikle finans, teknik girişimcilik ve eğitime odaklandı. Dolayısıyla bu teknoloji günlük hayatımızda doğrudan görülemez. Ek olarak, blok zincirini anlamamanın ikinci engeli, güven oluşturmak için matematiksel kriptografiye dayandığından teknolojinin arkasındaki matematiktir. Daniel Drescher tarafından yazılan "Blockchain Temelleri: 25 Adımda Teknik Olmayan Bir Giriş" kitabının hedefi, blok zincirinin ne olduğu ve nasıl çalıştığı konusunda iyi organize edilmiş ve kavramsal erişim sağlamaktır. Matematiksel bir arka plan olmadan bir blok zincirinin nasıl çalıştığını anlamanıza olanak tanır. Bu, okuyucunun blok zincirinin temel kavramlarını anlamasını sağlar. Aynı zamanda detaylı bilgi geliştirmenin temelidir. Kitap daha sonra okuyucuyu kamusal tartışmanın ana konularını izlemeye, değerlendirmeye ve yorumlamaya hazırlar. Ayrıca, Drescher, blok zincirine özgü sorunlar hakkında daha fazla bilgi edinmek için sağlam bir başlangıç noktası sağlar. Son olarak kitap, bir blockc-

The first section of book introduces the main terminology and the distinction between centralized and decentralized peer-to-peer systems.

book implements many metaphors which are useful for explaining the functioning of a blockchain technology.

The book of "Blockchain Basics: A Non-Technical Introduction in 25 Steps" consist of five major sections. These sections are; (i) Terminology and Technical Foundations, (ii) Why the Blockchain Is Needed (iii) How the Blockchain Works (iv) Limitations and How to Overcome Them (v) Using the Blockchain, Summary, and Outlook.

The first section of book introduces the main terminology and the distinction between centralized and decentralized peer-to-peer systems. The second section of book introduces why the blockchain is needed, what problem it solves, why solving this problem is important, and what potential the blockchain have. The third section is the centerpiece of this book and explains how the blockchain works internally. The fourth section focus on major limitations of the blockchain, explain their reasons, and sketch possible ways to overcome them. Final and fifth section mainly consider how the blockchain can be used in real life and what questions should to be addressed when selecting a blockchain application.

The book of "Blockchain Basics: A Non-Technical Introduction in 25 Steps" explains blockchain technology in 25 steps. Initially, some relevant concepts concerning software systems in general and distributed peer-to-peer systems in particular are covered in step 1 to 3. The blockchain is introduced as a means of ensuring integrity of such systems. This is followed by a motivation why the blockchain is needed, e.g. for securely managing ownership in a distributed environment by a group of partially untrusted participants while avoiding problems like double-spending in step 4 to 7.

hain teknolojisinin işleyişini açıklamak için yararlı olan birçok metaforu uyguluyor.

"Blockchain Temelleri: 25 Adımda Teknik Olmayan Bir Giriş" kitabı beş ana bölümden oluşmaktadır. Bu bölümler; (i) Terminoloji ve Teknik Temeller, (ii) Blockchain Neden Gerekli? (iii) Blockchain Nasıl Çalışır? (iv) Sınırlamalar ve Bunların Üstesinden Nasıl Gelinir? (v) Blockchain'i kullanmak, Özet ve Görünüm.

Kitabın ilk bölümü, ana terminolojiyi ve merkezi ve merkezi olmayan eşler arası sistemler arasındaki ayrımı tanıtıyor. Kitabın ikinci bölümü, blockchain'in neden gerekli olduğunu, hangi sorunu çözdüğünü, bu sorunu çözenin neden önemli olduğunu ve blockchain'in hangi potansiyele sahip olduğunu açıklıyor. Üçüncü bölüm, bu kitabın en önemli parçasıdır ve blok zincirinin dahili olarak nasıl çalıştığını açıklamaktadır. Dördüncü bölüm, blok zincirinin temel sınırlamalarına odaklanır, nedenlerini açıklar ve bunların üstesinden gelmenin olası yollarının taslağını çıkarır. Son ve beşinci bölüm, esas olarak blok zincirinin gerçek hayatta nasıl kullanılabileceğini ve bir blok zinciri uygulaması seçerken hangi soruların ele alınması gerektiğini ele almaktadır.

