



GSI ARTICLETTER

A SEMINAL PUBLICATION OF GÖKSU SAFİ İŞİK ATTORNEY PARTNERSHIP

LOOKING AT İHSAN OKTAY ANAR'S BOOK KİTAB'ÜL HİYEL FROM PATENT LAW PERSPECTIVE

İHSAN OKTAY ANAR'IN KİTAB'Ü'L HİYEL
ADLI ESERİNE PATENT HUKUKU
AÇISINDAN BİR BAKIŞ

THE CRIME OF PUBLICLY DISCLAIMING INFORMATION TO THE PUBLIC ADDED TO THE TURKISH CRIMINAL LAW NO. 5237 BY THE DISINFORMATION LAW

DEZENFORMASYON YASASI İLE 5237 SAYILI
TÜRK CEZA KANUNUNA EKLENEN HALKI
YANILTICI BİLGİYİ ALENEN YAYMA SUÇU

VIOLATION OF THE OWNERS' INTELLECTUAL RIGHTS IN WORKS PREPARED IN NFT (NON-FUNGIBLE TOKEN) FORMAT

**NFT (NON-FUNGIBLE TOKEN)
FORMATINDA HAZIRLANAN ESERLERDE
ESER SAHİBİNİN FİKRİ HAKLARININ İHLALI**

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 | info@goksusafiisik.av.tr

Owned and Published by Sahibi ve Yayınlayan

Göksu Safi Işık Attorney Partnership

Authorized Representative Yetkili Temsilci

Av. Dr. Ali Göksu

Av. Hasan Akıcıoğlu

Editorial Board Yayın Kurulu

Av. Dr. Ali Göksu

Av. Hasan Akıcıoğlu

Dr. Emek Toraman Çolgar

Av. Dr. Işık Öney

Prof. Dr. Aydın Çelen

Prof. Dr. Taner Ayanoğlu

Av. Taner Aşıcıoğlu

Mahmut Z. Erbay

Ahmet Ersin Genç

Serda Cerrah

Av. Adem Karaalp

Managing Editor Yönetici Editör

Erkam Yılmaz

Design Tasarım

Nursena Öztürk

ozturknursenaa@gmail.com

Print Baskı

Promat Basım Yayın San. ve Tic. A.Ş.

Publication Type Yayın Türü

Local Periodical / Yerel Süreli ISSN: 2149-1399

COPYRIGHT & DISCLAIMER

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

TELİF HAKKI & YASAL UYARI

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

**delivering
peace of mind**

| ARTICLES | MAKALELER

- 10** **PART 1** LOOKING AT İHSAN OKTAY ANAR'S BOOK KİTAB'ÜL HİYEL FROM PATENT LAW PERSPECTIVE
İHSAN OKTAY ANAR'IN KİTAB'Ü'L HİYEL ADLI ESERİNE PATENT HUKUKU AÇISINDAN BİR BAKIŞ
- 22** **PART 2** VIOLATION OF THE OWNERS' INTELLECTUAL RIGHTS IN WORKS PREPARED IN NFT (NON-FUNGIBLE TOKEN) FORMAT
NFT (NON-FUNGIBLE TOKEN) FORMATINDA HAZIRLANAN ESERLERDE ESER SAHİBİNİN FİKRİ HAKLARININ İHLALİ
- 36** **PART 3** PSEG GLOBAL v. TURKEY ICSID REVIEW OF JUDGMENT
PSEG GLOBAL v. TURKEY ICSID KARAR İNCELEMESİ
- 46** **PART 4** CONSTITUTIONAL COURT DECISION EXAMINATION: FINGERPRINT REGISTRATION SYSTEM WITHIN THE SCOPE OF PROTECTION OF PERSONAL DATA AND RESPECT FOR PRIVATE LIFE
ANAYASA MAHKEMESİ KARAR İNCELEMESİ: KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI VE ÖZEL HAYATA SAYGI KAPSAMINDA PARMAK İZİ KAYIT SİSTEMİ
- 66** **PART 5** EXPROPRIATION IN FOREIGN ENERGY INVESTMENTS
YABANCI ENERJİ YATIRIMLARINDA KAMULAŞTIRMA
- 86** **PART 6** LIABILITY OF INTERMEDIARY SERVICE PROVIDERS IN ELECTRONIC COMMERCE
ELEKTRONİK TİCARETTE ARACI HİZMET SAĞLAYICILARIN SORUMLULUĞU
- 98** **PART 7** WAYBILL, BILL OF LADING AND DELIVERY WITHOUT BILL OF LADING IN THE PRACTICE OF TURKISH MARITIME TRADE PRACTICE
TÜRK DENİZ TİCARETİ UYGULAMASINDA TAŞIMA SENEDİ, KONİŞMENTO VE KONİŞMENTOSUZ TESLİM
- 120** **PART 8** ASSESSMENTS ON THE RESPITE FOR CONCORDAT AND AFTER THE RESPITE FOR CONCORDAT ABOUT ON CLAIMS GUARANTEED BY THIRD-PARTY PLEDGE
KONKORDOTA MÜHLETİ VE SONRASINDA ÜÇÜNCÜ ŞAHİS İPOTEĞİ İLE TEMİNAT ALTINA ALINAN ALACAKLAR HAKKINDA DEĞERLENDİRMELER
- 134** **PART 9** EVALUATION OF LIABILITY WITHIN THE SCOPE OF MINING LEGISLATION
MADEN MEVZUATI KAPSAMINDA SORUMLULUK HUSUSUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ
- 158** **PART 10** CARBON EMISSION TRADE IN TURKISH AND INTERNATIONAL LAW
TÜRK HUKUKUNDA VE ULUSLARARASI HUKUKTA KARBON EMİSYONU TİCARETİ
- 174** **PART 11** THE RIGHT TO REQUEST AND REVIEW INFORMATION OF THE MEMBERS OF THE BOARD OF DIRECTORS IN JOINT STOCK COMPANIES
ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN BİLGİ ALMA VE İNCELEME HAKKI
- 188** **PART 12** RESOLUTION OF ENERGY DISPUTES BY ARBITRATION
ENERJİ UYUŞMAZLIKLARININ TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMLENMESİ
- 204** **PART 13** CURRENT ENERGY EFFICIENCY REGULATIONS IN TURKEY AND THEIR COMPLIANCE WITH THE UNITED NATIONS SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS
TÜRKİYE'DEKİ GÜNCEL ENERJİ VERİMLİLİĞİ DÜZENLEMELERİ VE BİRLEŞMİŞ MİLLETLER SÜRDÜRÜLEBİLİR KALKINMA HEDEFLERİNE UYUMU
- 228** **PART 14** THE PENAL CLAUSE IN THE EMPLOYMENT CONTRACTS
İŞ SÖZLEŞMELERİNDE CEZAI ŞART
- 250** **PART 15** TERMINATION AND RE-LEASE PROHIBITION OF LESSOR/NEW OWNER IN RESIDENTIAL AND ROOFED WORKPLACE LEASES DUE TO SPECIAL NEEDS OR RECONSTRUCTION AND ZONING
KONUT VE ÇATILI İŞYERİ KIRALARINDA KIRAYA VERENİN/ YENİ MALİKİN İHTİYACI YAHUT YENİDEN İNŞA VE İMAR NEDENİYLE SÖZLEŞMENİN FESHİ VE YENİDEN KIRAYA VERME YASAĞI
- 270** **PART 16** BLOCKING ACCESS TO INTERNET BROADCASTS
İTERNET YAYINLARINA ERİŞİMİN ENGELLENMESİ
- 286** **PART 17** THE CRIME OF PUBLICLY DISCLAIMING INFORMATION TO THE PUBLIC ADDED TO THE TURKISH CRIMINAL LAW NO. 5237 BY THE DISINFORMATION LAW
DEZENFORMASYON YASASI İLE 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NA EKLENEN HALKI YANILTICI BİLGİYİ ALENEN YAYMA SUÇU

FOREWORD AND ACKNOWLEDGMENT

Every issue of our journal is a new excitement and joy for us, and we especially feel privileged and happy in this issue for welcoming the 100th anniversary of our Republic by creating a tradition based on knowledge production and sharing.

Dear GSI Friends and Readers,

Every issue of our journal is a new excitement and joy for us, and we especially feel privileged and happy in this issue for welcoming the 100th anniversary of our Republic by creating a tradition based on knowledge production and sharing.

As always, we have prepared various valuable articles and case analysis. Additionally, you will also discover a critique of the book *Kitabul-Hiyel* from the viewpoint of Patent law, which was authored by the great novelist Ihsan Ok-

tay Anar and was based on an original work of our civilization's and science's history. Considering the richness and sophistications of the variety of articles, such as the review of a book, which emerged in the triangle of science, literature and law, as well as articles such as metaverse law and others indicate a good example of our interdisciplinary and wholistic approach to knowledge.

I hope this approach will reflect more in the coming editions of our journal and we will share them with pleasure.

Ali Göksu, J.S.D
Founding Partner

TAKDİM VE TEŞEKKÜR

Dergimizin her yeni sayısı bizler için yeni bir heyecan. Cumhuriyet'in 100. yılına girerken bilgi üretimi ve paylaşımına dayalı bir gelenek oluşturmanın hazzını ayrıca yaşıyoruz.

Kıymetli Dostlarımız ve Okurlarımız,

Dergimizin her yeni sayısı bizler için yeni bir heyecan. Cumhuriyet'in 100. yılına girerken bilgi üretimi ve paylaşımına dayalı bir gelenek oluşturmanın hazzını ayrıca yaşıyoruz.

Birbirinden değerli makaleler ve karar tahlilleri bulacağınız bir sayıyı daha sizler için hazırladık. Ayrıca, medeniyetimizin özgün eserlerinden *Kitabul Hiyel* isminden mülhem olarak yazılmış olan, değerli romancımız Ihsan Oktay Anar'ın *Kitabul Hiyel* adlı romanını Patent Huku-

ku açısından değerlendiren özgün bir çalışma bulacaksınız. Bilim-edebiyat ve hukuk üçgeni arasında ortaya çıkan bu kitap ve tahlilinden, metaverse hukukuna ilişkin makale ve diğer makalelerin çeşitliliği ve zenginliğini dikkate aldığınızda, bilgiye interdisipliner ve bütüncül bakma yaklaşımının güzel bir örneğini bulacaksınız.

İlerleyen sayılarda da bu yaklaşımın daha da zenginleşerek gelişeceğini ve bunu sizlerle paylaşmayı umuyoruz.

Av. Dr. Ali Göksu
Kurucu Ortak

NOTES FROM THE EDITORIAL

In this issue, our readers will be treated to a rich and varied content that delves into areas such as intellectual property law, high court precedents, commercial law, energy law, and labor law.

Dear Readers,

As we welcome the arrival of summer in Istanbul, we are elated to announce the forthcoming release of GSI Articletter's 2023 Summer issue, which aims to engage our esteemed readers with a scholarly discourse on diverse legal topics. As Articletter, our unwavering commitment is to present both classical and contemporary legal issues through rigorously researched and academically nuanced articles.

In this issue, our readers will be treated to a rich and varied content that delves into areas such as intellectual property law, high court precedents, commercial law, energy law, and labor law. For instance, this issue features two distinct articles that offer different perspectives as modern and classical on intellectual property law, one of which evaluates İhsan Oktay Anar's work "Kitabü'l Hiyel" from the standpoint of patent law, while the other delves into the intricacies of personal and intellectual property rights in unauthorized works prepared in the format of NFT (Non-fungible Token).

Furthermore, our readers will find information on actual and relevant issues in energy law, including the resolution of energy disputes through arbitration, current regulations on energy efficiency in Turkey, and expropriation in foreign energy investments.

Additionally, we provide an in-depth analysis of the innovations introduced by the "Law No. 7418 on the Amendment of the Press Law and Certain Laws" - colloquially referred to as the "Disinformation Law". This analysis includes a comprehensive examination of content removal and access blocking, as well as the offense of disseminating misleading information under Article 217/A of the Turkish Criminal Code.

As I conclude my remarks, I would like to express my heartfelt gratitude to all colleagues who have contributed to this issue, as well as our esteemed readers who continue to support our endeavors. We hope to meet you in the next issue.

Erkam Yılmaz
Articletter Editor

EDİTORYAL NOTLAR

2023 Yaz sayımızda fikri mülkiyet hukuku, yüksek yargı içtihatları, ticaret hukuku, enerji hukuku ve iş hukuku gibi birçok konuya temas eden zengin bir içerikle buluşacaksınız.

Değerli Okurlarımız,

Istanbul'da yaz mevsimini karşıladığımız şu günlerde GSI Articletter'ın 2023 Yaz sayısıyla okuyucularımızla buluşacak olmanın sevincini yaşıyoruz. Articletter olarak gerek hukukun klasik meselelerini gerek bu alandaki son gelişmeleri akademik seviyedeki makaleler ile okuyucularımıza arz etmeyi hedeflemekteyiz. Bu anlayışı düstur edinerek hazırladığımız dergimizde hukuk alanındaki güncel tartışmalara katkıda bulunmayı asli gayemiz ittihtaz ettik.

2023 Yaz sayımızda fikri mülkiyet hukuku, yüksek yargı içtihatları, ticaret hukuku, enerji hukuku ve iş hukuku gibi birçok konuya temas eden zengin bir içerikle buluşacaksınız. Söz gelimi, İhsan Oktay Anar'ın "Kitabü'l Hiyel" adlı eserinin patent hukuku açısından değerlendirilmesini konu edinen ve NFT (Non-fungible Token) formatında izinsiz olarak hazırlanan eserlerde kişilik ve fikri mülkiyet haklarını değerlendiren iki ayrı makalemizde, fikri mülkiyet hukukuna kadim ve modern noktadan bakan iki farklı bakış açısıyla karşılaşacaksınız.

Enerji anlaşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümlenmesi, Türkiye'deki güncel enerji verimliliği düzenlemeleri ve yabancı enerji yatırımlarında kamulaştırma gibi enerji hukukuna dair önemli konuları ele alan makalelerimizde ise enerji hukuku sahasında güncel bilgilere ulaşacaksınız.

Keza, kamuoyunda "Dezenformasyon Yasası" olarak bilinen "7418 Sayılı Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un getirdiği yeniliklere de bu sayımızda yer verdik. Bu bağlamda içeriğin çıkarılması ve erişimin engellenmesi konusu ile Türk Ceza Kanunu'nun 217/A maddesi olarak eklenen halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunun esaslı bir incelemesini bulacaksınız.

Sözlerimi nihayete erdirirken dergimizin yayım sürecinde katkısı bulunan tüm çalışma arkadaşlarıma ve dergimizi takip eden değerli okuyucularımıza şükranlarımı arz etmek isterim. Bir sonraki sayıda görüşmek dileğiyle,

Erkam Yılmaz
Articletter Editör



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

PART 1

LOOKING AT İHSAN OKTAY ANAR'S BOOK KİTAB'ÜL HİYEL FROM PATENT LAW PERSPECTIVE

İHSAN OKTAY ANAR'IN KİTABÜ'L HİYEL ADLI ESERİNE PATENT HUKUKU AÇISINDAN BİR BAKIŞ

--

ŞEVVAL ŞEN ÇOLAK

ABSTRACT

"Book of Tricks/Kitab'ül Hiyel" by İhsan Oktay Anar, tells the story of three heroes who lived in the Ottoman period and devoted themselves to the science of tricks/hiyel, is a fictional text. Beyond being a fictional text, it differs from the classical definition of fictional texts due to the historical and technical elements in the content of the book. Because of many elements in the text such as the images of inventions and detailed accounts of inventions, the text in question can be seen more than a fiction. In addition, the period in which the heroes of the text lived and the state of the Ottoman Empire in this period was also processed in a very detailed matter as a subtext. In the book, the story of three heroes who have become one with the products that we will express them as "patent" and "invention" in today's legal language is told. How and in what ways the inventions were protected during the Ottoman period is not explained in detail due to the fact that it is a fictional text. Despite this, through these heroes, the efforts of the inventions to reach the sultan is described with admirable language. Since, during the Ottoman period, which the novel is about, there was no Patent Law, inventors could only protect themselves and their inventions through the sultan or senior managers. Within the scope of our study, this period of the Ottoman Empire and the process of legalization in the field of patent law will be examined.



KEYWORDS

TRICKS, LAW OF LETTERS PATENT, PATENT, INDUSTRIAL PROPERTY.



ANAHTAR KELİMELER

HİYEL, İHTİRA BERATI KANUNU, PATENT, SİNAİ MÜLKİYET.

ÖZET

İhsan Oktay Anar tarafından Osmanlı döneminde yaşamış ve kendilerini hiyel ilmine adanmış üç kahramanın hikayesini anlatan "Kitab'ül Hiyel" kurmaca bir metin olmasının yanı sıra içeriğinde yer alan tarihi ve teknik öğeler nedeniyle kurmaca metinlerin klasik tanımına göre farklılık teşkil etmektedir. Zira metnin içerisinde yer verilen icatların görselleri, icatlara dair detaylı hesapların yer alması gibi birçok unsur bahse konu metnin bir kurmacadan daha fazlası olduğunu düşündürmektedir. Ayrıca metinde yer alan kahramanların yaşadığı dönem ve Osmanlı'nın bu dönem içerisindeki hâli de alt metin olarak oldukça detaylı bir şekilde işlenmiştir. Kitapta, günümüz hukuk dili içerisinde "patent" ve "buluş" olarak ifade edeceğimiz ürünlerle hemhâl olmuş üç kahramanın hikayesi anlatılmaktadır. Gerçekleştirilen icatların Osmanlı döneminde nasıl ve ne şekilde korunacağı kurmaca bir metin olması hasebiyle detaylı bir şekilde izah edilmemiş olsa dahi bu kahramanlar üzerinden icatlarının padişaha ulaşabilme çabası da anlatılmıştır. Zira romanın konu aldığı Osmanlı döneminde İhtira Berati Kanunu'nun mevcut olmaması sebebiyle mucitler kendilerini ve icatlarını ancak padişahın yahut üst düzey yöneticilerin vasıtasıyla koruyabilmekteydiler. Çalışmamız kapsamında Osmanlı'nın bu dönemi ve patent hukuku alanındaki kanunlaşma süreci incelenecektir.

PART 1

Within the scope of our study, this period of the Ottoman Empire and the process of legalization in the field of patent law will be examined.

Çalışmamız kapsamında Osmanlı'nın bu dönemi ve patent hukuku alanındaki kanunlaşma süreci incelenecektir.

I. INTRODUCTION

Hiyel (tricks), which is the plural of the Arabic word *hile* (skill, precaution, remedy, method), is generally used in the history of sciences in the sense of "machine knowledge" or "mechanical technology"¹. "*Kitab'ül Hiyel*" which we can translate as "Book of Tricks" describes the inventions of the three heroes in the Ottoman period and the efforts they made to make their inventions noticed. Considering the period/date range of the text, it can be said that there was no law regulation on patent law in the Ottoman period, and it can be stated that inventors were encouraged by concession. However, we would like to express that the subtext of the aforementioned text examines issues like the master-apprentice relationship, the final collapse of the guild establishment in the Ottoman Empire, and the challenges faced by the inventors who developed industrial property products during the emergence and growth of the industry. The Ottoman patent law and the procedure for formalizing inventions will be explained in detail below. In addition, the difficulties experienced by the inventor heroes during the period of the novel will also be included. It can be said that the main reason for this is the lack of laws or the lack of regulations on implementation, despite the increasing need for intellectual property protection. In our study, the novel

I. GİRİŞ

Arapça *hile* (*hüner, tedbir, çare, yöntem*) kelimesinin çoğulu olan *hiyel*, ilimler tarihinde genellikle "*makine bilgisi*" veya "*mekanik teknolojisi*" anlamında kullanılmaktadır¹. "*Hileler Kitabı*" olarak okuyabileceğimiz "*Kitab'ül Hiyel*"; *hiyel* ustası üç kahramanın Osmanlı dönemindeki icatlarını, icatlarının fark edilmesi için gösterdikleri çabayı anlatmaktadır. Metnin geçtiği dönem/ tarih aralığı dikkate alındığında Osmanlı döneminde patent hukukuna dair kanun düzenlemesinin bulunmadığı, imtiyaz yoluyla mucitlerin teşvik edildiği söylenebilecektir. Ancak anılan metin içerisindeki bilhassa usta-çırak ilişkisi ve Osmanlı'da lonca müessesinin son demlerinin yaşanması, sanayinin ortaya çıkışı ve yükselişi dönemlerinde sınai mülkiyet ürünleri meydana getiren mucitlerin ne tür zorluklarla karşılaştığı gibi hususların alt metinde incelendiğini ifade etmek isteriz. Aşağıda Osmanlı patent hukuku detaylı bir şekilde izah edilerek icatların resmileştirilme prosedürü anlatılacak olmakla birlikte, romanın geçtiği dönem içerisinde mucitlerin yaşadığı zorluklara da yer verilecektir. Bunun ise temel sebebinin, artan fikri mülkiyet koruması ihtiyacına rağmen kanun eksikliği yahut uygulamaya dair düzenlemenin bulunmaması olduğu söylenebilecektir.

FOOTNOTE

¹ [https://islamansiklopedisi.org.tr/hiyel-mekanik#:~:text=Arap%C3%A7a%20h%C3%AElle%20\(h%C3%BCner%2C%20tedbir%2C,y%C3%B6nelik%20bir%20%C5%9Fubesi%20olarak%20g%C3%B6sterir](https://islamansiklopedisi.org.tr/hiyel-mekanik#:~:text=Arap%C3%A7a%20h%C3%AElle%20(h%C3%BCner%2C%20tedbir%2C,y%C3%B6nelik%20bir%20%C5%9Fubesi%20olarak%20g%C3%B6sterir) (Access Date: 31.10.2022).



will be explained in terms of its general outlines, period and historical process. Subsequently, the developments and changes in the Ottoman patent law during this period will be covered.

II. THE PERIOD OF THE FICTION AND THE HEROES

Kitab'ül Hiyel tells the story of three different inventors living in Istanbul in the 19th century. However, the understanding of the period about inventions/inventors or, more broadly, innovations is also presented to the reader as a subtext. The three inventors in the book are essentially not heroes with independent stories from each other. On the contrary, three different characters who have trained by each other in the master-apprentice relationship are described. Firstly, the introduction to the story is made with the character of Yâfes Celebi. Then, the reader witnesses the life of Kara Calüd, who was taken from the slave market but freed by Yâfes Celebi. Finally, it describes the life of Mr. Üzeyir, who was the under wing of Calüd, and the important events that took place in the Ottoman history. In the novel, which takes place in a date range starting with the 3rd Selim period and extending to the 2nd Constitutional Monarchy, information about the master -

Çalışmamızda romanın genel hatları, dönem ve tarihsel süreç anlamında izah edilecek olup, akabinde bu dönem içerisindeki Osmanlı patent hukukundaki gelişmeler ve değişimlere yer verilecektir.

II. KURMACANIN GEÇTİĞİ DÖNEM VE KAHRAMANLAR

Kitab'ül Hiyel'de, 19. yüzyılda İstanbul'da yaşayan üç farklı mucidin hikayesi anlatılmakla birlikte, dönemin icatlara/ mucitlere yahut daha geniş bir ifadeyle yeniliklere dair anlayışı da alt metin olarak okuyucuya sunulmaktadır. Kitap içerisinde yer alan üç mucit esasen birbirinden bağımsız hikayeleri olan kahramanlar değildir. Aksine usta-çırak ilişkisi içerisinde birbirinden el almış üç farklı karakter anlatılmaktadır. İlk olarak Yâfes Celebi karakteriyle hikayeye giriş yapılmaktadır. Okuyucu, metin içerisinde Yâfes Celebi'nin, akabinde Yâfes Celebi tarafından köle pazarından alınan ancak azat edilen Kara Calüd'un ve yine Calüd tarafından yetiştirilen Üzeyir Bey'in yaşadıklarına ve Osmanlı tarihinde önemli vakaların cereyan ettiğine tanık olmaktadır. III. Selim dönemi ile başlayarak II. Meşrutiyet'e uzanan bir tarih aralığında geçen romanda, bu dönemki esnafın usta-çırak ilişkilerine ve bu kişiler arasındaki hiyerarşilere yönelik de bilgiler aktarılmakta-

DİPNOT

¹ [https://islamansiklopedisi.org.tr/hiyel-mekanik#:~:text=Arap%C3%A7a%20h%C3%AElle%20\(h%C3%BCner%2C%20tedbir%2C,y%C3%B6nelik%20bir%20%C5%9Fubesi%20olarak%20g%C3%B6sterir](https://islamansiklopedisi.org.tr/hiyel-mekanik#:~:text=Arap%C3%A7a%20h%C3%AElle%20(h%C3%BCner%2C%20tedbir%2C,y%C3%B6nelik%20bir%20%C5%9Fubesi%20olarak%20g%C3%B6sterir) (Erişim Tarihi: 31.10.2022).

PART 1

apprentice relations of the tradesmen of this period and the hierarchies between these people are also conveyed. It is seen that the text includes a lot of technical and detailed calculations, and images of the inventions that all three heroes have imagined and invented. In this context, it is evident that we are confronted with a dense accumulation of information, both plot-wise and technically. Although these works included in the text are primitive devices, they appear as quite creative and different wheels, brands, weapons and levers for the period. In addition, it is also an important subtext that the novel takes set during a time when the Ottoman Empire gave importance and encouraged innovations, inventions, and inventors.

The appearance of the janissaries discussing the New Order/ Nizam-ı Cedid army in the location of Yâfes Çelebi, whose story was mentioned in the beginning of the novel, shows that the novel has begun during the 3rd Selim period. If his case is during the Hayriye period, his murder shows that the story of Yâfes Çelebi was completed in 1826². Regarding Calüd, it is understood that he lived in 1827 and its continuation from the chapters in which there are narratives about the difficulties of life during the period when wearing trousers began *"With the decrees of His Nibs Sultan Mahmud"*³. Finally, it is seen that Mr. Üzeyir went to the "Istanbul Industrial School" and that this period corresponds to the 1895⁴. In this context, we would like to draw attention to the fact that the novel describes more than a century of history, but the law on inventions existed only recently within these dates. Although parts of the text, such as Yâfes Çelebi's application for the İhtira Berat, were included at the beginning, the İhtira Berat Law had not yet come into force at the time of the occurrence. However, at this point, it would be useful to say that the application of the letters patent (*certificate of invention*) was also available before the law. As it will be explained in detail in the following headings, the law on patents in the Ottoman period was enacted with the Law of Letters Patent in 1880. Prior to this law, inventors were encouraged by means of concession and letters patent granted to them.

dir. Metin içerisinde çokça teknik ve detaylı hesaplama yer verildiği, üç kahramanın da tahayyül ettiği ve icat ettiği buluşlara ilişkin görsellerin yer aldığı görülmektedir. Bu kapsamda yalnızca olay kurgusu açısından değil, teknik açıdan da yoğun bir bilgi öbeğiyle karşı karşıya kalındığı açıktır. Metinde yer verilen bu eserler ilkel aygıtlar olmakla birlikte, dönem için oldukça yaratıcı ve farklı çarklar, markalar, silahlar, kaldıraçlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca romanın geçtiği dönemin Osmanlı Devleti'nin yeniliklere, icatlara ve mucitlere önem verdiği, desteklediği dönem olması hususu da önemli bir alt metindir.

Romana hikayesiyle başlanan Yâfes Çelebi'nin bulunduğu mekanda Nizam-ı Cedid ordusundan bahseden yeniçerilerin yer alması romana III. Selim döneminde başladığını, Vakayı Hayriye döneminde ise öldürülmesi ise 1826 yıllarında Yâfes Çelebi'nin hikayesinin tamamlandığını göstermektedir². Kara Calüd'a ilişkin olarak ise *"Sultan Mahmud-ı Sani Han Hazretlerinin ferman-ı hümayunlarıyla"*³ pantolon giymenin başladığı dönemde yaşamın zorluklarına dair anlatımların yer aldığı bölümlerden kendisinin 1827 ve devamı yıllarında yaşadığı, nihai olarak ise Üzeyir Bey'in "İstanbul Sanayi Mektebi"ne gittiği, bu dönemin de 1895'li yıllara tekabül ettiği görülmektedir⁴. Bu kapsamda romanın bir asrı aşkın tarihi anlattığına, ancak bu tarihler içerisinde icatlara ilişkin kanunun ancak son dönemde bulunduğu dikkat çekmek isteriz. Her ne kadar metnin başlarında Yâfes Çelebi tarafından İhtira Beratı için başvuruda bulunduğu gibi kısımlara yer verilmişse de olayın geçtiği tarihte İhtira Beratı Kanunu henüz yürürlüğe girmiş değildir. Ancak bu noktada ihtira beratı (*buluş belgesi*) uygulamasının kanundan önce de mevcut olduğu söylemek yararlı olacaktır. Aşağıdaki başlıklarda detaylarına yer verileceği üzere, Osmanlı döneminde patent hukukuna dair kanunlaşma 1880 yılında İhtira Beratı Kanunu ile gerçekleşmiştir. Bu kanun öncesinde mucitler imtiyazlar ve kendilerine verilen beratlar vasıtasıyla teşvik edilmişlerdir.

Romanın her aşamasında olmamakla birlikte, bilhassa Yâfes Çelebi'nin hikâyesinin anlatıldığı kısımlarda icatlarının berat alması için hususi çaba sarf edildiği, her üç kahramanın

Despite it not being at every stage of the novel, it is seen that special efforts were made from the heroes to get their inventions approved, especially in the parts where the story of Yâfes Çelebi is told, and all three heroes tried to have their inventions be noticed, especially by the Sultans of the period. At this point, we would like to express that the process of legalization is important after the concession granted regarding inventions during the Ottoman period.

III. PATENT LAW IN THE OTTOMAN PERIOD

As a result of the discovery of the steam engine, the world has entered into a period in which industrialization and technical progress are at the forefront. In this way, the subject of industrial property, inventions, has risen to the fore with a newer term, patents. Patents, or broadly defined industrial property products and their rights, have been protected since 1474⁵. The Venezia Patent Law is the first and oldest regulation enacted in terms of patent law. Following this law, the English Monopoly Law of 1623 appears as the second regulation⁶. Although there are various regulations regarding the protection of inventions, it can be stated that there is no valid regulation other than these two legal regulations.

From the Ottoman history perspective, the first legalization of patent law was realized with the Law of Letters Patent (*İhtira Beratı Kanunu*) dated 1879⁷. It is seen that before this law, industrial property right holders were protected by granting concession and inventors were encouraged for inventions. However, as we have mentioned, with the industrial revolution, industrial property rights have been regulated in a way that adapts to the requirements of the time. More importantly, due to the fact that it is important for the progress of the country commercially and economically, the path of legalization was taken.

İhtira is a word of Arabic origin and means "discovery, device, invention", while *berat* means "official document"⁸. On the other hand, "*ihtira beratı*/letters patent" means

da icatlarının bilhassa dönemin padişahları tarafından fark edilmesi için uğraştıkları görülmektedir. Bu noktada Osmanlı döneminde icatlara ilişkin tanınan imtiyazların, akabinde ise kanunlaşma sürecinin önem arz ettiğini ifade etmek isteriz.

III. OSMANLI DÖNEMİNDE PATENT HUKUKU

Buhar makinesinin bulunması ile dünya sanayileşme ve teknik ilerlemenin ön planda olduğu bir çağa giriş yapmıştır. Bu sayede sınaî mülkiyet konusu icatlar daha yeni bir ifade ile patentler gündeme gelmiştir. Patentlerin ya da geniş tanım ile sınaî mülkiyet ürünlerinin ve bunlara dair hakların korunması 1474 yılına kadar dayanmaktadır⁵. Venedik Patent Kanunu patent hukuku açısından kanunlaşmış ilk ve en eski düzenlemedir. Bu kanunun akabinde ise ikinci düzenleme olarak 1623 tarihli İngiliz Tekel Kanunu karşımıza çıkmaktadır⁶. İcatların korunmasına dair çeşitli düzenlemeler olmakla birlikte bu iki kanun düzenlemesi haricinde maktu bir düzenlemenin bulunmadığı ifade edilebilecektir.

Osmanlı tarihi açısından baktığımızda patent hukukuna dair ilk kanunlaşma 1879 tarihli İhtira Beratı Kanunu ile gerçekleşmiştir⁷. Bu kanun öncesinde ise imtiyaz verilmek suretiyle sınaî mülkiyet hakkı sahiplerinin korunduğu, icatlara yönelik mucitlerin teşvik edildiği görülmektedir. Ancak değindiğimiz üzere sanayi devrimi ile birlikte sınaî mülkiyet haklarının çağın gereklerine uyum sağlayacak şekilde düzenlenmesi ve daha önemlisi ise ticari ve iktisadi olarak ülkenin ilerlemesi adına önem arz etmesi sebebiyle kanunlaşma yoluna gidilmiştir.

İhtira, Arapça kökenli bir kelimedir ve "*buluş, icat*" anlamına, berat ise "*resmi belge*" anlamına gelmektedir⁸. "İhtira Beratı" ise günümüzde patent olarak anılan "icat belgesi" anlamına gelmektedir. Patent tabirinin kullanılmasının tercih edilmemesi nedeniyle İngilizce "*letters patent*" tabiri, Osmanlı Türkçe-

FOOTNOTE

2 İhsan Oktay Anar, *Kitab'ül Hiyel*, İletişim Yayınları, İstanbul 2010, p. 66.

3 Anar, p. 84.

4 Mehmet Bakır Şengül, "İhsan Oktay Anar'ın Kitab'ül Hiyel Adlı Romanı Üzerine Bir İnceleme", *Humanities Sciences*, Vol. 5, Is. 3, 2010, p. 197.

5 Sıla Şahin, *Osmanlı Devleti'nde Patent Uygulaması: İhtira Beratı Kanunu*, Sakarya, 2019, p. 2.

6 Şahin, p. 2.

7 Yaşar Bülbül/ Rahmi Deniz Özbay, "Sanayi Devrimi'nin Tartışmalı Bir Kurumu Olarak Patent ve Osmanlı'da İhtira Beratı Kanunu", *Marmara Üniversitesi, İ.İ.B.F. Dergisi*, Yıl 2020, Vol. XXVIII, Is. 1, p. 50.

8 Şahin, p. 15.

DİPNOT

2 İhsan Oktay Anar, *Kitab'ül Hiyel*, İletişim Yayınları, İstanbul 2010, s. 66.

3 Anar, s. 84.

4 Mehmet Bakır Şengül, "İhsan Oktay Anar'ın Kitab'ül Hiyel Adlı Romanı Üzerine Bir İnceleme", *Humanities Sciences*, C.5, S. 3 2010, s. 197.

5 Sıla Şahin, *Osmanlı Devleti'nde Patent Uygulaması: İhtira Beratı Kanunu*, Sakarya, 2019, s. 2.

6 Şahin, s. 2.

7 Yaşar Bülbül/ Rahmi Deniz Özbay, "Sanayi Devrimi'nin Tartışmalı Bir Kurumu Olarak Patent ve Osmanlı'da İhtira Beratı Kanunu", *Marmara Üniversitesi, İ.İ.B.F. Dergisi*, Yıl 2020, Cilt XXVIII, Sayı 1, s. 50.

8 Şahin, s. 15.

PART 1

"invention document", which is referred to a patent today. Due to the fact that the use of the term patent is not preferred, the English term "letters patent" has been translated into Ottoman Turkish as "ihtira berati"⁹. However, today both uses have come to an end, and the concept of "patent" has become one of the main terms of industrial property.

A. The Period of Concessions

"Concession" is defined as the granting of a job to a person, an organization, with a special permit, provided that others cannot do it¹⁰. Due to the development of industry and the importance of inventions in terms of the presence of states in the world, the Ottoman Empire preferred to grant concessions and permits to increase investment in inventions. Although permits have a narrower scope than concessions, it can be said that basically the monopoly right held due to the concession does not exist in permits¹¹. Concessions can occur in the form of granting a monopoly right to a person. It is seen that many factories have been established in various sectors such as sugar, ice, glassware and metal goods with the concessions granted by the state¹². Another area where concessions are used is related to the inventions that are the subject of our study. It is observed that concessions are granted in order to enable inventors to put their inventions into practice, to increase production and, of course, to encourage the creation of new inventions. Concessions found application until the Law of Letters Patent came into force and it was an application that inventors also attach importance to. We would like to express that the inventor may be entitled to a license only within the context of the concession.

When the *Kitab'ül Hiyal*, which constitutes the basis of our study, is examined, we would like to express that the inventions of Yâfes Çelebi, Calûd and Üzeyir Bey (*the Law is in force during a certain period of Üzeyir*), who are the heroes of the fiction, within the framework of the science of *tricks/hiyal*, are entitled to be awarded a certificate within the framework of Concessions, and not within the framework of the Law. As of the period of the novel, it is also understood from the efforts of the heroes to make their inventions known, that it is necessary to legislate. However, it should be stated that these inventions can only be protected with a concession within the context of the industrial property law of the Ottoman period.

si'ne "ihtira berati" olarak tercüme edilmiştir⁹. Ancak günümüzde her iki kullanım da son bulmuş ve "patent" kavramı sınai mülkiyetin ana terimlerinden biri haline gelmiştir.

A. İmtiyazlar Dönemi

"İmtiyaz", bir işin, başkalarının yapamaması şartıyla özel bir izin ile bir kimseye ve kuruluşa verilmesi olarak tanımlanmaktadır¹⁰. Sanayinin gelişmesi ve devletlerin dünyadaki varlığı açısından icatların önem kazanması sebebiyle Osmanlı icatlara ilişkin yatırımı arttırmak için imtiyaz ve ruhsatlar vermeyi tercih etmiştir. Ruhsatlar, imtiyazlara göre daha dar bir kapsama sahip olmakla birlikte temelde imtiyaz nedeniyle sahip olunan tekel hakkının ruhsatlarda bulunmadığı söylenebilecektir¹¹. İmtiyazlar ise kişiye tekel hakkı vermek şeklinde meydana gelebilmektedir. Devletin verdiği imtiyazlar ile şeker, buz, züccaciye, madeni eşya gibi çeşitli sektörlerde birçok fabrika kurulduğu görülmektedir¹². İmtiyazların kullanıldığı bir diğer alan ise çalışmamızın konusu olan icatlara ilişkindir. Mucitlerin icatlarını uygulamaya koymalarını sağlamak, üretimi artırmak ve pek tabii yeni icatların yapılmasını teşvik etmek amacıyla imtiyazların verildiği görülmektedir. İmtiyazlar, İhtira Berati Kanunu yürürlüğe girene kadar uygulama alanı bulmuş ve mucitlerin de önem verdiği bir uygulama olmuştur.

Çalışmamızın temelini teşkil eden *Kitab'ül Hi-yel* incelendiğinde kurmacanın kahramanlarından Yâfes Çelebi, Calûd ve Üzeyir Bey'in (*Üzeyir Bey'in belirli bir dönemde kanun yürürlükte-dir*) hiyel ilmi çerçevesinde meydana getirdiği icatların kanun çerçevesinde değil, imtiyaz çerçevesinde berat almaya hak kazanabileceğini ifade etmek isteriz. Romanın geçtiği dönem itibarıyla kanunlaşmanın gerekli olduğu kahramanların icatlarını fark ettirme çabalarından da anlaşılmaktadır. Ancak bu icatların Osmanlı dönemi sınai mülkiyet hukuku çerçevesinde ancak imtiyaz ile korunabileceğini ifade etmek gerekir.

İmtiyazların verilme usulüne ilişkin kanun metni bulunmamakla birlikte, icatlara dair verilecek bu imtiyazlar için belli başlı şartlar oluşturulmuştur. Osmanlı Devleti'nde imtiyazlar verilirken icadın faydalı ve uygulanabilir olmasının değerlendirildiği, icadın türüne ve uygulanacağı alana ilişkin sınırlandırmaların

Although there is no text of the law on the procedure for granting concessions, certain conditions were established for these concessions to be granted regarding inventions. It is observed that when granting concessions in the Ottoman Empire, the usefulness and applicability of the invention is evaluated, and there are no restrictions on the type of invention and the area in which it will be applied¹³. However, we would like to express that another element that is paid attention to at this point is the public interest. For example; it is accepted that it is not appropriate to grant monopoly rights related to agricultural products¹⁴. This situation also shows that the Ottoman practice prioritizes the public interest in case that there might be a conflict between the public interest and the monopoly right of the inventor.

Concessions found application until the Law of Letters Patent came into force and it was an application that inventors also attach importance to.

İmtiyazlar, İhtira Berati Kanunu yürürlüğe girene kadar uygulama alanı bulmuş ve mucitlerin de önem verdiği bir uygulama olmuştur.

It is observed that the privileges granted for inventions are not granted for an unlimited period of time, and the concession period is limited to fifteen years¹⁵. With the possession of a concession, all actions such as the use/ development of the invention etc., are prohibited without the consent of the right holder, as is the case with today's patent registration. If it is determined that one of these acts has been performed, the recall of the products, etc. is involved¹⁶.

While applying for a concession, the inventor is required to prove that his invention is feasible with plans/ pictures and calculations either at the stage of application or within three

bulunmadığı görülmektedir¹³. Ancak bu noktada dikkat edilen bir diğer unsurun kamu yararı olduğunu ifade etmek isteriz. Örneğin; tarımsal ürünlere ilişkin tekel hakkı verilmesinin uygun olmadığı kabul edilmektedir¹⁴. Bu durum, kamu yararı ile buluş sahibinin tekel hakkı arasındaki ikilikte Osmanlı uygulamasının kamu yararını önceliğini de göstermektedir.

İcatlara ilişkin verilen imtiyazların sınırsız süre ile verilmediği, imtiyaz süresinin on beş yıl ile sınırlandığı görülmektedir¹⁵. İmtiyaz sahibi olunmasıyla birlikte, günümüzdeki patent tescilinde olduğu üzere hak sahibinin rızası dışında icadın kullanılması/ geliştirilmesi vb. eylemlerin hepsi yasaklanmıştır. Bu fiillerden birinin gerçekleştirildiğinin tespit edilmesi halinde ise, ürünlerin toplatılması vb. söz konusu olmaktadır¹⁶.

DİPNOT

9 Tolga Akay, Osmanlı Devleti'nde Fikri Mülkiyet, Kayseri, 2015, s. 42.

10 Ferit Devellioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, s. 434.

11 Akay, s. 161.

12 A. Gündüz Ökçün, "XIX. Yüzyılın İkinci Yarısında İmalat Sanayii Alanında Verilen Ruhsat ve İmtiyazların Ana Çizgileri", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. XXVII, 1972, s. 136.

13 Akay, s. 162.

14 Örneğin; 1868 yılında Osmanlı vatandaşı bir çiftçi tarafından bir tür bitkiden kâğıt yapımını sağlayan yeni bir yöntem icat edilmiş, icat sahibi bu bitkinin kullanımı için yirmi beş yıllık imtiyaz talep etmiştir. Çiftçinin talebi sadece icat üzerinde değil, tarımsal arazi ve mahsul üzerinde de tekel oluşturacağı için reddedilmiş, bunun yerine beş yıllık bir ruhsat verilmiştir.

15 Akay, s. 164.

16 Akay, s. 244.

17 Akay, s. 166.

PART 1

months from the date of application¹⁷. Otherwise, the concession is not granted and/ or the concession granted is invalidated.

B. The Period of Law of Letters Patent

Many reasons, such as the lack of systematicity of granting concessions, especially the fact that foreign inventors do not prefer the concession procedure of the Ottoman Empire against the patent protections of European countries, have led to the legalization. During the period of concessions, the state grants concessions for inventions to those who request them within the context of certain rules. However, the lack of a written regulation on concession caused various objections from those who request concessions. Concession periods or fees received from concession are issues that are usually the subject of discussion because there is no written law. Therefore, the Ottoman Empire preferred to create a law text and introduce regulations as a requirement of the time. The Law of Letters Patent is not an organic law. The Law of Letters Patent, which is a translation of the French Patent Law of 1844, was created in 1871 and started to be applied in 1880¹⁸. It is said in the first article of the Law;

"All rights arising from inventions, discoveries and improvements regarding the science and industry belong to the inventor. Benefiting from these rights is limited for the duration mentioned in the below articles on the condition that the Party State's approval by providing an invention certificate."

B. İhtira Beratı Kanunu Dönemi

İmtiyaz verilmesinin sistematiklik içermemesi, özellikle yabancı mucitlerin Avrupa ülkelerinin patent korumalarına karşı Osmanlı'nın imtiyaz usulünü tercih etmemeleri gibi birçok neden kanunlaşmaya sebebiyet vermiştir. İmtiyazlar döneminde devlet, icatlara yönelik imtiyazları belirli kurallar çerçevesinde talep edenlere vermektedir. Fakat imtiyaz beratlarına dair yazılı bir düzenleme olmaması, imtiyaz talep edenlerin çeşitli itirazlarına neden olmaktadır. İmtiyaz süreleri veya imtiyaz beratlarından alınan ücretler, yazılı bir kanun olmadığı için genellikle tartışma konusu olan mevzulardır. Dolayısıyla Osmanlı çağın gereği olarak kanun metni oluşturmayı ve düzenleme getirmeyi tercih etmiştir. İhtira Beratı Kanunu organik bir kanun değildir. 1844 tarihli Fransa Patent Kanunu'nun tercümesi olan İhtira Beratı Kanunu 1871 yılında oluşturulmuş ve 1880 yılında uygulanmaya başlamıştır¹⁸. Kanunun birinci maddesinde;

"Hiref ve sanayiye dair her nevi ihtiraat, keşfiyat ve islahattan istifade hakkı mucid ve kâşif ve muslihlere aittir. Ve bu hakkı istifade mevadd-ı atiyede tayin olunan müddetler ile meşrut olmak üzere taraf devletten berat itası ile tasdik olunur"

şeklinde bir açıklama yapılarak sanayide yeni olan bir buluşa artık berat verilerek mucidin



FOOTNOTE

¹⁷ Akay, p. 166.