"Blockchain Temelleri: 25 Adımda Teknik Olmayan Bir Giriş" kitabı, 25 adımda blockchain teknolojisini açıklıyor. Başlangıçta, genel olarak yazılım sistemleri ve özellikle dağıtılmış eşler arası sistemlerle ilgili bazı ilgili kavramlar, 1. ila 3. adımlarda ele alınmıştır. Blok zinciri, bu tür sistemlerin bütünlüğünü sağlamanın bir yolu olarak tanıtılmıştır. Bunu, blok zincirine neden ihtiyaç duyulduğuna dair bir motivasyon izler, örn. Kısmen güvenilmeyen katılımcılardan oluşan bir grup tarafından dağıtılmış bir ortamda güvenli bir şekilde sahipliğini yönetmek ve adım 4 ila 7. adımlarda çift harcama gibi sorunlardan kaçınmak için.

Kitabın ilk bölümü, ana terminolojiyi ve merkezi ve merkezi olmayan eşler arası sistemler arasındaki ayrımı tanıtıyor.

Between step 8 to 21 the book covers the basic tasks which need to be performed to realize the blockchain and describes how this can be done. The steps follow a common layout starting usually with a motivating metaphor and ending with an outlook to the next step and a summary what has been covered in the current step. Each step explains its respective topic in such a way that the presented information is sufficient for a solid understanding of the blockchain.

As a conclusion, the author Daniel Drescher explains the blockchain in a sequence of short and focused steps in such a way that the presentation is precise but also accessible to a general audience. The reader is guided through the book via carefully chosen analogies from daily life, which is very helpful to remember the specific topic of each step.

8. adımdan 21. adıma kadar kitap, blok zincirini gerçekleştirmek için yapılması gereken temel görevleri kapsar ve bunun nasıl yapılabileceğini açıklar. Adımlar, genellikle motive edici bir metaforla başlayan ve bir sonraki adıma bir bakış açısı ile biten ve mevcut adımda nelerin ele alındığının bir özetiyle biten ortak bir düzeni takip eder. Her adım, ilgili konuyu, sunulan bilgilerin blok zincirinin sağlam bir şekilde anlaşılması için yeterli olacağı şekilde açıklar.

Sonuç olarak yazar Daniel Drescher, blockchain'i bir dizi kısa ve odaklanmış adımlarla, sunumun kesin ve aynı zamanda genel bir izleyici için erişilebilir olacak şekilde açıklıyor. Okuyucu, kitap boyunca günlük yaşamdan özenle seçilmiş analogiler aracılığıyla yönlendirilir ve bu, her adımın özel konusunu hatırlamak için çok yardımcı olur.





| **LEGAL  
TECHNOLOGIES**  
| **HUKUK  
TEKNOLOJİLERİ**



# CYBER-ATTACKS AGAINST LAW FIRMS

## HUKUK FİRMALARINA YÖNELİK SİBER SALDIRILAR

AHMET GÖKSU

In the recent years law firms under attack of hackers. But why? Over the years, law firms have accessed to banking and financial information of clients, while not taking adequate security measures. As a result of this, law firms have been seen as easy target the get a valuable information of the clients for hackers. Cybersecurity concerns have been around for many years now, but it seems that incidents involving law offices are happening more than ever before.

So why are law firms being increasingly targeted? First, by targeting the law firms, the hackers can quickly access as much valuable data as possible in the shortest amount of time. The American Bar Association has reported that one in four law firms with at least 100 attorneys have experienced security breaches.<sup>1</sup>

Second, although large corporations store tons of data in their computer systems, law firms generally pickier about the data they have collected. In other words, law firms keep more carefully selected set of documents such as; documents relating the confidential corporate deals, secret information about client's finances, valuable information regarding to intellectual property etc., which is much more desirable for the skilled hackers.

Son yıllarda hukuk firmaları bilgisayar korsanlarının saldırısı altında. Ama neden? Yıllar geçtikçe, hukuk firmaları, yeterli güvenlik önlemleri almamakla birlikte, müvekkillerinin bankacılık ve finansal bilgilerine erişmiştir. Bunun bir sonucu olarak, hukuk firmaları bilgisayar korsanlarının gözünde müvekkillerinin değerli bilgilerini elde etmek için kolay hedef olarak görülmüştür. Siber güvenlik endişeleri yıllardır ortalıkta dolaşiyor, ancak görünen o ki, hukuk bürolarını içeren olaylar her zamankinden daha fazla oluyor.