¹⁸ Ahmet Şuayip, "İhtira Beratı", İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavanin Mecmuası, Vol. 13, 1326, s. 31; Şahin, p. 15.

¹⁹ Akay, p. 284.

The article basically stated that the inventor's right will be protected by granting a letters patent to an invention that is new in the industry. It is regulated by the law that a completely new invention can be created, as well as those who find and/ or develop a new form/ style of using an existing invention will be granted a letters patent for a certain period of time. The person who receives the letters patent will exclusively own all the rights to the invention, may transfer the rights arising from this letters patent, or may enter into an agreement with third parties for use for a certain period of time¹⁹. The duration of the rights granted to the inventor with the letters patent is fifteen years, as in the case of privileges. The inventor has the rights to improve/ modify his invention during this period. By notifying these changes, inventor can get new extra letters patent approved. The duration of these developments is arranged in such a way that it depends on the actual letters patent. The fifteen-year period granted to the inventor is the date on which the request for letters patent is submitted. As applied in today's law, the protection period is realized by application.

Applications for letters patent are made by submitting a petition to the Ministry of Commerce and Agriculture, with a description and a picture and payment of the application fee. The application petition must clearly contain the invented product and its description must be understandable. Otherwise, the application is refused. The opinion that the application is not suitable is informed to the applicant. After that, it is requested to eliminate this deficiency within three months. If the deficiency is not corrected within the period, the application is deleted from the records. In addition, the absence of scribbling, deletion, etc. falsification in any of the documents subject to the application is specified in the article 6 of the Law.

Although letters patents are granted on a periodic basis, the fifteen-year period is not necessarily regulated for each letters patent. In other words, after the evaluation of the invention, the protection period is examined within the context of the applicant's request and it can also be given as years, such as five, ten. In the same way, the cancellation of the patent certificate is discussed if problems with the invention's applicability or the fact that it is not new arise after the patent has been granted. For this reason, it is stated that inventors should maintain the conditions, es-

hakının korunacağı belirtilmiştir. Kanun ile bütünüyle yeni bir icat meydana getirilebileceği gibi, mevcut bir icadın yeni bir şeklini/ kullanma tarzını bulan ve/ veya geliştirenlere belirli bir süre ile berat verileceği düzenlenmiştir. Beratı alan kişi, icat üzerindeki tüm haklara münhasıran sahip olacak, bu beratın doğan haklarını devredebilecek yahut belirli bir süre kullanım için üçüncü kişilerle anlaşma yapabilecektir¹⁹. İhtira Beratı ile mucide tanınan hakların süresi imtiyazlarda olduğu üzere on beş yıldır. Mucit bu süre içerisinde icadını geliştirme/ değiştirme haklarına sahiptir. Bu değişiklikleri de bildirmek suretiyle onaylı yeni ek beratlar alabilecektir. Bu geliştirmelerin süreleri ise asıl beratla bağlı olacak şekilde düzenlenmiştir. Mucide tanınan on beş yıllık süre ise ihtira beratı için talepte bulunulan dilekçenin ibraz edildiği tarihtir. Günümüz hukukunda uygulandığı üzere koruma süresi başvuru ile gerçekleşmektedir.

İhtira beratı için başvurular Ticaret ve Ziraat Nezareti'ne dilekçe, tarifname, mürekkep ile çizilmiş resim ve ödenmesi gereken harcin ödenmesi suretiyle gerçekleştirilmektedir. Başvuru dilekçesinin icat edilen ürünü açıkça içermesi ve tarifnamesinin sarıh olması gerekmektedir. Aksi takdirde başvuru talebi reddedilmektedir. Başvurunun uygun olmadığı yönündeki görüş başvuru sahibine bildirilmekte ve üç ay içerisinde bu eksikliğin giderilmesi talep edilmektedir. Süre içerisinde eksikliğin giderilmemesi durumunda ise başvuru kayıtlardan silinmektedir. Ayrıca başvuruya konu belgelerin hiçbirinde karalama/ silme vb. tahrifatın bulunmaması Kanun'un 6. maddesinde belirtilmiştir.

İhtira beratları süreli olarak verilmekle birlikte, her berat için on beş yıllık süre zorunlu olarak düzenlenmemiştir. Daha açık bir ifadeyle icadın değerlendirilmesinin ardından koruma süresi başvuru sahibinin de talebi çerçevesinde incelenmekte ve buna beş, on gibi yıllar olarak da verilebilmektedir. Keza, icadın uygulanabilir olmadığı veya yeni olmadığı gibi hususlar beratın verilmesinin ardından ortaya çıkarsa ihtira beratının iptal edilmesi gündeme gelmektedir. Bu sebeple bilhassa uygulanabilirlik açısından mucitlerin şartları sürdürmesi gerektiği ifade edilmektedir. En önemli şartlardan bir tanesi ise beratın verilmesinden itibaren iki yıl içerisinde icadın meydana getirilmesi gerektiğidir. Aksi takdirde ihtira beratı iptal edilmektedir.

DİPNOT

¹⁸ Ahmet Şuayip, "İhtira Beratı", İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavanin Mecmuası, C. 13, 1326, s. 31; Şahin, s. 15.

¹⁹ Akay, s. 284.

PART 1

THESE INVENTIONS, WHICH HAVE THE NATURE TO INCREASE THE POWER OF THE STATE IN THE MILITARY FIELD, ARE GRANTED A PATENT ONLY IF THEY ARE SUCCESSFUL IN PRACTICE.

pecially in terms of applicability. One of the most important conditions is that the invention must be created within two years from the date of granting the letters patent. Otherwise, the letters patent is cancelled.

In the text of the law, a different process is envisaged for inventions related to the preservation of the country. These inventions, which have the nature to increase the power of the state in the military field, are granted a patent only if they are successful in practice. An invention and a letters patent of this nature are purchased by the state and a medal is given to the inventor according to the nature, importance and effect of the invention.

The Law of Letters Patent has formed the basis of technical law, which is called patent law today. "With the Law of Letters Patent enacted in 1879, the Ottoman State has now put the protection of industrial property rights into a modern legal context." The law remained in force until 1995, with minor amendments made by national and international agreements over time²⁰.

IV. CONCLUSION

Kitab'ul Hiyel, which presents to us certain sections of the lives of three different characters that have passed in inventions since the apprenticeship period to the present; proves that it is not just a fictional text, the way the events of the period are conveyed, the characters' desire for power and knowledge contained in the subtext, with a detailed explanation of the inventions in the text. We witness that our heroes who lived in the last century of the Ottoman Empire, lived in a period when innovations and inventions were supported and reforms were carried out by the state in this regard have difficulty announcing their inventions despite everything.

It is seen that an application has been made for letters patent by Yâfes Çelebi in the text, but due to the arbitrary actions of the person/s who will examine, a final decision on some kind of invention has not been made. Although these people were tried to be reached by various methods, it is seen that the examination of the invention was not carried out and the letters patent could not be obtained. Due to the fact, Yâfes Çelebi, who made the application, lived in a period when the Law of Letters Patent was not yet created and inventions were protected by concession. For this reason, we would like to express

Kanun metninde ülkenin muhafazasına ilişkin icatlara yönelik farklı bir süreç öngörülmektedir. Devletin askeri alandaki gücünü artıracak mahiyette olan bu icatlara ancak uygulamada başarı sağlaması halinde berat verilmektedir. Bu mahiyetteki bir icat ve berat devlet tarafından satın alınmakta ve mucidîne icadın mahiyetine, önemine ve etkisine göre madalya verilmektedir.

İhtira Beratı Kanunu günümüzde patent hukuku adı verilen, teknik hukukun temelini oluşturmuştur: "1879 yılında çıkarılan İhtira Beratı Kanunu ile Osmanlı Devleti sınıai mülkiyet haklarının korunmasını artık modern bir yasal çerçeveye sokmuştur". Anılan kanun zaman içerisinde ulusal ve uluslararası anlaşmalar ile ufak değişiklikler yapılarak 1995 yılına kadar yürürlükte kalmıştır²⁰.

IV. SONUÇ

Üç farklı karakterin çiraklık döneminden itibaren icatlar içerisinde geçen hayatlarının belirli kesitlerini önümüze sunan *Kitab'ul Hiyel*, yalnızca bir kurmaca metin olmadığını, dönemin olaylarının aktarılış biçimi, karakterlerin alt metinlerinde yer alan iktidar ve bilinme arzularını, metin içerisindeki icatların detaylı bir şekilde izahıyla kanıtlamaktadır. Osmanlı'nın son asrında yaşamış, yeniliklerin ve icatların desteklediği ve bu konuda devlet tarafından ıslahatların gerçekleştirildiği bir dönemde yaşayan kahramanlarımızın, her şeye rağmen icatlarını duyurmakta zorlandıklarına tanık oluyoruz.

Metin içerisinde Yâfes Çelebi tarafından ihtira beratı için başvuruda bulunulduğu, ancak inceleyecek kişi/lerin keyfi hareketleri nedeniyle bir türlü icada dair kati kararın çıkmadığı, çeşitli yöntemlerle kendisine ulaşılmaya çalışılmasına rağmen icada dair incelemenin gerçekleştirilmediği ve beratın alınmadığı görülmektedir. Zira başvuruyu gerçekleştiren Yâfes Çelebi, henüz İhtira Beratı Kanunu'nun ihdas edilmediği, icatların imtiyazlarla korunduğu bir dönemde yaşamaktadır. Bu sebeple metin içerisinde "*ihтира beratına*" dair yapılan başvuru sürecinin kanun kapsamında bir başvuru değil, imtiyaz talepli bir başvuru olduğunu ifade etmek isteriz.

that the application process made in the text regarding the "letters patent" is not an application within the scope of the law, but an application with a request for concession.

However, the most important inference from the readings we will make about the period in the text is that the personal efforts of the people who created a new and applicable product to announce and create these inventions are insufficient. Because although inventions are supported, the absence of a system in which this is taken under protection causes the inventors to think that they are making a futile effort. Moreover, the character of Yâfes Çelebi experiences the invention himself in such a way that it would generate resentment as to create indignation in order for one of his inventions to be noticed, and he saves himself from dying at the last moment. This clearly shows that the period was insufficient in protecting inventions as a system.

DEVLETİN ASKERİ ALANDAKİ GÜCÜNÜ ARTIRACAK MAHİYETTE OLAN BU İCATLARA ANCAK UYGULAMADA BAŞARI SAĞLAMASI HALİNDE BERAT VERİLMEKTEDİR.

Ancak metin içerisinde döneme dair yapacağımız okumalardan en önemli çıkarım yeni ve uygulanabilir bir ürün meydana getiren kişilerin bu icatlarını duyurmak, meydana getirmek için şahsi çabalarının yetersiz kaldığıdır. Zira her ne kadar icatlar destekleniyorsa da bunun koruma altına alındığı bir sistemin bulunmaması mucitlerin beyhude bir çaba içerisinde olduklarının düşünülmesine sebebiyet vermektedir. Kaldı ki Yâfes Çelebi karakteri icatlarından bir tanesinin fark edilmesi için bizatihi icadı infial yaratacak boyutta kendisi deneyimlemekte ve ölmekten sonra anda kurtulmaktadır. Bu da dönemin sistem olarak icatların korunmasında yetersiz kaldığını açıkça göstermektedir.

BIBLIOGRAPHY

AHMET ŞUAYIP, "İhtira Beratı", İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavanin Mecmuası, C. 13.

ARSLAN KAYA, "551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Getirilen Zorunlu Lisans Sistemi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 55, Sayı 1-2, 1996.

FERİT DEVELLİOĞLU, Osmanlıca- Türkçe Ansiklopedik Lügat.

GÜNDÜZ ÖKÇÜN, "XIX. Yüzyılın İkinci Yarısında İmalat Sanayii Alanında Verilen Ruhsat ve İmtiyazların Ana Çizgileri", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 27, S. 1, 1972.

İHSAN OKTAY ANAR, *Kitab'ül Hiyel*, İletişim Yayınları, İstanbul 2010.

MEHMET BAKIR ŞENGÜL, "İhsan Oktay Anar'ın *Kitab'ül Hiyel* Adli Romanı Üzerine Bir İnceleme", Humanities Sciences, C. 5, S. 3 2010.

SILA ŞAHİN, Osmanlı Devleti'nde Patent Uygulaması: İhtira Beratı Kanunu, Sakarya 2019.

TOLGA AKAY, Osmanlı Devleti'nde Fikri Mülkiyet, Kayseri 2015.

YAŞAR BÜLBÜL/ RAHMİ DENİZ ÖZBAY, "Sanayi Devrimi'nin Tartışmalı Bir Kurumu Olarak Patent ve Osmanlı'da İhtira Beratı Kanunu", Marmara Üniversitesi, İ.L.B.F. Dergisi, Yıl 2020, Cilt XXVIII, Sayı 1.

KAYNAKÇA

AHMET ŞUAYIP, "İhtira Beratı", İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavanin Mecmuası, C. 13.

ARSLAN KAYA, "551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Getirilen Zorunlu Lisans Sistemi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 55, Sayı 1-2, 1996.

FERİT DEVELLİOĞLU, Osmanlıca- Türkçe Ansiklopedik Lügat.

GÜNDÜZ ÖKÇÜN, "XIX. Yüzyılın İkinci Yarısında İmalat Sanayii Alanında Verilen Ruhsat ve İmtiyazların Ana Çizgileri", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 27, S. 1, 1972.

İHSAN OKTAY ANAR, *Kitab'ül Hiyel*, İletişim Yayınları, İstanbul 2010.

MEHMET BAKIR ŞENGÜL, "İhsan Oktay Anar'ın *Kitab'ül Hiyel* Adli Romanı Üzerine Bir İnceleme", Humanities Sciences, C. 5, S. 3 2010.

SILA ŞAHİN, Osmanlı Devleti'nde Patent Uygulaması: İhtira Beratı Kanunu, Sakarya 2019.

TOLGA AKAY, Osmanlı Devleti'nde Fikri Mülkiyet, Kayseri 2015.

YAŞAR BÜLBÜL/ RAHMİ DENİZ ÖZBAY, "Sanayi Devrimi'nin Tartışmalı Bir Kurumu Olarak Patent ve Osmanlı'da İhtira Beratı Kanunu", Marmara Üniversitesi, İ.L.B.F. Dergisi, Yıl 2020, Cilt XXVIII, Sayı 1.

FOOTNOTE

20 Arslan Kaya, "551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Getirilen Zorunlu Lisans Sistemi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Vol. 55, Is. 1-2, 1996 1996, p. 55.

DİPNOT

20 Arslan Kaya, "551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Getirilen Zorunlu Lisans Sistemi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 55, Sayı 1-2, 1996 1996, s. 55.

VIOLATION OF THE OWNERS' INTELLECTUAL RIGHTS IN WORKS PREPARED IN NFT (NON-FUNGIBLE TOKEN) FORMAT

NFT (NON-FUNGIBLE TOKEN) FORMATINDA HAZIRLANAN ESERLERDE ESER SAHİBİNİN FİKRİ HAKLARININ İHLALİ

MERYEM SOLMAZ BİLİCİ

ABSTRACT

Development of blockchain technology created controversy about legal regime to apply for NFTs (non-fungible tokens). NFTs are a type of data that is kept in a digital ledger (or digital wallet) known as the blockchain and function as non-fungible but transferable digital assets. Like a traditional piece of art, the NFT unit is created in such a way that a digital asset is unique and therefore not interchangeable. NFTs commonly have a content/appearance like an image, logo, picture etc. This raises the question whether an NFT created without the right holder's permission violates the right holders' intellectual or personality rights. Although there is not a specific regulation in our law on NFTs, as it is a new technology, the current regulations should be examined within the framework of NFTs to avoid possible violations arising from them. Indeed, it should be considered a breach of the rights of the copyright holders protected by our legislation when a work is made directly into an NFT or by altering it—which is typically done for financial advantage. Similarly creating an NFT based on a real person's photograph or image, whether that person is famous or not, violates his/her rights arising from art. 84 of the CIAW and art. 24 of TCC.

ÖZET

Blok zincir teknolojisinin gelişmesiyle NFT'lerin (non-fungible tokens) tâbi olacağı hukuki rejime ilişkin tartışmalar ortaya çıkmıştır. Değiştirilemeyen ancak devri mümkün olan dijital varlıklar olarak NFT'ler, blok zinciri olarak bilinen bir dijital defterde (veya dijital cüzdanda) saklanan bir veri birimidir. Geleneksel bir sanat eseri gibi, NFT birimi de bir dijital varlığın benzersiz ve bu nedenle birbirinin yerine geçemeyeceği şekilde oluşturulmaktadır. NFT'lerin çoğunlukla resim, logo, tablo gibi içerik/ görünümüne sahip olduğu görülmektedir. Bu durum ise; asıl hak sahibinden izin alınmadan üretilen bir NFT'nin, hak sahiplerinin telif hakkını veya kişilik haklarını ihlal edip etmeyeceği sorusunu gündeme getirmektedir. Her ne kadar yeni bir teknoloji olması dolayısıyla NFT'lere ilişkin mevzuatımızda özel bir düzenleme yoksa da, olası hak ihlallerini önlemek üzere mevcut düzenlemelerin NFT'lerden kaynaklı hak ihlalleri açısından ele alınması gerekmektedir. Gerçekten de bir eserin doğrudan veya değiştirilerek NFT haline getirilmesi -ki çoğunlukla bu ekonomik kazanç sağlamak üzere yapılmaktadır- hak sahiplerinin mevzuatımızda düzenlenen haklarını ihlal olarak görülmelidir. Yine ünlü olsun olmasın bir kişiye ait fotoğraf veya resmin NFT olarak üretilmesi, bu kişinin FSEK madde 84 kapsamındaki hakkını ihlal etmesinin yanı sıra TMK madde 24 kapsamında da bir kişilik hakkı ihlali teşkil eder.



KEYWORDS

NFT, NON-FUNGIBLE DIGITAL TOKENS, VIOLATION OF PERSONALITY RIGHTS, VIOLATION OF COPYRIGHTS GAYRİ MİSLİ SANAL JETONLAR.



ANAHTAR KELİMELER

NFT, GAYRİ MİSLİ SANAL JETONLAR, KİŞİLİK HAKKINI İHLAL, TELİF HAKKI İHLALİ.

PART 2

NFTs are a type of data that is kept in a digital ledger (or digital wallet) known as the blockchain and function as non-fungible but transferable digital assets.

Değiştirilemeyen ancak devri mümkün olan dijital varlıklar olarak NFT'ler, blok zinciri olarak bilinen bir dijital defterde (veya dijital cüzdanda) saklanan bir veri birimidir.

I. INTRODUCTION

One of the recent technological developments whose legal status is being debated is the NFT. NFTs have sales that reach over \$2 billion, receive a lot of attention, and are widely used as of the first half of 2021¹. Owners of souvenir shops, musicians, artists and publishers use NFTs to commercialize their Works/ products and to take advantage of the new technology. The main function of a NFT is to represent digital artworks, music or digital collections of real assets of a similar nature. Uniquely designed NFTs are a digital and tokenized form of traditional securities, and because their worth is correlated with the value of the property, they are viewed as both pieces of art and investment tools². In another saying NFTs are unique tokens created in blockchain technology³.

The fact that NFTs are both works of art and have an ever-expanding market in the field of trade has led to the emergence of legal disputes regarding NFTs. In other words, NFTs have become an issue of increasing importance and often the subject of legal study. In particular, issues such as right ownership, transfer, licensing and financial rights on NFTs are discussed in terms of copyright law. However, in addition to the rights and legal actions on NFTs, it is also possible to infringe

I. GİRİŞ

NFT teknolojisi son günlerde hukuki durumu tartışılan teknolojik gelişmelerden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira satışları 2021'in ilk yarısında 2 milyar doları aşan NFT'ler büyük bir ilgi görmekte ve kullanımı yaygınlaşmaktadır¹. Hatıralık eşya firmaları, müzisyenler, sanatçılar ve yayıncılar, NFT'leri eserlerini ticarileştirmek ve onlardan yararlanmak için kullanmaktadır. NFT'nin temel fonksiyonu, benzer nitelikteki gerçek varlıkların dijital sanat eserlerini, müziğini veya dijital koleksiyonlarını temsil etmektir. NFT'lerin hem sanat eseri hem yatırım aracı olarak görülmesinin sebebi; benzersiz olarak tasarlanan NFT'lerin geleneksel güvenliğinin dijital ve tokenize edilmiş bir versiyonu olması ve değerinin mülkiyetin değerine bağlı olmasıdır². Bir diğer ifadeyle NFT'ler, blockchain teknolojisinde üretilen benzersiz jetonlardır³.

NFT'lerin hem sanat eseri niteliğini haiz olması hem de ticaret alanında gittikçe genişleyen bir pazara sahip olması, NFT'lere ilişkin hukuki uyumsuzlukların ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Bir diğer ifadeyle, NFT'ler gittikçe önem kazanan ve hukuki açıdan sıklıkla çalışma konusu olan bir mesele haline gelmiştir. Özellikle telif hukuku açısından NFT'lerin hak sahipliği, devri, lisansa konu olması ve NFT üzerindeki mali haklar gibi konu-



the intellectual property rights or personal rights of third parties through NFTs. Due to the increase in the use of digital media and NFTs, it is necessary to examine and evaluate the legal grounds and ways that people whose rights are violated can apply against violations through NFT.

The owner's copyright infringement issues with NFT will essentially be discussed in this study. However, first the NFT technology will be examined briefly and its difference from other blockchain applications will be revealed in order to clarify the subject. Subsequently, copyright violations and personality rights violations through NFT will be separately evaluated.

II. NFT TECHNOLOGY AND ITS DIFFERENCE FROM OTHER BLOCKCHAIN APPLICATIONS

NFT is an English abbreviation of the phrase "non-fungible token". Turkish translation of the wording NFT differs. In some Turkish books, NFT is translated as "intangible digital tokens"⁴ or as "intangible cryptographic

lar irdelenmektedir. Ancak NFT'ler üzerindeki haklar ve hukuki işlemlerin yanı sıra NFT'ler yoluyla üçüncü kişilerin fikri mülkiyet haklarına veya kişilik haklarına tecavüz edilmesi de söz konusu olabilmektedir. Dijital medya ve NFT'lerin kullanımındaki artış dolayısıyla NFT yoluyla gerçekleştirilen ihlallere karşı, hakkı zedelenen kişilerin başvurabileceği hukuki sebep ve yolları incelemek ve değerlendirmek gerekir.

Bu çerçevede temel olarak çalışmamızda, NFT yoluyla eser sahibinin telif hakkı ihlali meseleleri ele alınacaktır. Ancak konunun anlaşılabilir olması adına önce özet şekilde NFT teknolojisi incelenecek ve diğer blok zincir uygulamalarından farkı ortaya konacaktır. Akabinde NFT yoluyla gerçekleştirilen telif hakkı ihlalleri ve kişilik hakkı ihlalleri ayrı ayrı değerlendirilecektir.

II. NFT TEKNOLOJİSİ VE DİĞER BLOK ZİNCİR UYGULAMALARINDAN FARKI

NFT (değiştirilemez token/ jeton), İngilizce "non-fungible token" ifadesinin kısaltılmışı olup doğrudan tercümesi "değiştirilemez token/ jeton" şeklindedir. Türkçe bazı eserlerde NFT'ye karşılık olarak "gayri misli sanal jeton-

FOOTNOTE

1 K. Parikshith Arvindan, "Non-Fungible Tokens - An Overlap between Blockchain Technology and Intellectual Property Rights", Jus Corpus Law Journal, Vol. 1, Is. 4, June-August 2021, p. 357.

2 Kim Soyeon, "Fractional Ownership, Democratization, and Bubble Formation - The Impact of Blockchain Enabled Asset Tokenization", Americas Conference on Information Systems, 2020, p. 2.

3 Arvindan, p. 357; Mete Tevetoglu, "Hukuki Yönleriyle Kripto Varlıklar ve Kripto Varlıkların İlk Arzı (Initial Coin Offering)", İstanbul 2021, p. 73.

4 Semih Sırrı Özdemir, "Sanat Eserlerinin Menkul Kıymetleştirilmesinde Bir Araç Olarak Gayri Misli Sanal Jetonlar (NFT) ve Sahiplerine Sağladıkları Fikri Hakların Değerlendirilmesi", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Vol. 37, Is. 3, 2021, p. 61.

DİPNOT

1 K. Parikshith Arvindan, "Non-Fungible Tokens - An Overlap between Blockchain Technology and Intellectual Property Rights", Jus Corpus Law Journal, C. 1, S. 4, Haziran-Agustos 2021, s. 357.

2 Kim Soyeon, "Fractional Ownership, Democratization, and Bubble Formation - The Impact of Blockchain Enabled Asset Tokenization", Americas Conference on Information Systems, 2020, s. 2.

3 Arvindan, s. 357; Mete Tevetoglu, s. 73.

PART 2

FOOTNOTE

5 Tevetoğlu, p. 73.

6 Mark Cuban, "Non-fungible Token", <https://www.britannica.com/topic/non-fungible-token> (Access date, 25.10.2022).

7 Fatih Bilgili/ M. Fatih Cengil, Blockchain ve Kripto Para Hukuku, Bursa 2022, p. 287.

8 Yashika Nagpal, "Non-Fungible Tokens (NFTs): The Future of Digital Collectibles", International Journal of Law Management & Humanities, Is. 4, 2021, p. 759.

9 Mark Conrad, "Non-Fungible Tokens, Sports, and Intellectual Property Law Issues: A Case Study Applying Copyright, Trademark, and Right of Publicity Law to a Non-Traditional Ownership Vehicle", Journal of Legal Aspects of Sport, Is. 32, 2022, p. 134.

10 <https://www.investopedia.com/non-fungible-tokens-nft-5115211> (Access date, 25.10.2022).

11 Joshua A. T. Fairfield, "Tokenized: The Law of Non-Fungible Tokens and Unique Digital Property", Indiana Law Journal, Vol. 97, Is. 4, Spring 2022, p. 1263.

12 Lawrence J. Trautman, "Virtual Art and Non-Fungible Tokens", Hofstra Law Review, Vol. 50, Is. 2, Winter 2022, p. 407.

13 Bilgili/ Cengil, p. 289.

14 Priyal Chandrakar, "Non-Fungible Tokens (NFT): Legal Provisions", International Journal of Law Management & Humanities, Is. 5, 2022, p. 445.

15 Conrad, p. 134.

16 Roe Sarel, "Property Rights in Cryptocurrencies: A Law and Economics Perspective", North Carolina Journal of Law & Technology, Vol. 22, Is. 3, April 2021, p. 440.

17 Bilgili/ Cengil, p. 199.

18 Trautman, p. 407.

19 Fairfield, p. 1265.

20 Bilgili/ Cengil, p. 298.

asset"⁵. However, it can be seen that the English abbreviation "NFT" is commonly used in Turkish without translation.

NFT; refers to non-fungible digital assets, such as a photo, song or video, whose ownership is verified and stored in a database called the blockchain, which can be collected, sold and legally processed on various online platforms⁶. Non-fungibility mentioned in the definition should not be understood in a way that NFTs are not subject to a legal transaction. What is meant by non-fungibility is being that they cannot be measured against each other over a certain value⁷.

NFTs can also be defined as a certificate of ownership of crypto assets or physical assets in a digital marketplace operated by blockchain technology⁸. More precisely, NFT is a unit of data stored in a digital ledger (or digital wallet) known as the blockchain⁹. According to Investopedia, NFT is a cryptographic asset consisting of unique identification codes and metadata on the blockchain that helps distinguish one from the other¹⁰.

NFTs strive to establish the ownership of a specific and unique digital product made by avoiding the limitless possibilities of production in the digital world because they are fundamentally non-interchangeable and cannot be exchanged for another identical creation. NFTs represent unique digital tokens that can be bought and sold between individuals on digital platforms. Unlike bitcoin, where one coin is the same as another, NFTs are unique and each has different char-

lar"⁴ veya "misli olmayan kriptografik varlık"⁵ şeklinde ifadeler tercih edilmektedir. Ancak yine de Türkçede yaygın olarak "NFT" kısaltmasının kullanıldığı görülmektedir.

NFT; mülkiyeti doğrulanmış ve blok zinciri adı verilen bir veri tabanında saklanan ve çeşitli çevrimiçi platformlarda toplanabilen, satılabilen ve hukuki işleme konu olabilen bir fotoğraf, şarkı veya video gibi değiştirilemeyen dijital varlıkları ifade eder⁶. Ancak buradaki değiştirilemezlik, NFT'nin bir hukuki işleme konu olamaması şeklinde anlaşılmalıdır. NFT'nin değiştirilemezliği ile kastedilen, "belli bir değer üzerinden birbirlerine karşı ölçülemez" oluşudur⁷.

NFT'ler, blok zinciri teknolojisi tarafından işlenen bir dijital pazarda kripto varlıklarını veya fiziksel varlıkların mülkiyetinin bir sertifikası olarak da tanımlanabilecektir⁸. Daha sarıh bir ifade ile NFT, blok zinciri olarak bilinen bir dijital defterde (veya dijital cüzdana) saklanan bir veri birimidir⁹. Investopedia'ya göre NFT; blok zincirinde benzersiz tanımlama kodları ve meta verilerden oluşan ve birini diğerinden ayırt etmeye yardımcı olan bir kriptografik varlıktır¹⁰.

NFT'ler doğası gereği birbirinin yerine geçemez, başka bir özdeş yaratımla değiştirilemez ve bu nedenle, dijital dünya içerisindeki sonsuz meydana getirme ihtimalinin önüne geçilerek meydana getirilmiş belirli ve tekil bir dijital ürünün sahipliğinin belirlenmesini amaçlar. Dijital platformlarda bireyler arasında alınabilen ve satılabilen NFT'ler benzersiz dijital jetonları temsil ederler. Bir madeni pa-

acteristics. For example, an NFT representing Boardwalk ownership is quite different from an NFT representing Baltic Avenue¹¹. According to Trautman; it is possible to think of NFT as a unique serial number that indicates the authenticity and ownership history of an object¹².

The NFT can consist of physical or digital things¹³. Today, it is seen that NFTs are used in various ways. For example, NFTs are used to store agreements/ contracts and verification for advanced art and other computer-generated programs. Many artists in different countries prefer NFTs to sell their works of art while protecting the copyrights of their works. For this, a record is first made in the blockchain, which records the exchange of meta information. Meta-information is usually in the form of a URL that links to an enhanced resource, such as a computerized image or an enhanced video. Thus, when placed on an NFT blockchain, it records the terms and verification of the exchange identified by this computerized image¹⁴.

Like a traditional piece of art, the NFT unit indicates that a digital asset (an illustration, reproduction, or use of a person's image) is unique and therefore not interchangeable, hence "non-fungible"¹⁵. The term "non-fungible" here emphasizes that NFT is not exchangeable for any other form of currency or token. Unlike other crypto assets, this feature of NFTs allow a greater possibility of applying property law for NFTs¹⁶. As a matter of fact Bilgili and Cengil are in opinion of that NFTs should be accepted as intangible asset¹⁷.

The value of NFT lies in its ability to "convert a continuously reproducible digital product into a one-of-a-kind asset." When someone buys an NFT, what they actually get is the knowledge of owning an official version of a Pop-Tart bodied cat¹⁸. In addition, the uniqueness that NFT provides creates a serious attraction towards NFT. For example, a digital game that players own individually rather than licensing the items they earn while playing the game can demonstrate the increasing value of NFT¹⁹.

NFTs can be created in photographs, videos, audio files and other types of digital files and represent individual ownership. In other words, NFTs reveal one's ownership²⁰. Therefore, NFTs are also authentication devices. They are different from other assets

DİPNOT

4 Semih Sırrı Özdemir, "Sanat Eserlerinin Menkul Kıymetleştirilmesinde Bir Araç Olarak Gayri Misli Sanal Jetonlar (NFT) ve Sahiplerine Sağladıkları Fikri Hakların Değerlendirilmesi", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 37, S. 3, 2021, s. 61.

5 Tevetoğlu, Hukuki Yönleriyle Kripto Varlıklar ve Kripto Varlıkların İlk Arzı (Initial Coin Offering), İstanbul 2021, s. 73.

6 Mark Cuban, "Non-fungible Token", <https://www.britannica.com/topic/non-fungible-token> (Erişim tarihi, 25.10.2022).

7 Fatih Bilgili/M. Fatih Cengil, Blockchain ve Kripto Para Hukuku, Bursa 2022, s. 287.

8 Yashika Nagpal, "Non-Fungible Tokens (NFTs): The Future of Digital Collectibles", International Journal of Law Management & Humanities, S. 4, 2021, s. 759.

9 Mark Conrad, "Non-Fungible Tokens, Sports, and Intellectual Property Law Issues: A Case Study Applying Copyright, Trademark, and Right of Publicity Law to a Non-Traditional Ownership Vehicle", Journal of Legal Aspects of Sport, S. 32, 2022, s. 134.

10 <https://www.investopedia.com/non-fungible-tokens-nft-5115211> (Erişim tarihi, 25.10.2022).

11 Joshua A. T. Fairfield, "Tokenized: The Law of Non-Fungible Tokens and Unique Digital Property", Indiana Law Journal, C. 97, S. 4, İlkbahar 2022, s. 1263.

12 Lawrence J. Trautman, "Virtual Art and Non-Fungible Tokens", Hofstra Law Review, C. 50, S. 2, Kış 2022, s. 407.

13 Bilgili/ Cengil, s. 289.

14 Priyal Chandrakar, "Non-Fungible Tokens (NFT): Legal Provisions", International Journal of Law Management & Humanities, S. 5, 2022, s. 445.

15 Conrad, s. 134.

16 Roe Sarel, "Property Rights in Cryptocurrencies: A Law and Economics Perspective", North Carolina Journal of Law & Technology, C. 22, S. 3, Nisan 2021, s. 440.

17 Bilgili/ Cengil, s. 199.

18 Trautman, s. 407.

19 Fairfield, s. 1265.



PART 2

that can be easily modified because NFTs have different properties such as not being easily modified or copied to another item²¹. In other words, each NFT is unique, no NFT is the same as another. In fact, it is not difficult to understand this feature of NFT within the framework of traditional art perception, because no matter how many copies are made, the original Mona Lisa painting is one and unique. It is also possible to evaluate NFTs in this way²².

Some NFTs contain moving or still images, while others may include the name, picture or likeness of a celebrity. There are also NFTs that include famous trademarks. There is a strong commercial motivation behind NFTs' existence, given that they are creative businesses that can be sold and then transferred to third parties for investment and other purposes. NFTs, on the other hand, are often strongly tied to a particular core product or service²³. Therefore, intellectual property issues related to the creation and distribution of NFTs may arise.

III. VIOLATION OF COPYRIGHTS THROUGH NFTS

The intensive use of NFTs in recent years has brought with it the problem of infringing on people's copyrights through NFTs. As explained above, if the audio, picture, video, etc. contents used in NFTs belong to third parties, the violation of intellectual property rights of these people may arise. In this context, the violation of the rights arising from the ownership of the work, which is regulated in the Code on Intellectual and Artistic Works No. 5846 ("CIAW")²⁴, and the violation of the person's right on his/her image, which is also regulated in Article 86 of the FSEK, will be evaluated.

Gerçekten de NFT'ler fotoğraflar, videolar, ses dosyaları ve diğer dijital dosya türlerinde meydana getirilebilirler ve münferiden hak sahipliğini temsil eder. Bir diğer ifadeyle NFT'ler, kişinin hak sahipliğini ortaya koyar²⁰. Bu nedenle, NFT'ler aynı zamanda kimlik doğrulama cihazlarıdır. Bunlar, kolayca değiştirilebilen diğer varlıklardan farklıdır, zira NFT'ler, kolayca değiştirilememe veya bir başka ögeye kopyalanamama gibi farklı özelliklere sahiptir²¹. Başka bir deyişle, her bir NFT eşsizdir, hiçbir NFT bir diğeri ile aynı değildir. Aslında NFT'nin bu özelliğini, geleneksel sanat algısı çerçevesinde anlamak zor değildir, zira ne kadar kopyası yapılsa yapılsın aslında orijinal Mona Lisa tablosu bir tanedir ve eşsizdir. NFT'leri de bu şekilde değerlendirmek mümkündür²².

Bazı NFT'ler hareketli veya hareketsiz görüntüler içerirken, bazıları bir ünlünün adını, resmini veya benzerliğini içerebilir. Keza tanınmış markaları içeren NFT'ler de bulunmaktadır. Satılan ve daha sonra yatırım ve diğer amaçlar için üçüncü şahıslara devredilebilecek yaratıcı işler oldukları düşünüldüğünde, varlıklarının arkasında güçlü bir ticari saik vardır. Öte yandan NFT'ler çoğunlukla belirli bir temel ürün veya hizmetle güçlü bir şekilde bağlıdır²³. Bu nedenle, NFT'lerin yaratılması ve dağıtılmasıyla ilgili fikri mülkiyet sorunları gündeme gelebilecektir.

III. NFT'LER VASITASILA TELİF HAKKI İHLALLERİ

NFT'lerin son yıllardaki yoğun kullanımı, NFT'ler yoluyla kişilerin telif haklarına yönelik tecavüz problemini beraberinde getirmiştir. Zira yukarıda açıklandığı üzere NFT'lerde kullanılan ses, resim, video vb. içeriklerin üçüncü kişilere ait olması halinde bu kişilerin fikri mülkiyet haklarının ihlali gündeme gelecektir. Bu çerçevede aşağıda 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda²⁴ ("FSEK") düzenleme bulan eser sahipliğinden doğan hakların ihlali ile yine FSEK madde 86'da düzenlenen kişinin resmi üzerindeki hakkının ihlali değerlendirilecektir.

First and foremost, a copyrighted work must exist in order to discuss a copyright infringement. A work means "all kinds of intellectual and artistic products that have the characteristics of their owner and are considered as works of science and literature, music, fine arts or cinema" (CIAW article 1/B). Accordingly, if the NFT is created in the same or similar way as a work within the scope of the aforementioned article, permission must be obtained from the person who actually owns the right on the work, as the financial rights of the owner of the work are violated by a reproduction or processing of the original work²⁵. In other words, since the person who owns the right on a work is considered to have the right to transform this work into an NFT format, it is accepted that the act of infringing on the financial and moral rights of the owner due to the NFT formats created without permission²⁶.

Although there is no clear regulation on NFTs, it is clear that the rights of the owner can be violated through these units. Considering that the purpose of the law is basically to protect the owner; regardless of how much format and content changes are made, any use that goes beyond "inspiration" from the original work should be seen as an infringement of copyrights. The owner of the NFT who does not want to encounter this problem must have the right to use it under a license or permit²⁷.



Öncelikle bir telif hakkı ihlalden bahsedebilmek için telif hakkı bir eserin varlığı gerekmektedir. Eser, "sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini" ifade eder (FSEK madde 1/B). Buna göre NFT, anılan madde kapsamındaki bir eser ile aynı veya benzer şekilde oluşturulmuşsa aslında eser üzerinde hak sahibi olan kişiden izin alınması gerekir. Zira burada asıl eserin bir çoğaltması veya işlenmesi suretiyle eser sahibinin mali hakları ihlal edilmektedir²⁵. Bir diğer ifadeyle bir eser üzerinde hak sahibi olan kişi, bu eserin NFT formatına çevrilmesi hakkına da sahip kabul edildiğinden izinsiz meydana getirilen NFT formatları nedeniyle eser sahibinin mali ve manevi haklarına tecavüz fiilinin gerçekleştirildiği kabul edilmektedir²⁶.

Her ne kadar NFT'lere ilişkin açık bir Kanun düzenlemesi olmasa da, bu birimler üzerinden eser sahibinin haklarının ihlal edilebileceği açıktır. Kanun'un düzenleme amacının temel olarak eser sahibini korumak olduğu düşünüldüğünde; ne kadar format ve içerik değişikliği olursa olsun asıl eserden "esinlenmenin" ötesine geçecek kadar yararlanma, telif haklarına tecavüz olarak görülmelidir. Bu sorunla karşılaşmak istemeyen NFT sahibinin, bir lisans veya izin çerçevesinde kullanım hakkına sahip olması zorunludur²⁷.

FOOTNOTE

21 Conrad, p. 136.

22 Tevetoglu, p. 74.

23 Sarel, p. 397.

24 The Official Gazette (OG) dated 13.12.1951 and numbered 7981.

25 Conrad, p. 137.

26 Canan Küçükali, "Telif Koruması Anlamında (Takas Edilemez Jeton) NFT'ler", Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı, ed. Şerafettin Ekici/ Ekrem Solak/ Muhammed Emre Avşar, Ankara 2022, p. 577.

27 Conrad, p. 140; Bilgili/ Cengil, p. 301.

DİPNOT

20 Bilgili/ Cengil, s. 298.

21 Conrad, s. 136.

22 Tevetoglu, s. 74.

23 Sarel, s. 397.

24 13.12.1951 tarihi, 7981 sayılı Resmi Gazete (RG).

25 Conrad, s. 137.

26 Canan Küçükali, "Telif Koruması Anlamında (Takas Edilemez Jeton) NFT'ler", Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı, ed. Şerafettin Ekici/ Ekrem Solak/ Muhammed Emre Avşar, Ankara 2022, s. 577.

27 Conrad, s. 140; Bilgili/ Cengil, s. 301.

PART 2

We can explain copyright infringement via NFT by an example. THY logo (*Turkish Airlines trademark*) can be protected under copyright law as it has a design accepted as a work. In case the NFT design of the THY logo is the same as this logo; it is possible for the design company to file a lawsuit on the grounds that the design is used in digital environment and for commercial purposes without permission²⁸.

Another issue that may be violated through NFT is the regulation in article 86 of the CIAW. According to the aforementioned provision, "even if they are not in the nature of a work, pictures and portraits cannot be made publicly available without permission of the depicted person or without permission of

NFT yoluyla telif hakkı ihlalini örneklendirerek ele alabiliriz. THY logosunun aynı zamanda tasarım değeri de taşıması dolayısıyla telif hukuku kapsamında korunması mümkündür. THY logosunun NFT tasarımının bu logo ile aynı olması ihtimalinde; tasarımının izinsiz şekilde dijital ortamda ve ticari amaçla kullanılması gereğiyle tasarım sahibi firmanın dava açması mümkündür²⁸.

NFT yoluyla ihlali gündeme gelebilecek bir diğer mesele ise FSEK madde 86'da yer alan düzenlemedir. Anılan hükme göre "Eser mahiyetinde olmasalar bile, resim ve portreler tasvir edilenin, tasvir edilen ölmüşse 19 uncu maddenin birinci fıkrasında sayılanların muvafakati olmadan tasvir edilenin ölümünden 10 yıl geçmedikçe, teşhir veya diğer suret-

In addition to the NFT producer, the NFT buyer should act carefully and investigate whether the NFT he took over violates the rights of third parties.

NFT yapımcısının yanı sıra NFT alıcısının da dikkatli ve özenli davranması, devraldığı NFT'nin üçüncü kişilerin haklarını ihlal edip etmediğini araştırması gerekmektedir.

those listed in the first paragraph of article 19 if the depicted person is dead unless 10 years have passed from the death of the depicted person." Pursuant to the article, a person has a right to their own image and portrait under both the CIAW and Turkish Civil Code No. 4721 ("TCC"), even if it is not regarded as a "work" within the meaning of CIAW²⁹. In case of violation of this right, it is possible to prevent and abolish the infringement and to demand material and moral compensation.

As it can be understood from the explanations made above regarding NFTs, it is possible for a picture or portrait to be released in NFT format. In that case, it is illegal to convert a person's picture and portrait into NFT for-

lerle umuma arz edilemez". Bu hükme göre FSEK kapsamında "eser" sayılmasa dahi kişinin, kendi resmi ve portresi üzerinde hem FSEK hem de 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu²⁹ ("TMK") çerçevesinde hakkı bulunmaktadır. Bu hakkın ihlali halinde ise tecavüzün önlenmesi, kaldırılması ile maddi ve manevi tazminat talepleri mümkün olmaktadır.

NFT'lere ilişkin yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere bir resmin veya portrenin NFT formatında piyasaya sürülmesi mümkündür. O halde FSEK madde 86 ve TMK madde 24 kapsamında kendisinden veya mirasçılardan muvafakat alınmadan bir kişinin resim ve portresinin NFT formatına çevrilmesi hukuka aykırıdır.

mat without the consent of him/her or his/her heirs within the scope of CIAW article 86 and TCC article 24.

As a matter of fact, a dispute based on the allegation of infringing on a person's right to an image and portrait through NFTs has also been reflected in Turkish courts. In what is known as the first dispute to be reflected in the Turkish judiciary, an interim injunction was given by the local court in the lawsuit filed by Cem Karaca's son upon the sale of an NFT inspired by Cem Karaca's portrait³⁰. Although the trial continues, it is seen that the publication of the portrait of the person contrary to the provisions of CIAW article 86 and TCC article 24 is precautionary prevented.

The most fundamental issue here is the issue of preventing the use and transfer of an NFT that constitutes a violation of rights, because the place where the NFT transfer is made is not a Turkey-based website, the site cannot be interfered with, but it is possible to prevent access to the site in question from Turkey. This shows that, in fact, full protection cannot be provided, as in violations carried out through other digital tools, because it is possible to reach the NFT from abroad, and the sale and transfer of the NFT abroad can be in question. However, at least the establishment of a blocking order within the jurisdiction of Turkish courts should be considered an important step in the situation where NFTs are not yet regulated. In addition, the active complaint facility provided on some of the NFT sales platforms will enable people whose intellectual and personal rights are violated to apply to these platforms and to remove the NFT³¹. However, in this case, the protection remains at the discretion of the platform in question.