Öyleyse neden hukuk firmaları giderek daha fazla hedefleniyor? Birincisi, hukuk firmalarını hedef alarak, bilgisayar korsanları en kısa sürede olabildiğince çok değerli veriyi hızla erişebilirler. Amerikan Barolar Birliği, en az 100 avukatı olan her dört hukuk firmasından birinin güvenlik ihlalleri yaşadığını bildirdi.<sup>1</sup>

İkincisi, büyük şirketler bilgisayar sistemlerinde tonlarca veri depolamalarına rağmen, hukuk firmaları genellikle topladıkları veriler hakkında daha seçici olurlar. Diğer bir deyişle, hukuk firmalarının kurumsal anlaşmalarla ilgili belgeleri, müşterinin mali durumuyla ilgili gizli bilgileri, fikri mülkiyetle ilgili değerli bilgileri vb. verileri maharetli bilgisayar korsanları için çok daha caziptir.

Finally, law firms have gained a reputation for having low levels of data security measures. firms often have worse data security than clients. The leaking of the Panama Papers which contains 11.5 million client documents, which was created by Panamanian law firm Mossack Fonesca, demonstrated the world that law firms are particularly vulnerable to cyberattacks.<sup>2</sup>

There are several popular ways to attack law firms. "Brute Force Attack" is one of them. Basically, attacker uses different combinations of usernames and passwords that contains millions of words that can be used as a password.<sup>3</sup> The attacker let the computer tries these passwords one by one until they find one that works. Best way to avoid this kind of attacks is the adding second layer which requires human intervention. Using multi-factor authentication requires additional step on each login attempt such as a code sent to your mobile phone, which can stop brute force from success.

Since, lawyers are always under pressure to do things quickly and efficiently, "Phishing" is another popular way.<sup>4</sup> Phishing is a cyber attack that uses misleading email as a weapon. The goal is to trick the person reading pressurize email to take immediate action.<sup>5</sup> For example, you may receive an email that looks as if it comes from your bank, telling you there's a problem with your account or a note from someone in your company — and to click a link or download an attachment. Attackers can than easily steal, sensitive information including passwords, account numbers etc. Educating your employees and updating them about the cyber-attacks, sending them a test phishing mails, is the best way the prevent before attack even happens. Let them know cyber security is a priority.

Staying on the competitive zone in the legal market rely on the internet and the legal technology and it comes with a price. In the digital age, law firms will continue to be one of the most targeted industries by cyber-attackers, it is the ethical duties of the law firms to maintain client confidentiality against the cyber threats and data breaches.

Son olarak, hukuk firmaları, düşük veri güvenliği önlemlerine sahip oldukları gibi bir repütasyon kazanmakla birlikte genellikle müvekkillerinden daha düşük veri güvenliğine sahiptir. Panamalı bir hukuk firması Mossack Fonesca tarafından oluşturulan 11,5 milyon müşteri belgesini içeren Panama Belgeleri'nin sızdırılması, hukuk firmalarının siber saldırılara karşı savunmasız olduğunu dünyaya göstermiştir.<sup>2</sup>

Hukuk firmalarına saldırmanın birkaç yolu bulunmakta ve "Brute Force Attack" bunlardan en duyulanıdır.<sup>3</sup> Temel olarak korsan, parola olarak kullanılabilir milyonlarca kelime içeren farklı kullanıcı adı ve parola bileşimleri kullanır ve doğru parolayı bulana kadar bilgisayarın bu parolaları tek tek denemesine izin verir. Bu tür saldırılardan kaçınmanın en iyi yolu, insan müdahalesi gerektiren ikinci katmanı eklemektir. Çok faktörlü kimlik doğrulamasının kullanılması, her oturum açma girişiminde, kaba kuvvetin başarıya ulaşmasını engelleyebilecek cep telefonunuza gönderilen bir kod gibi ek adımlar gerektirir.

Avukatlar her zaman işleri hızlı ve verimli bir şekilde yapma baskısı altında olduklarından, "kimlik avı" da popüler bir yöntemdir.<sup>4</sup> Kimlik avı, yanıltıcı e-postayı bir silah olarak kullanan bir siber saldırıdır. Amaç, e-postaları okuyan kişiyi hemen harekete geçmesi için kandırmaktır.<sup>5</sup> Örneğin, bankanızdan geliyormuş gibi görünen, hesabınızda bir sorun olduğunu veya şirketinizdeki birinden bir not olduğunu ve bir bağlantıyı tıklamanızı veya bir eki indirmenizi isteyen bir e-posta alabilirsiniz.

Saldırganlar, şifreler, hesap numaraları vb. Dahil olmak üzere hassas bilgileri kolayca çalabilir. Çalışanlarınızı ve müvekkillerinizi siber saldırılar hakkında eğitmek ve onları siber saldırılar hakkında güncellemek, onlara bir kimlik avı testi postası göndermek, saldırı gerçekleşmeden önce önlemin en iyi yoludur.

### FOOTNOTE

<sup>1</sup> <https://www.timesolv.com/blog/why-hackers-target-law-firms/>

<sup>2</sup> Law Firms And Cybersecurity: A Comprehensive Guide For Law Firm Executive Committees - By John Reed Stark

<sup>3</sup> Legal ethics next frontier: lawyers and cybersecurity by Eli Wold, 19 Chap. L. Rev. 501 (2016)

<sup>4</sup> <https://www.varonis.com/blog/brute-force-attack/>

<sup>5</sup> Legal Ethics and Cybersecurity by Natasha Babazade, Vol. 7 No. 1 (Fall 2018), pp. 85-116 Published By: Lexiprint, Inc.

### DİPNOT

<sup>1</sup> <https://www.timesolv.com/blog/why-hackers-target-law-firms/>

<sup>2</sup> Law Firms And Cybersecurity: A Comprehensive Guide For Law Firm Executive Committees - By John Reed Stark

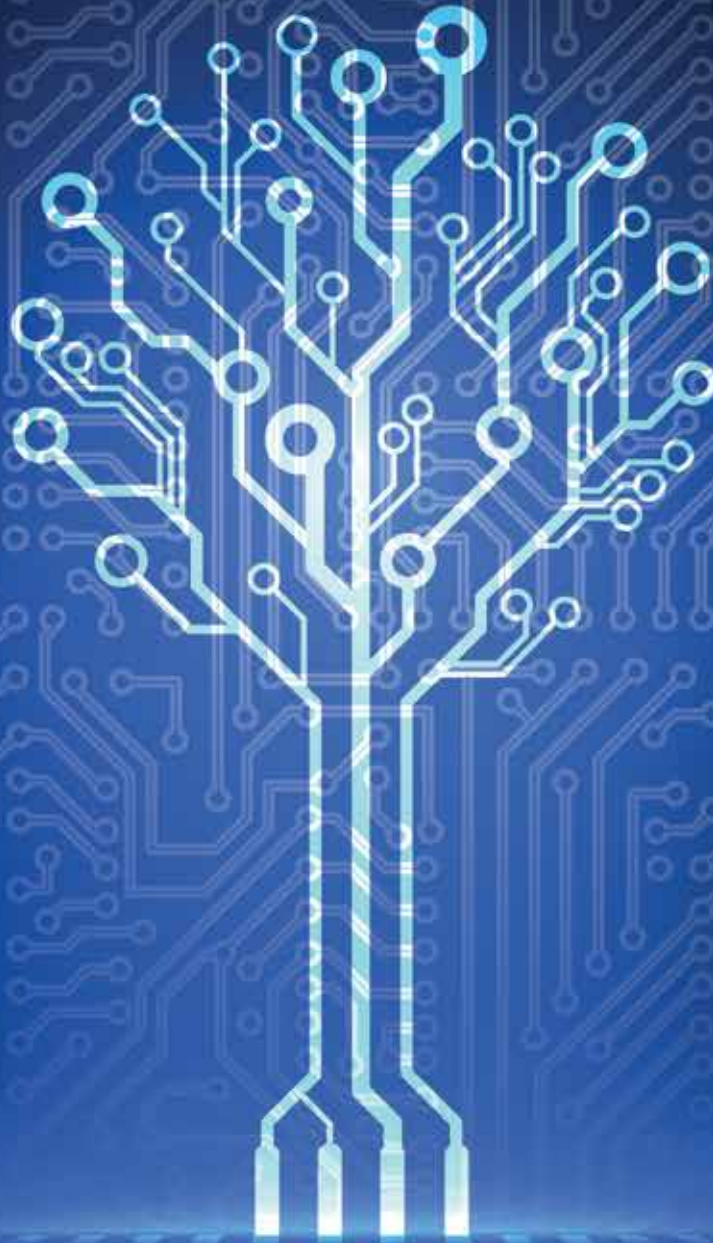
<sup>3</sup> Legal ethics next frontier: lawyers and cybersecurity by Eli Wold, 19 Chap. L. Rev. 501 (2016)

<sup>4</sup> <https://www.varonis.com/blog/brute-force-attack/>

<sup>5</sup> Legal Ethics and Cybersecurity by Natasha Babazade, Vol. 7 No. 1 (Fall 2018), pp. 85-116 Published By: Lexiprint, Inc.







*Accurately Engaged*  
*Reshaping the*  
*Interaction with Clients*