IV. RESPONSIBLE PEOPLE FOR VIOLATIONS THROUGH NFT

It was explained above that when a right is violated through an NFT, protection can be requested by applying to the general regulations within the scope of CIAW and TCC. However, another question on the subject is to whom the case will be directed. In other words, who violates the rights through NFT and should be accepted as responsible? As it is known, NFT is created as a unique digital certificate created based on an original work. However, it is possible to transfer the NFT to a

Nitekim NFT'ler yoluyla kişinin resim ve portre üzerindeki hakkına tecavüz iddiasına dayalı bir uyuşmazlık Türk mahkemelerine de yansımıştır. Türk yargısına yansıyan ilk uyuşmazlık olarak bilinen olayda Cem Karaca'nın portresinden esinlenerek yapılan bir NFT'nin satışa sunulması üzerine Cem Karaca'nın oğlu tarafından açılan davada yerel mahkeme tarafından ihtiyati tedbir kararı verilmiştir³⁰. Her ne kadar yargılama devam etse de FSEK madde 86 ve TMK madde 24 hükümlerine aykırı olarak kişinin portresinin yayınlanmasının ihtiyaten ve tedbiren engellendiği görülmektedir.

Buradaki en temel mesele ise hak ihlali teşkil eden bir NFT'nin kullanımının ve devrinin engellenmesi meselesidir. Zira NFT devrinin yapıldığı yer Türkiye merkezli bir internet sitesi olmadığından siteye müdahale yapılmakta, ancak Türkiye'den söz konusu siteye erişimin engellenmesi mümkün olmaktadır. Bu ise aslında diğer dijital araçlar üzerinden gerçekleştirilen ihlallerde de olduğu üzere tam bir koruma sağlanamadığını göstermektedir. Zira yurtdışından söz konusu NFT'ye ulaşım sağlanabilmekte ve yine yurtdışında NFT'nin satış ve devri söz konusu olabilmektedir. Ancak en azından Türk mahkemelerinin yargı yetkisi kapsamında bir engelleme kararının tesis edilmesi NFT'lerin henüz bir düzenlemeye tabi olmadığı şu durumda önemli bir adım olarak kabul edilmelidir. Ek olarak NFT satış platformlarının bazılarında sağlanan aktif şikâyet imkanı, fikri ve kişilik hakkı ihlal edilen kişilerin bu platformlara başvurarak söz konusu NFT'nin kaldırılmasını sağlayabilecektir³¹. Bu durumda koruma, söz konusu platformun inisiyatifinde kalmış olmaktadır.

IV. NFT YOLUYLA IHLAL-DEN SORUMLULAR

Bir NFT yoluyla hak ihlali gerçekleştiğinde FSEK ve TMK kapsamındaki genel düzenlemelere müracaat edilerek koruma talep edileceği yukarıda izah edilmiştir. Ancak konuya ilişkin bir diğer sorun davanın kime yöneltileceğidir. Bir diğer ifadeyle NFT yoluyla hak ihlali kim tarafından gerçekleştirilmektedir? Bilindiği üzere NFT, asıl bir esere dayalı olarak oluşturulan eşsiz bir dijital sertifika olarak oluşturulmaktadır. Ancak daha sonra NFT'nin üçüncü kişiye devredilmesi müm-

FOOTNOTE

²⁸ Conrad, p. 141.

²⁹ The OG dated 08.12.2001 and numbered 24607.

³⁰ <https://www.gazeteduvar.com.tr/cem-karacanın-nft-portresinin-satishi-engellendi-haber-1570780> (Access date, 26.10.2022).

³¹ Bilgili/ Cengil, p. 300.

DİPNOT

²⁸ Conrad, s. 141.

²⁹ 08.12.2001 tarih ve 24607 sayılı RG.

³⁰ <https://www.gazeteduvar.com.tr/cem-karacanın-nft-portresinin-satishi-engellendi-haber-1570780> (Erişim tarihi, 26.10.2022).

³¹ Bilgili/ Cengil, s. 300.

PART 2

third party later on. In this case, it is necessary to identify the person or persons responsible for the violation of rights.

As mentioned above, the expression "non-fungible" in NFT refers to an asset that cannot be copied and reproduced. Since the unchangeability of the source does not allow the NFT to be reproduced, the NFT receiver will only have certain and limited rights over the NFT. The most basic right is to transfer the NFT to another person. Whereas NFT's producer has the privilege to reproduce, store and publish copies of the submitted work. In other words, although the producer of the NFT produced the first work, the NFT buyer only received one copy of this work. In that case, the intellectual right owner and the property right owner on NFT may be different persons³². NFT producer continues to own the copyrights in NFT even if it transfers NFT to a third party. In this case, the NFT producer must be considered responsible for copyright and personality rights violations that occur through NFT during the creation of the NFT³³.

However, in addition to the NFT producer, the NFT buyer should act carefully and investigate whether the NFT he took over violates the rights of third parties. It should be accepted that buyers who acquire NFTs due to their commercial value and actually as an investment tool will have legal responsibilities due to the NFTs they own.

Here, holding the NFT buyer responsible for the infringement in the first place can be seen as problematic from the perspective of traditional copyright protection. For example, as a rule, it is not possible within the framework of CIAW to hold the person who buys a copy of a musical work that constitutes copyright infringement responsible for the violation. However, there is no doubt that NFTs need a different regime since they are non-reproducible, used as an investment tool and as a rule "inexhaustible". In this case, at least until a separate regulation is brought, it should be accepted that the provisions of CIAW can be applied to the extent that it complies with the nature of the NFTs that have the quality of "works" within the framework of CIAW. In this

kün olmaktadır. Bu durumda hak ihlalden sorumlu kişi veya kişilerin de tespit edilmesi gerekmektedir.

Yukarıda değinildiği gibi, NFT'deki "non-fungible/ değışmez" ifadesi, kopyalanamayan ve yeniden üretilmeyen bir varlığı ifade eder. Kaynağın değıştirilemezliği, NFT'nin tekrarlanması veya yeniden üretilmesine izin vermediğinden, NFT alıcısı NFT üzerinde ancak belirli ve sınırlı haklara sahip olabilecektir. En temel hakkı ise NFT'yi bir başka kişiye devretmektir. Oysa NFT'nin yapımcısı, teslim edilen çalışmanın kopyalarını tekrarlama, saklama ve yayınlama ayrıcalığına sahiptir. Bir diğer ifadeyle, NFT'nin yapımcısı ilk çalışmayı ortaya koysa da NFT alıcısı bu çalışmanın sadece bir kopyasını almış olmaktadır. O halde NFT üzerindeki fikri hak sahibi ile mülkiyet hakkı sahibi birbirinden farklı kişiler olabilir³². NFT Yapımcısı, NFT'yi üçüncü kişiye devretse dahi NFT üzerindeki telif haklarına sahip olmaya devam eder. Bu durumda NFT yapımcısının, NFT'nin oluşturulması aşamasında NFT yoluyla gerçekleştirilen telif ve kişilik hakkı ihlallerinden sorumlu kabul edilmesi gerekmektedir³³.

Ancak NFT yapımcısının yanı sıra NFT alıcısının da dikkatli ve özenli davranması, devraldığı NFT'nin üçüncü kişilerin haklarını ihlal edip etmediğini araştırması gerekmektedir. Zira ticari değeri dolayısıyla ve aslında bir yatırım aracı olarak NFT edinen alıcıların, sahip oldukları NFT'ler dolayısıyla hukuki sorumluluklarının olacağını kabul etmek gerekir.

Burada ilk aşamada NFT'yi devralan kişinin doğrudan ihlalden sorumlu tutulması, gelecekte telif koruması açısından sorunlu görülebilir. Örneğin telif hakkı ihlali teşkil eden bir müzik eserinin kopyasını satın alan kişinin, ihlalden sorumlu tutulması kural olarak FSEK çerçevesinde mümkün değildir. Fakat NFT'lerin çoğaltılamayan, bir yatırım aracı olarak kullanılan ve kural olarak "tükenmeyen" bir yapı arz etmesi dolayısıyla daha farklı bir rejime ihtiyacı olduğu kuşkusuzdur. Bu durumda en azından ayrı bir düzenleme getirilene kadar FSEK çerçevesinde "eser" niteliği taşıyan NFT'lerin, niteliğine uyduğu ölçüde ve kıyasen FSEK hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilmelidir. Bu çerçevede

context, even if NFT is transferred to third parties or created by the artist himself/herself on behalf of third parties, it should be possible for those whose rights are violated to sue this violation. So the person who takes over the NFT will also have to face these sanctions³⁴.

V. CONCLUSION

Although the legislation, especially the intellectual property legislation, has undergone certain changes by following the technological developments (for example, the inclusion of computer programs in the scope of CIAW, inclusion of sharing over the internet within the scope of financial rights), it cannot offer a solution to the rapidly developing crypto technology³⁵. This is true not only for Turkish law, but also for the laws of other countries³⁶. NFTs are a new addition to the cryptocurrency universe and an issue that attract serious attention over the past few years. However, considering that a significant amount of investment was made in a short time and some NFTs were sold for millions of dollars, there is no doubt that this issue should be examined from a legal perspective. In particular, until a concrete regulation regarding NFTs is made, it is compulsory that violations committed through NFT can be prevented as much as possible within the framework of the current regulations.



NFT'yi üçüncü kişilerin devralması veya bizat üçüncü kişiler adına eser sahibi tarafından yapılması halinde dahi, hakkı ihlal edenlerin bu ihlali dava edebilmelerine imkân sağlanmalıdır. Bu durumda NFT'yi devralan kişinin de bu yaptırımlara katlanması gerekecektir³⁴.

V. SONUÇ

Mevzuat ve özellikle fikri mülkiyet mevzuatı, yaşanan teknolojik gelişmeleri takip ederek belirli değışimler geçirse de (örneğin bilgisayar programlarının FSEK kapsamına alınması, internet üzerinden paylaşımın mali haklar kapsamına alınması gibi), halihazırda hızla gelişen kripto teknolojiye bir çözüm sunmamaktadır³⁵. Bu durum sadece Türk hukuku için değil, diğer ülke hukukları açısından da geçerlidir³⁶. Zira NFT'ler, kripto para birimi evrenine yeni eklenen ve son birkaç yılda ciddi dikkat çeken bir meseledir. Ancak kısa zamanda ciddi miktarda yatırım yapıldığı, bazı NFT'lerin milyonlarca dolara satıldığı göz önünde bulundurulduğunda bu meselelerin hukuki açıdan incelenmesi gerektiği kuşkusuzdur. Özellikle NFT'lere ilişkin somut bir düzenleme yapılmaya kadar, mevzuattaki düzenlemeler çerçevesinde NFT yoluyla gerçekleştirilen ihlallerin mümkün olduğunca engellenebilmesi zaruridir.

FOOTNOTE

³² Bilgili/ Cengil, p. 299; Canan Küçükali, p. 572.

³³ Chandrakar, p. 446-447.

³⁴ Indeed the rights of recourse arising from the provisions of the contract between the parties (transfer or work) and the general provisions in the legislation are reserved.

³⁵ Tevetoğlu, p. 321.

³⁶ Fairfield, p. 1267.

DİPNOT

³² Bilgili/ Cengil, s. 299; Canan Küçükali, s. 572.

³³ Chandrakar, s. 446-447.

³⁴ Elbette taraflar arasındaki (devir veya eser) sözleşme hükümleri ile mevzuattaki genel hükümlerden doğan rücu hakları saklıdır.

³⁵ Tevetoğlu, s. 321.

³⁶ Fairfield, s. 1267.

PART 2

ALTHOUGH THE STUDIES MOSTLY FOCUS ON THE COPYRIGHTS ON THE COPYRIGHTS ON NFT, IT IS POSSIBLE TO VIOLATE THE COPYRIGHTS OF THE AUTHORS OR THE PICTURE/ PORTRAIT RIGHTS OF THE PEOPLE BY USING THE NFT FORMAT.

Although the studies mostly focus on the copyrights on NFT, it is possible to violate the copyrights of the authors or the picture/ portrait rights of the people by using the NFT format. As a matter of fact, disputes related to this have started to come before the courts. It should be noted that although it is not expressly stated in the legislation, the conversion of a work to NFT format is also a right of the owner, and NFT formats created without permission/license constitute a violation of the financial rights of the owner. In addition, transferring pictures and portraits of people to NFT format is considered as a violation of rights under article 86 of the CIAW and article 24 of the TCC.

It is also an important issue who will be responsible in case of violation of rights through NFT. Due to the general nature of NFT and the fact that it is mostly used as an investment tool, it should be accepted that the NFT buyer as well as the NFT producer is responsible for the infringement. Although it is not possible to prevent the transfer of NFT or prevent its access from abroad in terms of Turkish law; at the very least, it is possible to prevent access from Turkey and to demand material and moral compensation against violators.

Yapılan çalışmalar çoğunlukla NFT üzerindeki telif haklarına yoğunlaşsa da, aslında NFT formatı kullanılarak eser sahiplerinin telif haklarının veya kişilerin resim/ portre haklarının ihlal edilmesi mümkündür. Nitekim buna ilişkin uyuşmazlıklar mahkemeler önüne gelmeye başlamıştır. Belirtmek gerekir ki mevzuatta açık bir şekilde ifade edilmese de bir eserin NFT formatına çevrilmesi de yine eser sahibinin uhdesindeki bir hak olup izin/ lisans alınmadan oluşturulan NFT formatları, söz konusu eser sahibinin mali haklarını ihlal teşkil eder. Yanı sıra kişilerin resim ve portrelerinin NFT formatına aktarılması da FSEK madde 86 ve TMK madde 24 kapsamında hak ihlali olarak kabul edilmektedir.

NFT yoluyla hak ihlali durumunda kimlerin sorumlu olacağı da önemli bir konudur. NFT'nin genel niteliği ve çoğunlukla bir yatırım aracı olarak kullanılması dolayısıyla NFT yapımcısının yanı sıra NFT alıcısının da hak ihlalinden sorumlu olduğu kabul edilmelidir. Her ne kadar Türk hukuku açısından NFT'nin devrini önlemek veya yurtdışından erişimini engellemek mümkün değil ise de; en azından Türkiye'den erişimin engellenmesi ve ihlal edenler aleyhine maddi ve manevi tazminat talebi yöneltilmesi mümkündür.



YAPILAN ÇALIŞMALAR ÇOĞUNLUKLA NFT ÜZERİNDEKİ TELİF HAKLARINA YOĞUNLAŞSA DA, ASLINDA NFT FORMATI KULLANILARAK ESER SAHİPLERİNİN TELİF HAKLARININ VEYA KİŞİLERİN RESİM/ PORTRE HAKLARININ İHLAL EDİLMESİ MÜMKÜNDÜR.

BIBLIOGRAPHY

CANAN KÜÇÜKALİ, "Telif Koruması Anlamında (Takas Edilemez Jeton) NFT'ler", Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı, ed. Şerafettin Ekiçi/ Ekrem Solak/ Muhammed Emre Avşar, Ankara 2022.

FATİH BİLGİLİ/ M. FATİH CENGİL, Blockchain ve Kripto Para Hukuku, Bursa 2022.

JOSHUA A. T. FAIRFIELD, "Tokenized: The Law of Non-Fungible Tokens and Unique Digital Property", Indiana Law Journal, Vol. 97, Is. 4, Spring 2022.

K. PARIKSHITH ARVINDAN, "Non-Fungible Tokens - An Overlap between Blockchain Technology and Intellectual Property Rights", Jus Corpus Law Journal, Vol. 1, Is. 4, June-August 2021.

KIM SOYEON, "Fractional Ownership, Democratization, and Bubble Formation - The Impact of Blockchain Enabled Asset Tokenization", Americas Conference on Information Systems, 2020.

LAWRENCE J. TRAUTMAN, "Virtual Art and Non-Fungible Tokens", Hofstra Law Review, Vol. 50, Is. 2, Winter 2022.

MARK CONRAD, "Non-Fungible Tokens, Sports, and Intellectual Property Law Issues: A Case Study Applying Copyright, Trademark, and Right of Publicity Law to a Non-Traditional Ownership Vehicle", Journal of Legal Aspects of Sport, Is. 32, 2022.

MARK CUBAN, "Non-fungible Token", <https://www.britannica.com/topic/non-fungible-token> (Access date, 25.10.2022).

METE TEVETOĞLU, Hukuki Yönleriyle Kripto Varlıklar ve Kripto Varlıkların İlk Arzı (Initial Coin Offering), İstanbul 2021.

PRIYAL CHANDRAKAR, "Non-Fungible Tokens (NFT): Legal Provisions", International Journal of Law Management & Humanities, Is. 5, 2022.

ROEE SAREL, "Property Rights in Cryptocurrencies: A Law and Economics Perspective", North Carolina Journal of Law & Technology, Vol. 22, Is. 3, April 2021.

SEMİH SIRRI ÖZDEMİR, "Sanat Eserlerinin Menkul Kıymetleştirilmesinde Bir Araç Olarak Gayri Misli Sanal Jetonlar (NFT) ve Sahiplerine Sağladıkları Fikri Hakların Değerlendirilmesi", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Vol. 37, Is. 3, 2021.

YASHIKA NAGPAL, "Non-Fungible Tokens (NFTs): The Future of Digital Collectibles", International Journal of Law Management & Humanities, Is. 4, 2021.

KAYNAKÇA

CANAN KÜÇÜKALİ, "Telif Koruması Anlamında (Takas Edilemez Jeton) NFT'ler", Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı, ed. Şerafettin Ekiçi/ Ekrem Solak/ Muhammed Emre Avşar, Ankara 2022.

FATİH BİLGİLİ/ M. FATİH CENGİL, Blockchain ve Kripto Para Hukuku, Bursa 2022.

JOSHUA A. T. FAIRFIELD, "Tokenized: The Law of Non-Fungible Tokens and Unique Digital Property", Indiana Law Journal, C. 97, S. 4, İlkbahar 2022.

K. PARIKSHITH ARVINDAN, "Non-Fungible Tokens - An Overlap between Blockchain Technology and Intellectual Property Rights", Jus Corpus Law Journal, C. 1, S. 4, Haziran-Ağustos 2021.

KIM SOYEON, "Fractional Ownership, Democratization, and Bubble Formation - The Impact of Blockchain Enabled Asset Tokenization", Americas Conference on Information Systems, 2020.

LAWRENCE J. TRAUTMAN, "Virtual Art and Non-Fungible Tokens", Hofstra Law Review, C. 50, S. 2, Kiş 2022.

MARK CONRAD, "Non-Fungible Tokens, Sports, and Intellectual Property Law Issues: A Case Study Applying Copyright, Trademark, and Right of Publicity Law to a Non-Traditional Ownership Vehicle", Journal of Legal Aspects of Sport, S. 32, 2022.

MARK CUBAN, "Non-fungible Token", <https://www.britannica.com/topic/non-fungible-token> (Erişim tarihi, 25.10.2022).

METE TEVETOĞLU, Hukuki Yönleriyle Kripto Varlıklar ve Kripto Varlıkların İlk Arzı (Initial Coin Offering), İstanbul 2021.

PRIYAL CHANDRAKAR, "Non-Fungible Tokens (NFT): Legal Provisions", International Journal of Law Management & Humanities, S. 5, 2022.

ROEE SAREL, "Property Rights in Cryptocurrencies: A Law and Economics Perspective", North Carolina Journal of Law & Technology, C. 22, S. 3, Nisan 2021.

SEMİH SIRRI ÖZDEMİR, "Sanat Eserlerinin Menkul Kıymetleştirilmesinde Bir Araç Olarak Gayri Misli Sanal Jetonlar (NFT) ve Sahiplerine Sağladıkları Fikri Hakların Değerlendirilmesi", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 37, S. 3, 2021.

YASHIKA NAGPAL, "Non-Fungible Tokens (NFTs): The Future of Digital Collectibles", International Journal of Law Management & Humanities, S. 4, 2021.

PSEG GLOBAL V. TURKEY ICSID REVIEW OF JUDGMENT

PSEG GLOBAL V. TURKEY ICSID KARAR İNCELEMESİ

--

HARUN ABAZ

ABSTRACT

In the 1980s, based on Turkey's increasing energy demand, the liberalization of the energy sector and the decision to take the initiative in the participation of foreign investors, a number of laws were enacted allowing private companies to establish energy facilities and sell energy to the state. In this context, many incentives were given, including the treasury-guaranteed energy sale and the build-operate-transfer model. In this study, based on these steps taken by Turkey in the liberalization process, the lawsuit filed against the host country Turkey by PSEG Konya Ilgın, which aims to invest in Turkey, will be examined.

ÖZET

1980'li yıllarda Türkiye'nin giderek artan enerji talebine istinaden, enerji sektörünün liberalleşmesi ve yabancı yatırımcıların katılımı hususunda inisiyatif alınmasına karar verilmesine istinaden, Türkiye'de özel şirketlerin enerji tesisleri kurmasına ve devlete enerji satmasına izin veren birtakım kanunlar yürürlüğe girmiştir. Bu kapsamda hazine garantili enerji satışı ve yap işlet devret modeli de dahil olmak üzere birçok teşvikler verilmiştir. Bu çalışmada, Türkiye'nin liberalleşme sürecinde attığı bu adımlara binaen Türkiye'de yatırım yapmayı amaçlayan PSEG Konya Ilgın'ın ev sahibi ülke Türkiye aleyhine açtığı ve Türkiye'nin aleyhine sonuçlanan bu dava incelenecektir.



KEYWORDS

ICSID, INVESTMENT ARBITRATION, FAIR AND EQUITABLE TREATMENT OBLIGATION, INDIRECT EXPROPRIATION, ARBITRARINESS AND DISCRIMINATION.



ANAHTAR KELİMELER

ICSID, YATIRIM TAHKİMİ, ADİL VE EŞİT DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ, DOLAYLI EL KOYMA, KEYFİYET VE AYRIMCILIK.

PART 3

In this study, based on these steps taken by Turkey in the liberalization process, the lawsuit filed against the host country Turkey by PSEG Konya Ilgın, which aims to invest in Turkey, will be examined.

Bu çalışmada, Türkiye'nin liberalleşme sürecinde attığı bu adımlara binaen Türkiye'de yatırım yapmayı amaçlayan PSEG Konya Ilgın'ın ev sahibi ülke Türkiye aleyhine açtığı ve Türkiye'nin aleyhine sonuçlanan bu dava incelenecektir.

I. INTRODUCTION

In the case subject to the decision, claimants are the USA-based PSEG Global, the USA-based North American Coal Corporation and Konya Ilgın Electricity Generation and Commerce Limited Company established by PSEG Global, while respondent is the State of the Republic of Turkey.

Claimant investor started negotiations with the Ministry of Energy and Natural Resources in April 1994 for the construction and operation of Konya Ilgın Power Plant with the build-operate-transfer model ("BOT"). PSEG/ Ilgın Elektrik initiative has prepared a feasibility report regarding the project. Pursuant to this report, it is anticipated that the average tariff will be 4.98 cents/kWh and the producing power will be 425 MW. The report was approved in November 1995 in accordance with Laws no. 3096 and 3996 in force at that time. In August 1996, an implementation agreement for the Konya Ilgın Power Plant project was reached after negotiations between investors began in December 1995. This agreement contains some technical details about the project and also stipulates some additional agreements such as Energy Sale Agreement, Fund Agreement and Treasury Guarantee should be made in order to carry out the project. Following this

I. GİRİŞ

Karara konu olayda davacı taraflar Amerika merkezli PSEG Global, Amerika merkezli North American Coal Corporation ve PSEG Global tarafından kurulan Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi iken davalı taraf ise Türkiye Cumhuriyeti Devleti'dir.

Davacı yatırımcı, Konya Ilgın Elektrik Santrali'nin yap işlet devret modeli ("YİD") ile yapılıp işletilmesi için 1994 yılının Nisan ayında Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile görüşmelere başlamıştır. PSEG/ Ilgın Elektrik girişimi projeye ilişkin bir fizibilite raporu hazırlamıştır. Bu rapor uyarınca, ortalama tarifenin 4,98 cent/ kWh ve üretim gücünün 425 MW olacağı öngörülmüştür. Rapor, o tarihlerde yürürlükte olan 3096 ve 3996 sayılı Kanunlara uygun olarak 1995 yılının Kasım ayında onaylanmıştır. Girişim, 1995 Aralık ayında, Konya Ilgın Elektrik Santrali projesinin uygulanması için görüşmeler başlamış ve Ağustos 1996'da bir uygulama anlaşması imzalanmıştır. Bu anlaşma projeye ilgili bazı teknik detayları içermektedir ve ayrıca projenin yürütülmesi için ek olarak Enerji Satım Anlaşması, Fon Anlaşması ve Hazine Garantisi gibi bazı ek anlaşmaların da yapılması gerektiğini öngörmektedir. Bu sürecin akabinde, Anayasa Mahkemesi'nin 26.03.1997 tarih ve E. 1996/64, K. 1997/40 sayılı kararıyla 3996



process, with the decision of the Constitutional Court dated 26.03.1997 and numbered E. 1996/64, K. 1997/40, the relevant provisions of the law numbered 3996 were annulled since these projects were public services and were subject to administrative law, not private law, therefore these projects had to be approved by the Council of State. Following these developments, the investor applied to the Council of State for the purpose of examining the implementation agreement and received approval as a concession agreement from the Council of State in March 1998. Although the Council of State removed the ICSID arbitration clause from the contract while giving its approval, PSEG Global continued to inform the Ministry that it reserves its right to apply to arbitration. The Council of State also stated that the investor should prepare a revised mine study and the Ministry can only reject the revised tariff with a reasonable justification if the revised work is more costly than the first. The Ministry and the investor could not reach an agreement on the concession agreement and the revised proposal, especially on the Energy Sale Agreement and Fund Agreement, for a long time.

Although the investor applied to the Ministry to be subject to the provisions of private law with the law numbered 4501 enacted

sayılı kanunun ilgili hükümlerini, bu projelerin kamu hizmeti olması ve özel hukuka değil idare hukukuna tabi olması gerekçesiyle iptal etmiştir ve bu projelerin Danıştay onayından geçmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu gelişmelerin akabinde yatırımcı, uygulama anlaşmasının incelenmesi amacıyla Danıştay'a başvurarak 1998 yılının Mart ayında Danıştay'dan imtiyaz sözleşmesi olarak onay almıştır. Danıştay onay verirken sözleşmeden ICSID tahkim klotunu çıkarmışsa da, PSEG Global Bakanlığa tahkim hakkını saklı tuttuğunu bildirmeye devam etmiştir. Danıştay ayrıca yatırımcıya revize edilmiş maden çalışması hazırlaması gerektiğini belirtmiş ve revize edilen çalışmanın ilkinden daha masraflı olması halinde Bakanlığın revize edilmiş tarifeyi ancak makul gerekçeyle reddedebileceğini belirtmiştir. Bakanlık ile yatırımcı, uzun süre boyunca imtiyaz sözleşmesi ve revize teklif üzerinde özellikle de Enerji Satım Anlaşması ve Fon Anlaşması'nın üzerinde mutabakat sağlayamamışlardır.

Yatırımcı, 22 Ocak 2000 tarihinde çıkarılan 4501 sayılı "Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyuşması Gereken İlkeler Dair Kanun" ile özel hukuk hükümlerine tabi olmak için Bakanlık nezdinde müracaatta bulunmuş ise de Bakanlık bu başvurunun Bakanlar Kurulu

PART 3

on January 22, 2000, the Ministry requested some changes in the contract in order to send this application to the Council of Ministers. These changes could not be agreed upon, and there was no result in the form of approval or rejection by the Ministry.

For the realization of the project, it is necessary to conclude a long-term energy sales agreement with TEAŞ. However, with the law numbered 4628 enacted in March 2001, the project has become impossible since the making of these agreements was limited to a period of one year. In addition, the Electricity Energy Fund was liquidated in accordance with the Law No. 4684 enacted in June 2001, and after all these developments, Claimant initiated the arbitration process in ICSID.

II. ASSESSMENTS OF THE TRIBUNAL AND FAIR AND EQUITABLE TREATMENT

Claimant claims that second article and third paragraph of the Treaty Between the United States of America and The Republic of Turkey Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments ("BIT") has been violated. According to the article, "Investments shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in a manner consistent with international law." In line with similar decisions, claimant claims that Turkey violated its obligation with an unfair, arbitrary and harmful attitude and investing in Turkey is like a "Roller Coaster Ride" since the investment conditions are at the zenith one day and at the bottom the next, there is an unstable environment in investment, transactions are not transparent and impartial and the sanctions are made in bad faith. On the other hand, the respondent Turkey states that the BITs should not be made according to the investor, but the investor should comply with these agreements, the obligation to act in a fair and equitable manner can be interpreted differently in each concrete case and it should be applied flexibly.

Claimant underlines that its justified expectation arising from the state guarantee was also ignored. Claimant also argued that the approved feasibility reports, additional contracts, treasury guarantee, energy sale and fund agreement and letters of guarantee constituted a justified expectation for them.

lu'na gönderilmesi için sözleşmede birtakım değişiklikler yapılmasını istemiştir. Bu değişiklikler üzerinde anlaşılammış, Bakanlık tarafından onay ya da ret şeklinde bir sonuç çıkmamıştır.

Projenin gerçekleşmesi için TEAŞ ile uzun zamanlı enerji satış anlaşması yapılması gerekmektedir. Ancak Mart 2001'de çıkan 4628 Sayılı kanun ile bu anlaşmaların yapılması 1 yıllık süre ile sınırlandırıldığından artık proje imkânsız hale gelmiştir. Buna ek olarak Haziran 2001'de çıkarılan 4684 Sayılı kanun uyarınca Elektrik Enerjisi Fonu tasfiye edilmiş olup tüm bu gelişmelerin akabinde, davacı ICSID nezdinde tahkim sürecini başlatmıştır.

II. HAKEM HEYETİNİN DEĞERLENDİRMELERİ VE ADİL VE EŞİT DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Davacı, Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Birleşik Devletleri arasında yapılan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Dair Anlaşma'nın ("ITY") 2. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edildiğini iddia etmektedir. Belirtilen maddeye göre; "Yatırımlar, milletlerarası hukukla ahenk sağlanarak, her zaman eşit ve hakkaniyete uygun muameleye tabi tutulacak, korunacak ve güvenlikten yararlanacaklardır". Davacı, benzer kararlar doğrultusunda Türkiye'nin haksız, keyfi ve zararlı bir tutumla bu yükümlülüğünü ihlal ettiğini, Türkiye'de yatırım yapmayı "Roller Coaster" benzetmesiyle anlatarak bir gün yatırım koşullarının en tepede, diğer gün en altta olduğunu, yatırımda istikrarsız ortamın var olduğunu, işlemlerin şeffaf ve tarafsız olmadığını ve yaptırımların kötü niyetle yapıldığını iddia etmektedir. Öte yandan davalı Türkiye, İTY'lerin yatırımcıya değil, yatırımcının bu anlaşmalara uyum sağlaması gerektiğini, adil ve hakkaniyete uygun davranma yükümlülüğünün her somut olayda farklı yorumlanabilecek olduğunu ve esnek şekilde uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

Davacı, devlet garantisinden kaynaklanan haklı beklentisinin de göz ardı edildiğinin altını çizmektedir. Ayrıca onaylanan fizibilite raporlarının, ek sözleşmelerin, hazine garantisinin, enerji satışı ve fon anlaşmasının ve teminat mektuplarının kendilerinde haklı bir beklenti oluşturduğunu ileri sürmüştür. Buna karşılık Davalı Türkiye, hazine garantisini veya ek sözleşmelerin üzerinde herhangi bir uzlaş-

The defendant Turkey, on the other hand, retorted that they had stated that the treasury guarantee or additional contracts were not violated because there was no agreement on them, and that the parties' agreement did not ensure that these negotiations would be successful; rather, it only ensured that they would be possible.

The arbitral tribunal decided the following regarding the obligation to act fairly and equitably in view of all these allegations and defenses:

Regarding the obligation to act fairly and equitably, its standard is not as precise as desired, as the role played by fair and equitable behavior varies from case to case. Nonetheless, this standard clearly allows justice to be achieved even where there are no traditional violations of international law standards. The role it plays gives the concept of the standard of fair and equitable treatment a distinctive position that is separate and distinct from, but closely related to the positions of all other standards, thus ensuring that the protection afforded to the investment is fully secured.

The arbitral tribunal believed in the good faith of the respondent, but drew attention to many points regarding the negligent behavior of the government during the negotiations with the claimant, and came across to examples of violations of its obligations to act fairly and equitably. The tribunal has also evaluated the continuous changes in the legal status of the project in accordance with the newly enacted laws within the scope of the obligation to act in a fair and equitable manner.

The arbitral tribunal also underlined that although it is normal to make legislative changes in a country, not all of the conditions affecting the investment decision of the investor can be changed against the investor.

III. CLAIMANT'S REQUESTS ACCEPTED BY THE ARBITRAL TRIBUNAL

As explained in detail above, the arbitral tribunal essentially recognised the claimant's claims on the breach of respondent's obligation to act fairly and equitably, thus decided accordingly. According to this de-

ma olmamasından dolayı ihlal edilmediğini, taraflar arasındaki sözleşmede bu görüşmelerin başarıyla sonuçlanacağını garanti edilmediğini, yalnızca bu görüşmelerin yapılmasının mümkün olacağını belirttikleri yönünde cevap vermiştir.

Tüm bu iddia ve savunmalar ışığında hakem heyeti, adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğüne ilişkin olarak şu tespitleri yapmıştır:

Adil ve hakkaniyetli davranışın oynadığı rol davadan davaya değiştiği için, standardı arzu edildiği ölçüde kesin değildir. Yine de bu standart milletlerarası hukuk standartlarının geleneksel ihlallerinin mevcut olmadığı hallerde de adalete ulaşılmasına açıkça imkân verir. Oynadığı bu rol, adil ve hakkaniyetli muamele standardı kavramına, diğer tüm standartların konularından ayrı ve farklı olmakla birlikte bunlarla yakın ilişki içinde de olan, böylelikle yatırıma sağlanan korumanın bütünüyle güvence altında olmasını sağlayan, kendine mahsus bir konum kazandırmaktadır.

Hakem heyeti davalı yanın iyi niyetin varlığına inanmış, ancak hükümetin davacı ile yaptığı pazarlıklar sırasında ihmalkâr davranışlarına ilişkin birçok noktaya dikkat çekerek adil ve hakkaniyete uygun davranma yükümlülüklerinin ihlal örneğine rastlamıştır. Projenin hukuki statüsünün yeni çıkan kanunlar uyarınca devamlı olarak değişmesini de adil ve hakkaniyete uygun davranma yükümlülüğü kapsamında değerlendirmiştir.

Hakem heyeti ayrıca her ne kadar bir ülkede yasa değişiklikleri yapılmasının normal olsa da yatırımcının yatırım kararını etkileyen şartların tamamının yatırımcı aleyhine değiştirilemeyeceğinin altını çizmiştir.

III. DAVACININ HAKEM HEYETİ TARAFINDAN KABUL EDİLEN TALEPLERİ

Yukarıda detaylı şekilde açıklandığı üzere, hakem heyeti esasen davacının, davalının adil ve eşit davranma yükümlülüğü ihlali iddialarını haklı bularak hüküm tesis etmiştir. Bu hükme göre hakem heyeti, bilirkşi raporunu

PART 3

cision, the arbitral tribunal, based on the expert report, considering the costs incurred for financing, permits, company structure, preparation of drafts and negotiations, and implementation preparations, awarded US\$ 9,061,479.34 compensation. Moreover, the arbitral tribunal awarded respondent to pay annual interest at the rate of LIBOR+2 average of six months and 35% of the arbitration costs are covered by claimant and 65% by respondent Turkey¹.

IV. CLAIMANT'S DISMISSED REQUESTS

On the other hand, the arbitral tribunal dismissed claims on full protection and security, arbitrariness and discrimination, indirect expropriation and breach of other obligations related to investment. The full protection and security obligation is based on the third paragraph of the second article of the BIT. Claimant has developed two different arguments in this regard. Firstly, as identified in CME case, would it include the adverse effects of changes in the law or administrative actions on the investment. Secondly, as in the OEPD decision, violating the principle of fair and equitable treatment will automatically lead to a violation of the principle of full protection and security. The arbitral tribunal noted that this obligation has changed over time in the context of the physical safety of people and facilities, and can only be broadly evaluated in exceptional circumstances.

esas olarak; finansman, izinler, şirket yapısı, tasarımların ve görüşmelerin hazırlanması ve uygulama hazırlıkları için yapılan masrafları göz önünde bulundurarak 9.061.479,34 Amerikan Doları tazminata hükmetmiştir. Ayrıca, davalının altı aylık LIBOR+2 ortalaması oranında yıllık faiz ödemesine ve tahkim masraflarının %35'nin davacılar, %65'nin ise davalı Türkiye tarafından karşılanmasına karar verilmiştir¹.

IV. DAVACININ HAKEM HEYETİ TARAFINDAN KABUL EDİLMEYEN İDDIALARI

Öte yandan hakem heyeti, davacının tam koruma ve güvenlik, keyfiyet ve ayrımcılık, dolaylı el koyma ve yatırıma ilişkin diğer yükümlülüklerin ihlali iddialarını düşürmüştür. Tam koruma ve güvenlik yükümlülüğü, İTY 2. maddesinin 3. fıkrasına dayanmaktadır. Davacı bu bakımdan iki farklı argüman geliştirmiştir. İlki; CME davasında olduğu gibi, tam koruma ve güvenliğin, yasa değişikliklerinin yan etkilerini veya hükümetin yatırıma ilişkin aldığı aksiyonları da içine aldığıdır. İkinci argüman ise, OEPD kararında olduğu gibi, adil ve hakkaniyete uygun davranma ilkesinin ihlal edilmesinin otomatik olarak tam koruma ve güvenlik ilkesinin de ihlaline yol açacağıdır. Hakem heyeti, bu yükümlülüğün zaman içerisinde insanların ve tesislerin fiziksel güvenliği bağlamında değiştiğini, yalnızca bazı istisnai hallerde geniş bir çerçevede değerlendirilebileceğini belirtmiştir.

Claimant bases its claim of arbitrariness and discrimination on the third paragraph of the second article of the BIT. Aforementioned article provided for protection against arbitrary and discriminatory measures that impaired the management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion or disposal of the investment. According to the claimants, this arose in the present case, especially with the refusal of ministerial approval and contractual rights and the refusal to reinstate such rights following the Constitutional Court's decision. The arbitral tribunal, on the other hand, decided that this situation was a violation of the obligations to act in a fair and equitable manner and that it was not necessary to open a separate chapter in terms of arbitrariness and discrimination.

The claim of breach of the other obligations regarding the investment is based on the umbrella clause in the BIT. Umbrella clauses in investment agreements usually guarantee the fulfillment of all obligations undertaken by the host state in favor of investors willing to invest in that country. The arbitral tribunal did not find it necessary to decide whether there was a breach of the umbrella clause, as it could not find any evidence of breach of any contractual obligation².

Tribunal decided that for indirect expropriation to take place, there had to be some form of deprivation of the investor in the control of the investment, the management of day-to-day operations of the company, interfering in the administration, impeding the distribution of dividends, interfering in the appointment of officials and managers, or depriving the company of its property or control in total or in part. However, the arbitral tribunal determined that even though the Turkish Government handled the pertinent issues incorrectly, this did not constitute indirect expropriation.

V. APPRECIATIONS

One of the important aspects of the case is that it is the first investment arbitration decision to which Turkey is a party³. The evaluations of the arbitral tribunal also have striking aspects. Namely;

Mihaly v. Sri Lanka case, the arbitral tribunal decided that the expenses incurred by the investor could not be claimed from the state, since the exchange of letters between

Davacı, keyfiyet ve ayrımcılık iddiasını İTY'nin 2. maddesinin 3. fıkrasına dayandırmaktadır. Anılan madde; yatırımın yönetimini, işletilmesini, bakımını, kullanımını, yararlanılmasını, edinilmesini, genişletilmesini veya elden çıkarılmasını engelleyen keyfi ve ayrımcı önlemlere karşı koruma sağlar. Davacılar bu durum, mevcut davada, özellikle bakanlık onayının ve sözleşme kapsamındaki hakların reddedilmesi ve Anayasa Mahkemesi kararının ardından bu tür hakların iade edilmesinin reddedilmesi ile ortaya çıkmıştır. Hakem heyeti ise bu durumun adil ve hakkaniyete uygun davranma yükümlülüklerinin ihlali olduğunu ve keyfilik ve ayrımcılık bakımından ayrıca bir başlık açılmasının gerekli olmadığı yönünde karar vermiştir.

Davacının yatırıma ilişkin diğer yükümlülüklerinin ihlali iddiası, İTY'deki şemsiye klozuna (umbrella clause) dayanmaktadır. Yatırım anlaşmalarındaki şemsiye klozları genellikle, ev sahibi devlet tarafından o ülkeye yatırım yapmaya istekli yatırımcılar lehine üstlenilen tüm yükümlülüklerin yerine getirilmesini garanti eder². Hakem heyeti, sözleşmeye ilişkin herhangi bir yükümlülüğün ihlaline dair kanıt bulamadığı için şemsiye klozu ihlalinin olup olmadığı konusunda karar vermeye gerek görmemiştir.

Davacının dolaylı el koyma iddiasına ilişkin hakem heyeti, dolaylı el koymanın olması için, yatırımın kontrolünde yatırımcının bir çeşit yoksunluğu, şirketin günlük operasyonlarının yönetimi, yönetime ilişkin müdahaleler, kar dağıtımının engellenmesi, yöneticilerin ve direktörlerin atanmasına müdahalelerin olması gerektiğini belirtmiştir. Hakem heyeti ise, Türk Hükümeti'nin konuya ilişkin meseleleri ele alış biçiminde yanlışlıklar olsa da bunların dolaylı el koyma niteliğinde olmadığına karar vermiştir.

V. DEĞERLENDİRMELER

PSEG Global v. Türkiye davasının önemli yanlarından biri, Türkiye'nin taraf olduğu ilk yatırım tahkim kararı olmasıdır³. Hakem heyetinin değerlendirmelerinin de çarpıcı yanları bulunmaktadır. Şöyle ki;

Mihaly v. Sri Lanka davasında hakem heyeti yatırım sözleşmesi öncesinde taraflar arasında sözleşme öncesi safhada gerçekleşen ve ileride akdedilecek olan yatırım sözleşme-

FOOTNOTE

1 H. Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler (2007-2016), İstanbul 2017, s.17.

2 İlyas Gölcüklü, "Umbrella Clauses in the ICSID Arbitration", Public and Private International Law Bulletin, Cilt: 37, Sayı: 2, s. 356.

3 Süleyman Dost, "Adil ve Hakkaniyetli Davranış Yükümlülüğü Bağlamında PSEG/Konya İlgili Elektrik-Türkiye Tahkim Kararı (ICSID)", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 81, Sayı 3, s. 1072.



DİPNOT

1 H. Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler (2007-2016), İstanbul 2017, s.17.

2 İlyas Gölcüklü, "Umbrella Clauses in the ICSID Arbitration", Public and Private International Law Bulletin, Cilt: 37, Sayı: 2, s. 356.

3 Süleyman Dost, "Adil ve Hakkaniyetli Davranış Yükümlülüğü Bağlamında PSEG/Konya İlgili Elektrik-Türkiye Tahkim Kararı (ICSID)", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 81, Sayı 3, s. 1072.

PART 3

THE INTERPRETATION AND CHARACTERIZATION OF THE LEGAL RELATIONSHIP BETWEEN THE PARTIES HAS VITAL IMPORTANCE IN TERMS OF THE CONCLUSIONS AND THE DECISIONS TAKEN BY THE ARBITRAL TRIBUNAL.

the parties at the pre-contractual stage before the investment contract, in which the investment contract to be concluded in the future was discussed does not mean that the investment contract has been concluded. According to the arbitral tribunal, the negotiations ended without the conclusion of a binding contract and there is no obligation between the parties as no contract has been signed⁴. It is for this reason that respondent Turkey referred to this decision. The most striking part of the arbitral tribunal in PSEG v. Turkey case is that the ICSID arbitral tribunal concluded that the conditions in the PSEG Konya İlgin case were different from the Mihaly case. It has been argued by claimant that the concession agreement concluded between PSEG Global and the Ministry of Energy for the establishment of a power plant in Konya, which passed the examination of the Council of State, should be accepted as an investment in accordance with the BIT concluded between Turkey and the USA. The Ministry of Energy, on the other hand, argued that there was no investment on the grounds that the project was not carried out. Unlike the Mihaly case, the arbitral tribunal in the PSEG case decided that since the concession agreement was approved by the Council of State and signed by the parties, the parties were bound by the contract, and therefore the research and development expenses incurred after the contract was signed were within the scope of the invest-

ment. The arbitral tribunal in the PSEG case decided that since the concession agreement was approved by the Council of State and signed by the parties, the parties were bound by the contract, and therefore the research and development expenses incurred after the contract was signed were within the scope of the investment. The arbitral tribunal in the PSEG case decided that since the concession agreement was approved by the Council of State and signed by the parties, the parties were bound by the contract, and therefore the research and development expenses incurred after the contract was signed were within the scope of the investment. The arbitral tribunal in the PSEG case decided that since the concession agreement was approved by the Council of State and signed by the parties, the parties were bound by the contract, and therefore the research and development expenses incurred after the contract was signed were within the scope of the investment.



FOOTNOTE

⁴ Ali Osman Karaoğlu, Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, İstanbul 2019, s. 101.

VI. CONCLUSION

Considering the different decisions made by ICSID, the interpretation of the obligation to act in a fair and equitable manner is applied by considering the fairness in each case. The interpretation and characterization of the legal relationship between the parties has vital importance in terms of the conclusions and the decisions taken by the arbitral tribunal. So much so, as noted in an example given above, in *Mihaly v. Sri Lanka* case, the exchange of letters did not constitute an investment contract, whereas in the PSEG Global v. Turkey case although there was essentially no concrete investment, claimant had only prepared a feasibility report and the investment opportunity had been eliminated in accordance with the changing laws, the arbitral tribunal ruled for compensation due to the host state's failure to fulfill some of its obligations.

From my point of view, the decision of the ICSID arbitral tribunal regarding the violation of the obligation to act in a fair and equitable manner was appropriate when the material facts in the concrete dispute were taken into account.

VI. SONUÇ

ICSID tarafından verilen farklı kararlar göz önünde bulundurulduğunda, adil ve hakkaniyete uygun davranma yükümlülüğünün yorumlanması her olaya göre hakkaniyete göz önünde bulundurularak uygulanmaktadır. Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin yorumlanması ve nitelendirilme şekilleri, varılan sonuç ve hakem heyetinin aldığı kararlar bakımından hayati öneme sahiptir. Öyle ki, yukarıda verilen bir örnekte belirtildiği üzere *Mihaly v. Sri Lanka* davasında mektup teatisi yatırım sözleşmesinin yapıldığı anlamına gelmezken, *PSEG Global v. Turkey* davasında da esasen somut bir yatırım bulunmamasına, davacının yalnızca fizibilite raporu almış olmasına ve değişen kanunlar uyarınca yatırım imkanının da ortadan kalkmış olmasına rağmen hakem heyeti ev sahibi devletin birtakım yükümlülüklerini yerine getirmemesinden dolayı tazminata hükmetmiştir.

Kanaatimce, ICSID hakem heyetinin adil ve hakkaniyete uygun davranma yükümlülüğünün ihlali yönündeki kararı, somut uyuşmazlıktaki maddi vakıalar göz önünde bulundurulduğunda yerinde olmuştur.

TARAFLAR ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİNİN YORUMLANMASI VE NİTELENDİRİLME ŞEKİLLERİ, VARILAN SONUÇ VE HAKEM HEYETİNİN ALDIĞI KARARLAR BAKIMINDAN HAYATİ ÖNEME SAHIPTİR.

BIBLIOGRAPHY

İLYAS GÖLCÜKLÜ, "Umbrella Clauses in the ICSID Arbitration", Public and Private International Law Bulletin, C. 37, S. 2, 2017.

SÜLEYMAN DOST, "Adil ve Hakkaniyetli Davranış Yükümlülüğü Bağlamında PSEG/Konya İlgin Elektrik-Türkiye Tahkim Kararı (ICSID)", İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, S. 3, 2007.

ALİ OSMAN KARAOĞLU, Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, 1.Baskı, İstanbul 2019.

H. ERCÜMENT ERDEM, Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler (2007-2016), 1. Baskı, İstanbul 2017.

KAYNAKÇA

İLYAS GÖLCÜKLÜ, "Umbrella Clauses in the ICSID Arbitration", Public and Private International Law Bulletin, C. 37, S. 2, 2017.

SÜLEYMAN DOST, "Adil ve Hakkaniyetli Davranış Yükümlülüğü Bağlamında PSEG/Konya İlgin Elektrik-Türkiye Tahkim Kararı (ICSID)", İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, S. 3, 2007.

ALİ OSMAN KARAOĞLU, Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, 1.Baskı, İstanbul 2019.

H. ERCÜMENT ERDEM, Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler (2007-2016), 1. Baskı, İstanbul 2017.

DİPNOT

⁴ Ali Osman Karaoğlu, Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, İstanbul 2019, s. 101.

CONSTITUTIONAL COURT DECISION EXAMINATION: FINGERPRINT REGISTRATION SYSTEM WITHIN THE SCOPE OF PROTECTION OF PERSONAL DATA AND RESPECT FOR PRIVATE LIFE

ANAYASA MAHKEMESİ KARAR
İNCELEMESİ: KİŞİSEL VERİLERİN
KORUNMASI VE ÖZEL HAYATA
SAYGI KAPSAMINDA PARMAK İZİ
KAYIT SİSTEMİ

ALEYNA VERDA ŞEREMENT

ABSTRACT

Protection of personal data is a concept that entered our legal system in 2010, and its scope has been expanded with the Law on the Protection of Personal Data, which entered into force in 2016. In this study, the Law on the Protection of Personal Data, the Principle of Private Life, Individual Application to the Constitutional Court, and the Labor Law are taken into consideration as a point where the personnel's shift monitoring using fingerprint recording is combined as part of the evaluation of the individual application to the Constitutional Court regarding the protection of personal data and the privacy of private life.

ÖZET

Kişisel verilerin korunması, hukuk sistemimize 2010 yılında giren bir kavram olup 2016 yılında yürürlüğe giren Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile kapsamı genişletilmiştir. Bu çalışmada Anayasa Mahkemesi'ne yapılan kişisel verilerin korunması ve özel hayatın gizliliğini konu alan bireysel başvurunun değerlendirilmesi çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Özel Hayatın Gizliliği İlkesi, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolları'nın İş Hukuku ile birleştiği nokta olarak personelin mesai takibinin parmak izi kayıt alınarak yapılmasına ilişkin incelemeler yer almaktadır.



KEYWORDS

PROTECTION OF PERSONAL
DATA, VIOLATION OF THE RIGHT
TO RESPECT FOR PRIVACY,
FINGERPRINT, WORKPLACE
TRACKING.



ANAHTAR KELİMELER

KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI,
ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKININ
İHLALİ, PARMAK İZİ, MESAI TAKİBİ.

PART 4

In this study, the Law on the Protection of Personal Data, the Principle of Private Life, Individual Application to the Constitutional Court, and the Labor Law are taken into consideration as a point where the personnel's shift monitoring using fingerprint recording is combined as part of the evaluation of the individual application to the Constitutional Court regarding the protection of personal data and the privacy of private life.

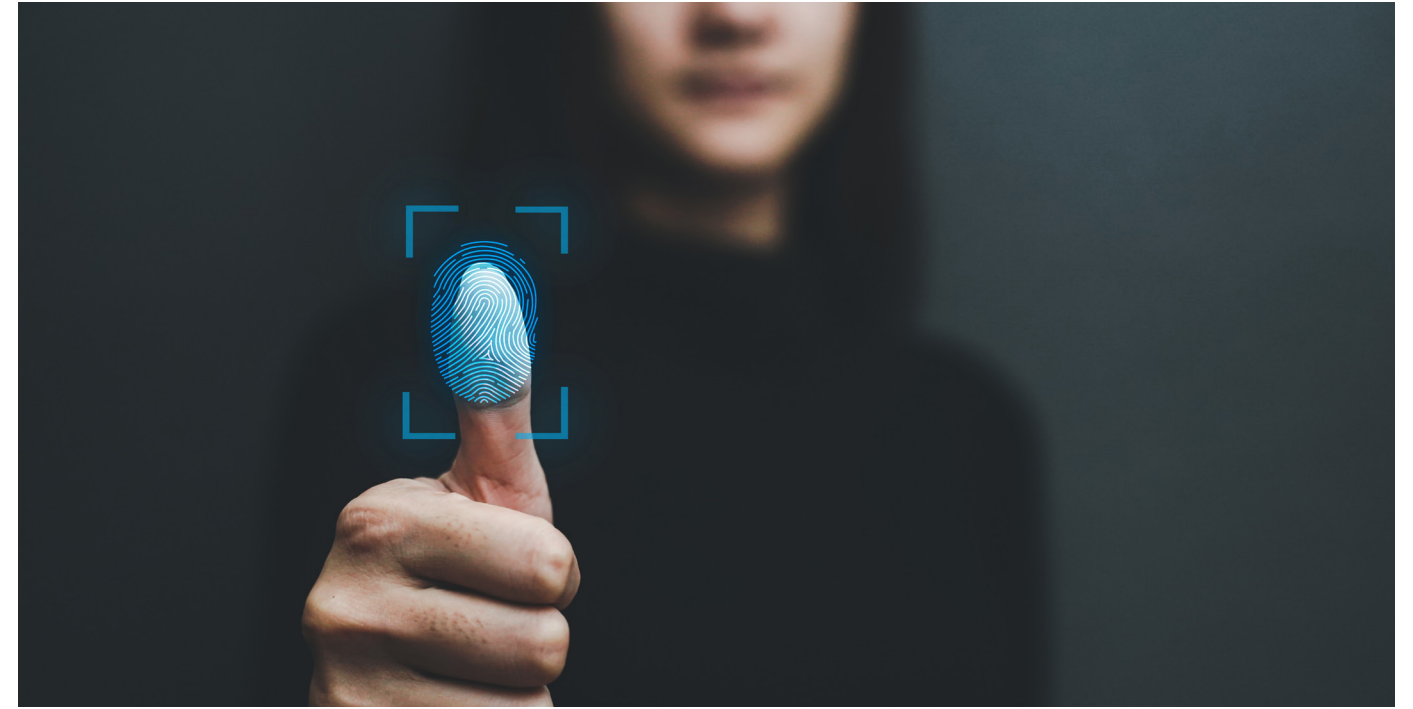
Bu çalışmada Anayasa Mahkemesi'ne yapılan kişisel verilerin korunması ve özel hayatın gizliliğini konu alan bireysel başvurunun değerlendirilmesi çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Özel Hayatın Gizliliği İlkesi, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolları'nın İş Hukuku ile birleştiği nokta olarak personelin mesai takibinin parmak izi kayıt alınarak yapılmasına ilişkin incelemeler yer almaktadır.

I. INTRODUCTION

In this study, the rights of the worker within the scope of Personal Data Protection Law, Private Life Principle and Labor Law will be examined within the scope of various sources and laws within the framework of the Individual Application Decision of the Constitutional Court dated 10.03.2022 and numbered 2018/11988. After examining the scope of the concept of personal data, the laws protecting this concept, the situations that require and not require explicit consent, the connection between the "fingerprint", which is a data related to the decision in question, and the examined issues will be detailed. Protection of Personal Data and Privacy of Private Life are institutions that support each other and will be examined under separate headings and evaluated together under the title of Protection of Personal Data under Labor Law. The aim of this study is to examine the effects, requirements and legality of the shift tracking made with fingerprints in terms of personnel and the institution that carries out the tracking. At the same time, the conditions for making an individual application to the Constitutional Court will be examined and the nature of the individual application opportunity will be examined. In this context, after the decision itself is examined, examples of the decisions of the Council of State regarding similar events will be given.

I. GİRİŞ

Bu çalışmada, 10.03.2022 tarih ve 2018/11988 numaralı AYM Bireysel Başvuru Kararı çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Özel Hayatın Gizliliği İlkesi ve İş Hukuku kapsamında işçinin hakları çeşitli kaynaklar ve kanunlar kapsamında incelenecektir. Kişisel veri kavramının kapsamı, bu kavramı koruyan kanunlar, açık rıza gerektiren ve gerektirmeyen haller incelendikten sonra söz konusu karara ilişkin bir veri olan "parmak izi" ile incelenen konular arasındaki bağlantı detaylandırılacaktır. Kişisel Verilerin Korunması ve Özel Hayatın Gizliliği birbirini destekleyen kurumlar olup ayrı başlıklar altında incelenecek ve İş Hukuku Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması başlığında birlikte değerlendirilecektir. Bu çalışmanın amacı, parmak izi ile yapılan mesai takibinin personel açısından ve takibi yapan kurum açısından etkileri, gereklilikleri ve hukuka uygunluğunun incelenmesidir. Aynı zamanda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapabilmek için belirlenen şartlar incelenecek olup bireysel başvuru imkanının niteliği incelenecektir. Bu kapsamda kararın kendisi incelendikten sonra Danıştay'ın benzer olaylar ile ilgili verdiği kararların örneklerine yer verilecektir.



The protection of personal data and the principle of privacy are two overlapping concepts. In the application in question, the cancellation of the fingerprint tracking system is requested due to the fact that the use of fingerprints, which is personal data of a private nature, is against the protection of personal data and the principle of privacy. The Constitutional Court is also an authority that examines the applications made on the protection of personal data and examines the applications after the exhaustion of the existing judicial and administrative remedies due to the extraordinary nature of the individual application and being a secondary remedy. Protection of personal data is a frequently discussed issue between employers and employees in labor law, and the Council of State has decisions that can set an example on this issue. It is an issue that brings together the protection of personal data and labor law at a common point and includes views in favor of the employer and the views in favor of the worker, as it is in the status of special quality data such as using fingerprints for shift tracking and the use of other biometric data in shift tracking. For this reason, it is possible to encounter frequent votes against the decisions of the Council of State.

This study will explore the justifications, supported by several sources, for the Constitu-

Kişisel verilerin korunması ve özel hayatın gizliliği ilkesi birbiriyle örtüşen iki kavramdır. Söz konusu başvuru, özel nitelikteki kişisel veri olan parmak izinin mesai takibinde kullanılmasının kişisel verilerin korunmasına ve özel hayatın gizliliği ilkesine aykırılığı nedeniyle parmak izi takip sisteminin iptali talep edilmektedir. Anayasa Mahkemesi kişisel verilerin korunması hakkında yapılan başvuruları da inceleyen bir mercii olup bireysel başvurunun olağanüstülüğü ve ikincil bir yol olması ile var olan adli ve idari yargı yollarının tüketilmesi sonrasında başvuruları incelemeye almaktadır. Kişisel verilerin korunması, iş hukukunda işveren ile işçi arasında sıkça gündeme gelen bir konu olup Danıştay'ın bu konu hakkında örnek olabilecek kararları mevcuttur. Parmak izi ile mesai takibi, diğer biyometrik verilerin mesai takibinde kullanılması gibi özel nitelikli veri statüsünde olması nedeniyle kişisel verilerin korunması ve iş hukukunu ortak noktada buluşturan ve işveren lehine görüşlerle işçi lehine görüşleri barındıran bir meseledir. Bu nedenle Danıştay kararlarında sıkça karşı oya rastlamak mümkündür.

Bu çalışmada, Anayasa Mahkemesi'nin başvuru neticesinde ihlal kararı vermesindeki dayanaklar farklı kaynaklar ile desteklenerek incelenecektir. Mesai takibi işverenin yetkisi dahilinde olsa da ölçülülük ilkesine

PART 4

tional Court's finding of a breach as a result of the application. Even though the shift tracking is within the authority of the employer, if there is no follow-up system in accordance with the principle of proportionality, the protection of personal data and a violation of the privacy of private life may occur by exceeding the limit set for the obligation and authority under the labor law.

II. THE LAW ON THE PROTECTION OF PERSONAL DATA

The Law on the Protection of Personal Data No. 6698 ("LPPD") is a law that came into force in 2016, which aims to protect the fundamental rights and freedoms of individuals in the Turkish legal system and has become a resource that individuals can apply for more comprehensive protection in terms of privacy. LPPD has been prepared based on the Constitution and International conventions¹. The regulation on the protection of personal data entered the Turkish Legal System with the constitutional amendment in 2010, enabling the first steps to be taken regarding the emergence of the law². Since the law came into force, "private life" has become a phenomenon that needs to be protected comprehensively, especially with the development of technology. As clearly stated in Article 5 of the LPPD, "Personal data cannot be processed without the explicit consent of the person concerned"³. In the continuation of the article, the processing of personal data is limited by counting the cases in which explicit consent is not

uygun bir takip sistemi mevcut olmadığında iş hukuku kapsamındaki yükümlülük ve yetki için belirlenen sınır aşılarak kişisel verilerin korunması ve özel hayatın gizliliğine ihlalin gerçekleştirilmesi söz konusu olabilmektedir.

II. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KANUNU

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ("KVKK") 2016 yılında yürürlüğe girmiş olan, Türk hukuk sisteminde kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla taşıyan ve özel hayatın gizliliği açısından daha kapsamlı bir koruma sağlanması için kişilerin başvurabileceği bir kaynak haline gelen bir kanundur. KVKK, Anayasa ve Uluslararası sözleşmelerden yola çıkarak hazırlanmıştır¹. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenleme Türk Hukuk Sistemi'ne 2010 yılında Anayasa değişikliği ile giderek kanunun ortaya çıkmasına ilişkin ilk adımların atılmasını sağlamıştır². Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten bu yana özellikle teknolojinin de gelişmesiyle "özel hayat", kapsamlı bir şekilde korunması gereken bir olgu haline gelmiştir. KVKK madde 5'te açıkça belirtildiği üzere "Kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez"³. Maddenin devamında kişisel verilerin işlenmesinde açık rıza aranmayacak haller sayılarak sınırlama getirilmiştir. Sayılan hallerin kanunda öngörülmesi, veri sorumluluğunun hukuki yükümlülüğünün



FOOTNOTE

1 Yeşim Tokgöz, "İş Hukuku Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması", Temmuz 2017 <https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/is-hukuku-kapsaminda-kisisel-verilerin-korunmasi> (Erişim Tarihi: 27.10.2022).

2 Turan Atli, "Kişisel Verilerin Önleyici, Koruyucu ve İstihbari Faaliyetler Amacıyla İşlenmesi", Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 2019, p. 5.

3 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 5 07.04.2016 tarih, 29677 sayılı Resmî Gazete (RG).

4 Canan İmançlı, Kişisel Sağlık Verilerinin Korunamamasından Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu, İstanbul 2019, p. 37.

5 Mustafa Baysal, KVKK Kişisel Verilerin Korunması Kanunu El Kitabı, Ankara 2022, p. 170-172.

sought. There are situations that may be related to the relevant Individual Application Decision of the Constitutional Court, such as the situations listed in the law, mandatory for the fulfillment of the legal obligation of data responsibility, necessity for data processing in terms of the legitimate interests of the data controller.

A. Context of The Law on The Protection of Personal Data

Any data that makes a person identifiable is personal data. In the decisions of the Constitutional Court and the European Courts of Human Rights; data such as a person's fingerprint, DNA sample, identity card, resume, video and audio recordings, license plate, family information are considered personal data. Personal data can be evaluated within the scope of the principle of privacy. Personal data is defined as "any information relating to an identified or identifiable natural person" in article 3/1(d) of the LPPD. As the LPPD does not limit the extent of personal data, it is important to decide which data can be considered personal data on concrete cases rather than relying solely on a broad definition. It has made it possible to define different types of data that may arise with the development of technology as personal data. In general terms, personal data includes all data belonging to the person that makes the person identifiable. Judicial jurisprudence, national and international legislation support this definition⁴.

B. Nature of Fingerprinting of the Personnel

Fingerprinting is an application that concerns the principle of privacy, even though it takes place in the public areas during shift follow-ups. Fingerprint, which is defined as biometric data, should not be a data that can be accessed, processed or recorded unless there is an obligation, because it is personal. If an application such as shift tracking, which can be carried out every day and which can be carried out with simpler methods, is carried out by fingerprint tracking, it constitutes a violation of the law if it is done without the explicit consent of the personnel. In order to ensure the legality of fingerprinting, the explicit consent of the individual whose personal data is taken and the existence of one of the conditions stipulated in the law are required⁵. Fingerprints are a type of biometric data that is included in the data stated in

yerine getirebilmesi için zorunlu olması, veri sorumlusunun meşru menfaatleri açısından veri işlenmesi için zorunluluk bulunması gibi ilgili AYM Bireysel Başvuru Kararı ile bağlantılı olabilecek durumlar yer almaktadır.

A. Kişisel Veri Kavramının Kapsamı

Bir kişiyi belirlenebilir kılan herhangi bir veri kişisel veridir. AYM ve AIHM kararlarında; kişinin parmak izi, DNA örneği, nüfus cüzdanı, özgeçmiş, görüntü ve ses kayıtları, araç plakası, aile bilgileri gibi veriler kişisel veri olarak kabul edilmektedir. Kişisel veriler, özel hayatın gizliliği ilkesi kapsamında değerlendirilebilir. KVKK madde 3/1(d) bendinde kişisel veri, "kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi" olarak tanımlanmıştır. KVKK'da kişisel veri kapsamının sınırlı olarak sayılmaması sonucunda yapılan genel tanım üzerinden hangi verilerin kişisel veri olarak kabul edilebileceği somut olaylar çerçevesinde tespit edilmelidir. Teknolojinin gelişmesiyle ortaya çıkabilecek farklı veri türlerinin kişisel veri olarak tanımlanabilmesine imkan sağlamıştır. Kişisel veri genel hatlarıyla, kişiyi belirlenebilir kılan, kişiye ait olan tüm verileri kapsar. Yargı içtihatları, ulusal ve uluslararası mevzuat bu tanıma destekler niteliktedir⁴.

B. Personelin Parmak İzi Alınmasının Niteliği

Parmak izi alınması, mesai takiplerinde kamuya açık alanda gerçekleşmesine rağmen özel hayatın gizliliği ilkesini ilgilendiren bir uygulamadır. Biyometrik veri olarak nitelendirilen parmak izi, kişiye özel olması nedeniyle zorunluluk hali söz konusu olmadıkça erişilebilen, işlenebilen veya kaydedilebilen bir veri olmamalıdır. Mesai takibi gibi her gün yapılacak ve daha basit yöntemlerle gerçekleştirilebilecek bir uygulamanın parmak izi takibiyle yapılması personelin açık rızası olmadan yapılmakta ise hukuka aykırılık teşkil eder. Parmak izi alınmasının hukuka uygunluğunun sağlanabilmesi için kişisel verisi alınan bireyin açık rızası ve kanunda öngörülmüş hallerden birinin mevcudiyeti gereklidir⁵. KVKK madde 6'da sayılan verilerden biri olan biyometrik veri, parmak izini kapsamaktadır. Bu bağlamda personelin parmak izinin alınması

DİPNOT

1 Yeşim Tokgöz, "İş Hukuku Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması", Temmuz 2017 <https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/is-hukuku-kapsaminda-kisisel-verilerin-korunmasi> (Erişim Tarihi: 27.10.2022).

2 Turan Atli, "Kişisel Verilerin Önleyici, Koruyucu ve İstihbari Faaliyetler Amacıyla İşlenmesi", Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 2019, s. 5.

3 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 5 07.04.2016 tarih, 29677 sayılı Resmî Gazete (RG).

4 Canan İmançlı, Kişisel Sağlık Verilerinin Korunamamasından Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu, İstanbul 2019, s. 37.

5 Mustafa Baysal, KVKK Kişisel Verilerin Korunması Kanunu El Kitabı, Ankara 2022, s. 170-172.

PART 4

article 6 of the LPPD. In this context, taking fingerprints of the personnel is an application that can be examined within the scope of labor law, protection of personal data and privacy. The data owner has certain rights such as obtaining information about his/her personal data, accessing data, requesting correction of inaccurate personal data, and requesting deletion of data⁶.

III. RESPECT FOR PRIVATE LIFE

Confidentiality of private life is a concept regulated in the Constitution and in accordance with Article 20 of the Constitution, "Everyone has the right to demand respect for his private and family life. Inviolable confidentiality of private life and family life". As stated in the third paragraph of the article, the person has the right to access personal data about himself/ herself, to be informed about these data and the purposes of use, and to request the deletion of the data. Protection of personal data and privacy of private life are two rights that can be evaluated together in this context. The processing of personal data can be seen as a sub-title that can be considered within the scope of the incidents related to the violation of privacy, and likewise, the right to privacy can be seen as a sub-title in the incidents related to the protection of personal data.

IV. PROTECTION OF PERSONAL DATA UNDER THE LABOR LAW

In accordance with the Labor Law, the employer can use the information obtained about the employee within the framework of the rule of good faith and in accordance with the law. The article regarding the effect of LPPD on the Labor Law is included in Article 75/2 of the Labor Law. Pursuant to the relevant article, "The employer is obliged to use the information obtained about the employee in accordance with the rules of honesty and law, and not to disclose the information that the employee has a justified interest in keeping it confidential". Within the scope of Article 5 of the LPPD, the processing conditions of personal data are listed and the provision is:

"(1) Personal data cannot be processed without the explicit consent of the person concerned.

iş hukuku, kişisel verilerin korunması ve özel hayatın gizliliği kapsamında incelenebilir bir uygulamadır. Veri sahibi, kişisel verisi ile ilgili bilgi alma, veriye erişim, doğru olmayan kişisel verinin düzeltilmesini talep etme, verinin silinmesini talep etme gibi birtakım haklara sahiptir⁶.

III. ÖZEL HAYATA SAYGI

Özel hayatın gizliliği Anayasa'da düzenlenmiş bir kavram olup Anayasa'nın 20. Maddesi uyarınca "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz". Maddenin üçüncü fıkrasında belirtildiği üzere kişi, kendisiyle ilgili kişisel verilere erişebilme, bu veriler ve kullanım amaçları hakkında bilgilendirilme, verilerin silinmesini talep etme hakkına sahiptir. Kişisel verilerin korunması ve özel hayatın gizliliği bu bağlamda birlikte değerlendirilebilecek iki hak olma özelliğini taşır. Kişisel verilerin işlenmesi özel hayatın gizliliğinin ihlali ile ilgili olaylar kapsamında değerlendirilebilecek bir alt başlık olarak ve aynı şekilde özel hayatın gizliliği hakkı kişisel verilerin korunmasına ilişkin olaylarda bir alt başlık olarak görülebilir.

IV. İŞ HUKUKU KAPSAMINDA KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

İş Kanunu uyarınca işveren, işçi ile ilgili edinilen bilgileri dürüstlük kuralı çerçevesinde ve hukuka uygun olarak kullanabilir. KVKK'nın İş Kanunu'na etkisiyle ilgili madde İş Kanunu madde 75/2'de yer almaktadır. İlgili madde uyarınca "İşveren, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür". KVKK madde 5 kapsamında kişisel verilerin işleme şartları sayılmış olup hüküm:

"(1) Kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez.

"(2) Aşağıdaki şartlardan birinin varlığında, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür:

(2) In the presence of one of the following conditions, it is possible to process personal data without seeking the explicit consent of the data subject:

a) It is clearly stipulated in the laws.

b) It is compulsory for the protection of the life or physical integrity of the person or another person, who is unable to express his consent due to actual impossibility or whose consent is not legally valid.

c) It is necessary to process the personal data of the parties to the contract, provided that it is directly related to the establishment or performance of a contract.

ç) It is mandatory for the data controller to fulfill its legal obligation.

d) The person concerned has been made public by himself.

e) Data processing is mandatory for the establishment, exercise or protection of a right.

f) Data processing is mandatory for the legitimate interests of the data controller, provided that it does not harm the fundamental rights and freedoms of the data subject."

Article 8 of the same law, which includes the transfer of personal data formatted as:

"(1) Personal data cannot be transferred without the explicit consent of the person concerned.

a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi.

b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması.

c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması.

ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması.

d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması.

e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlenmesinin zorunlu olması.

f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması." şeklindedir.

Aynı kanunun kişisel verilerin aktarılması konusunu içeren 8. maddesi ise :

"(1) Kişisel veriler, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın aktarılamaz.

(2) Kişisel veriler;

a) 5 inci maddenin ikinci fıkrasında,



FOOTNOTE

6 Senem Ovalıoğlu Seyis, Avrupa Birliği Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2022, 86-93.

DİPNOT

6 Senem Ovalıoğlu Seyis, Avrupa Birliği Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2022, 86-93.

PART 4

(2) Personal data;

a) In the second paragraph of Article 5,

b) Provided that adequate measures are taken, in the third paragraph of Article 6,

In case of existence of one of the conditions specified, it can be transferred without seeking the explicit consent of the person concerned.

(3) Provisions in other laws regarding the transfer of personal data are reserved.”

In the light of these provisions, the processing of the said information, its sharing with third parties, and the collection of data are based on the explicit consent of the worker. In addition, the employer has to pay attention to inform the workers about the area where the data is used, not to process the data when there is no obligation, and to take all kinds of measures to protect the data. The aforementioned worker's obligations fall under LPPD's scope, and they are assessed within this scope. When the Labor Law is considered together with the LPPD, the employer is the data controller and must act within the scope of the LPPD when processing, storing and sharing the information of the workers⁷. The provisions regarding the obligations of the data controller are included in the Third Section of the LPPD under the title of "Rights and Obligations". In accordance with Article 10 of the LPPD, the data controller is obliged to inform the relevant persons about the identity of the data controller and, if any, its representative, for what purpose the personal data will be processed, to whom and for what purpose the processed personal data can be transferred, the method and legal reason for collecting personal data, and the rights of the data subject listed in Article 11.

A. Working Hours

Pursuant to the Labor Law, it is among the obligations of the employer to monitor the working hours of the worker and notify the worker. Keeping track of the working hours is important for the payment of the worker's rights. However, the data collected regarding the entry and exit times of the worker are not considered as personal data within the scope of LPPD, so the explicit consent requirement does not exist here. Nonetheless, the LPPD applies when track-

b) Yeterli önlemler alınmak kaydıyla, 6 ncı maddenin üçüncü fıkrasında, belirtilen şartlardan birinin bulunması hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın aktarılabilir.

(3) Kişisel verilerin aktarılmasına ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır.” şeklinde düzenlenmiştir.

Bu hükümler ışığında bahsi geçen bilgilerin işlenmesi, üçüncü kişilerle paylaşılması, veri olarak toplanması işçinin açık rızasına dayanmaktadır. Ayrıca işveren, işçileri verilerin kullanıldıkları alan ile ilgili bilgilendirmeye, zorunluluk söz konusu olmadığında verileri işlememeye, verilerin korunması için her türlü önlemi almaya dikkat etmek zorundadır. Bahsi geçen işçinin yükümlülükleri, KVKK kapsamında yer almakta olup bu kapsamda değerlendirilmektedir. İş Kanunu KVKK ile birlikte düşünüldüğünde işveren, veri sorumlusu sıfatını taşır ve işçilere ait bilgileri işlerken, saklarken ve paylaşırken KVKK kapsamında hareket etmelidir⁷. Veri sorumlusunun yükümlülüklerine ilişkin hükümler KVKK Üçüncü Bölüm'de "Haklar ve Yükümlülükler" başlığı altında yer almaktadır. KVKK madde 10 doğrultusunda veri sorumlusu, veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliğini, kişisel verilerin hangi amaçla işleneceğini, işlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılacağına, kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebinin, 11'inci maddede sayılan ilgili kişinin haklarını ilgili kişilere bildirmekle yükümlüdür.

A. Mesai saatleri

İş Kanunu uyarınca işçinin çalışma saatlerinin takibi ve işçiye bildirilmesi işverenin yükümlülükleri arasındadır. Takibi yapılan mesai saatlerinin kaydının tutulması işçinin haklarının ödenmesi için önem arz eder. Ancak işçinin giriş ve çıkış saatlerine ilişkin toplanan veriler KVKK kapsamında kişisel veri olarak değerlendirilmemektedir, yani açık rıza şartı burada varlığını sürdürmez. Ancak mesai saatlerinin takibi kişisel veri statüsüne girecek bir verinin elde edilmesi marifetiyle yapıldığı

ing working hours is done by gathering information that would be regarded as personal data. In this case, all personal data must be based on the explicit consent of the person, except for the cases where personal data can be recorded without the explicit consent specified in Article 5 of the LPPD⁸. In any case, the follow-up should be done proportionally. If all the activities of the worker are recorded outside of the working hours, there will be a disproportionateness here. Shift tracking of the worker can be done with a card system or with the signature of the worker. Since the data obtained on the working time is important in terms of getting the rights of the worker regarding these periods, the follow-up of these data is within the responsibility of the employer. In order for the employer to fulfill this obligation, it must be able to record the necessary data without seeking explicit consent. The situations specified in article 5 of the LPPD allow this. However, there is

zaman KVKK'nın konusuna girmektedir. Bu durumda KVKK madde 5'te belirtilen açık rıza olmadan kişisel verilerin kaydedilebileceği haller haricindeki tüm kişisel veriler işçinin açık rızasına dayanmalıdır⁸. Her halde yapılan takibin ölçülü olması gerekir. Mesai saatleri kontrolü dışında işçinin tüm faaliyetleri kayda alınıyorsa burada bir ölçüsüzlük söz konusu olacaktır. İşçinin mesai takibi kartlı sistem ile veya işçinin imzası ile gerçekleştirilebilir. Çalışma süresine dair edinilen veriler işçinin bu sürelerle dair haklarını alması açısından önem arz etmesi nedeniyle bu verilerin takibi işverenin yükümlülüğü dahilinde olan bir durumdur. İşverenin bu yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için açık rıza aranmadan gerekli verileri kaydedebilmesi gerekir. KVKK madde 5'te belirtilen haller buna imkan sağlar. Ancak özel nitelikteki kişisel verilere ilişkin bir istisna söz konusudur. İşveren özel nitelikte sayılan bu verileri açık rızanın bulunmaması halinde kaydedemez⁹.

When the existence of explicit consent and proportionality co-exist, the processing of personal data of a special nature will be in accordance with the law.

Açık rızanın varlığı ve ölçülülük bir arada bulunduğu zaman özel nitelikte kişisel verilerin işlenmesi hukuka uygun olacaktır.

an exception regarding personal data of a private nature. The employer cannot record these data, which are considered private, in the absence of explicit consent⁸.

Special categories of personal data are listed in article 6 of the LPPD, and fingerprinting, which is the subject of our study, is counted among these data. Pursuant to article 6/2 of the LPPD, "Processing of sensitive personal data is prohibited without the explicit consent of the person concerned." In cases where explicit consent is required, with consent, and in cases where it does not,

Özel nitelikli kişisel veriler KVKK madde 6'da sayılmış olup çalışmamızın konusu olan parmak izi ile takip bu verilerden sayılmaktadır. KVKK m. 6/2 uyarınca "Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır". Açık rıza gerektiren hallerde rıza ile, gerektirmeyen hallerde ise ölçülülük çerçevesinde işveren, işçinin çalışma saatlerine ilişkin kontrolleri sağlayıp bu verileri kaydedebilecektir. İşveren, mesai takibini daha ölçülü bir seçenek olan kart ile takip sistemi veya imza atılması şeklinde gerçekleştirebilecekken biyometrik verilerin işlenmesi ile gerçekleştiriyor ise, özel nitelikli kişisel veri-

FOOTNOTE

⁷ Tokgöz, İş Hukuku Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması <https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/is-hukuku-kapsaminda-kisisel-verilerin-korunmasi> (Erişim: 27.10.2022).

⁸ Şahin Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Ankara 2022, p. 1084.

⁹ Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Ankara 2022, p. 1586.

DİPNOT

⁷ Tokgöz, İş Hukuku Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması <https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/is-hukuku-kapsaminda-kisisel-verilerin-korunmasi> (Erişim: 27.10.2022).

⁸ Şahin Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Ankara 2022, s. 1084.

⁹ Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Ankara 2022, s. 1586.

PART 4

within the framework of proportionality, the employer will be able to control the working hours of the worker and record these data. There will be a violation of the principle of proportionality, which is a crucial need for the processing of special quality personal data, if the employer can track working hours with a card, which is a more measured approach, or by a signature, if it uses biometric data. The processing of biometric data is subject to explicit consent, except for special cases required by law, and the use of biometric data for shift tracking will be disproportionate. The use of biometric data in workplaces operating in private security areas such as the defense industry, in exceptional cases when transitioning to high-sensitivity units does not constitute a violation of the law¹⁰.

B. Processing of Private Personal Data

Private personal data are more sensitive data that need to be protected with stricter rules compared to personal data¹¹. Personal data of a special nature are specified in paragraph 1 of Article 6 of the LPPD. According to this, *“The data related to the race, ethnic origin, political opinion, philosophical belief, religion, sect or other beliefs, disguise and dress, membership to associations, foundations or trade unions, health, sexual life, criminal convictions and security measures, as well as biometric and genetic data is personal data of special nature”*. These data cannot be processed and/or stored without the explicit consent of the person concerned. However, it may be processed if it is expressly stipulated in the law. Precautions should be taken when processing this information, and the environment in which it is housed should be one in which special care is taken when processing data.

Biometric data, which is one of the special personal data listed in the article, is data processing in the form of fingerprint, retinal scan, hand scan or face reading within the framework of working hours control. In order for the processing of these biometric data to be lawful, the explicit consent of the worker must be obtained or there must be a clear provision in the law regarding this.

lerin işlenmesi hususunda önemli bir kriter olan ölçülülük ilkesine aykırılık söz konusu olacaktır. Biyometrik verilerin işlenmesi kanunun gerektirdiği özel durumlar dışında açık rızaya bağlı olup mesai takibi için biyometrik verilerin kullanılması ölçüsüzlüğü meydana getirecektir. Biyometrik verilerin savunma sanayi alanı gibi özel güvenlikli alanlarda faaliyet gösteren işyerlerinde, yüksek hassasiyet gösteren birimlere geçişlerde olduğu istisnai durumlarda kullanılması hukuka aykırılık doğurmaz¹⁰.

B. Özel Nitelikteki Kişisel Verilerin İşlenmesi

Özel nitelikteki kişisel veriler, kişisel verilere kıyasla daha katı kurullarla korunması gereken, daha hassas olan verilerdir¹¹. KVKK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasında özel nitelikteki kişisel veriler belirtilmiştir. Buna göre; *“Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir”*. Bu veriler ilgilinin açık rızası olmadan işlenemez ve/veya saklanamaz. Ancak kanunda açıkça öngörülmesi halinde işlenmesi söz konusu olabilir. İşlenmesi söz konusu olduğunda ise buna ilişkin önlemler konusunda hassas davranılmalı, saklandığı ortam özel nitelikteki veriye göre tedbir alınmış bir ortam olmalıdır.

Mesai saatlerini kontrol çerçevesinde parmak izi, retina taraması, el içi taraması veya yüz okuma şeklindeki veri işleme şekilleri maddede sayılan özel nitelikteki kişisel verilerden biri olan biyometrik veriler arasında yer almaktadır. Bu biyometrik verilerin işlenmesinin hukuka uygun olabilmesi için işçinin açık rızası alınmalı ya da kanunda buna ilişkin açık bir hüküm yer almalıdır.

Processing biometric data in this way can only be considered moderate in workplaces located in sheltered and private areas such as the defense industry. In addition to these, there will be an imbalance in this situation if the data of the person in the special data status is processed and the tracking is carried out, even though the shift tracking can be controlled with a chip-inserted card system or by having the payroll record signed at the workplace. When the existence of explicit consent and proportionality coexist, the processing of personal data of a special nature will be in accordance with the law. Since it is possible to carry out the shift tracking, which is the subject of the purpose, with methods that do not require the processing of special personal data, as mentioned above, the processing of personal data of a special nature in this follow-up leads to disproportionateness¹². According to the Labor Law, the concept of proportionality should be evaluated in the context of concrete events. The proportionality audit is carried out by examining the existence of a reasonable relationship between the means and the purpose. Although the worker gives explicit consent to the processing of biometric data such as fingerprints, the data can be processed in accordance with Article 75 of the Labor Law and Articles 417 and 419 of the Turkish Code of Obligations. The condition sought here is to follow up and process the data to the extent necessary for the performance of the contract¹³.

V. INDIVIDUAL APPLICATION TO THE CONSTITUTIONAL COURT

A. Nature of The Individual Application

Individual application is a constitutional judicial remedy and a means of seeking rights against violations by public power within the framework of fundamental rights and freedoms guaranteed by the Constitution¹⁴. In this type of case, which can be resorted to as a secondary remedy, the applicant must have exhausted all judicial

Biyometrik verilerin bu şekilde işlenmesi ancak savunma sanayi alanı gibi korunaklı ve özel alanlarda yer alan işyerlerinde ölçülü kabul edilebilir. Bunlar dışında işyerlerinde mesai takibi çip takılmış kart sistemi ile veya puantaj kaydına imzası alınarak kontrol edilebilecekken kişinin özel nitelikteki veri statüsünde olan verileri işlenerek takip gerçekleştiriliyorsa burada ölçüsüzlük söz konusu olacaktır. Açık rızanın varlığı ve ölçülülük bir arada bulunduğu zaman özel nitelikte kişisel verilerin işlenmesi hukuka uygun olacaktır. Amaca konu olan mesai takibinin, yukarıda bahsedildiği gibi özel nitelikte kişisel veri işlenmesini gerektirmeyen yöntemlerle de gerçekleştirilebilmesi mümkün olduğu için bu takibin yapılmasında özel nitelikte kişisel verilerin işlenmesi ölçüsüzlüğü doğurur¹². İş Kanunu uyarınca ölçülülük kavramı somut olaylar özelinde değerlendirilmelidir. Ölçülülük denetimi, araç ve amaç arasındaki makul ilişki varlığı incelenerek yapılmaktadır. İşçinin parmak izi gibi biyometrik verilerin işlenmesine açık rıza gösterdiği halde İş Kanunu'nun 75. maddesi ile Türk Borçlar Kanunu'nun 417 ve 419. maddeleri uyarınca ölçülü olması durumunda veriler işlenebilir. Burada aranan şart sözleşme ifası için zorunlu olduğu ölçüde takibin yapılması ve verilerin işlenmesidir¹³.

V. ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU YOLU

A. Bireysel Başvurunun Niteliği

Bireysel başvuru, anayasal bir yargı yolu olup kişilerin Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlükleri çerçevesinde kamu gücü tarafından yapılan ihlallere karşı başvurabilecekleri bir hak arama yoludur¹⁴. İkincil yol olarak başvurulabilecek bu dava türünde, başvuru kanunda öngörülen bütün yargısal ve idari başvuru yollarını tüket-

FOOTNOTE

¹⁰ Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları Ankara 2022, p. 1084.

¹¹ Baysal, KVKK Kişisel Verilerin Korunması Kanunu El Kitabı, Ankara 2022, p. 44-46.

¹² Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Ankara 2022, 1587.

¹³ Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Ankara 2022, 1085.

¹⁴ Burcu Ilgın, Anayasa Yargısı Bireysel Başvuru Yolunda Kişilik Haklarının Korunması, Ankara 2022, p. 117-118.

DİPNOT

¹⁰ Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları Ankara 2022, s. 1084.

¹¹ Baysal, KVKK Kişisel Verilerin Korunması Kanunu El Kitabı, Ankara 2022, s. 44-46.

¹² Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Ankara 2022, 1587.

¹³ Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, Ankara 2022, 1085.

¹⁴ Burcu Ilgın, Anayasa Yargısı Bireysel Başvuru Yolunda Kişilik Haklarının Korunması, Ankara 2022, s. 117-118.

PART 4

and administrative remedies stipulated in the law. It can be understood from this expression that it has an extraordinary quality. It will not be possible to make an individual application to the Constitutional Court without exhausting the ordinary judicial and administrative remedies¹⁵.

B. The Right to Respect for Private Life and The Right to Protection of Personal Data

The Constitutional Court evaluates whether the right to respect for private life has been violated in the individual application decisions within the scope of the Privacy of Private Life regulated in Article 20 of the Constitution. Interventions to the right to respect for private life are included in the protection of material and moral existence in the Constitution. Restrictions on personal data, identity, individual privacy, work life, life in prison are examined as interference with private life¹⁶.

The fact that fundamental rights and freedoms are regulated in the Constitution allows to benefit from the principle of supremacy of the constitution in the context of the hierarchy of norms. For this reason, the right to protect personal data can be considered within the scope of the principle of supremacy of the constitution in cases such as data processing, recording and sharing¹⁷.

VI. SAMPLE DECISIONS

A. State Council Decision- 5. D., E. 2013/5342 K. 2013/9525 T. 10.12.2013

The relevant decision is about the claim that even if the fingerprint tracking takes place in the public sphere, the privacy of private life is violated and there is no guarantee that the collected data will not be used in different places. The Administrative Court rejected the case on the grounds that the defendant could not get efficiency from the card tracking system and that the fingerprint system was used to monitor the work of public officials, and that this tracking system was not imposed on the personnel as an obligation, and that it was in accordance with the law. The Council of State decided to overturn the insistence decision given by the court on the grounds that there was no proportionality between the practice and the intended public

miş olmalıdır. Olağanüstü bir nitelik taşıması bu ifadeden anlaşılabilir. Olağan yargı yolları ve idari yollar tüketilmeden Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapmak mümkün olmayacaktır¹⁵.

B. Özel Hayata Saygı Hakkı ve Kişisel Verilerin Korunması Hakkı

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kararlarında Anayasa'nın 20. Maddesinde düzenlenen Özel Hayatın Gizliliği kapsamında özel hayata saygı hakkının ihlal edilip edilmediğini değerlendirmektedir. Özel hayata saygı hakkına yapılan müdahaleler, Anayasa'da maddi ve manevi varlığın korunması içerisinde yer almaktadır. Kişisel veriler, kimlik, bireysel mahremiyet, iş yaşamı, cezaevinde yaşama yönelik kısıtlamalar özel hayata müdahale olarak incelenmektedir¹⁶.

Temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'da düzenlenmiş olması, normlar hiyerarşisi bağlamında anayasanın üstünlüğü ilkesinden yararlanılmasına imkan sağlar. Bu nedenle kişisel verilerin korunması hakkı verilerin işlenmesi, kayda alınması, paylaşılması gibi durumlarda anayasanın üstünlüğü ilkesi kapsamında ele alınabilir¹⁷.

VI. ÖRNEK KARARLAR

A. Danıştay Kararı- 5. D., E. 2013/5342 K. 2013/9525 T. 10.12.2013

İlgili karar, parmak izi ile yapılan mesai takibinin kamusal alanda gerçekleşse de özel hayatın gizliliği ihlal olmasına ve toplanan verilerin farklı yerlerde kullanılmayacağına dair bir garantinin söz konusu olmadığı iddiasına ilişkindir. İdare Mahkemesi, davalının kart ile takip sisteminden verim alamamış olup kamu görevlilerinin çalışmasının denetlenmesi için parmak izi sistemiyle takibe başlanması, bu takip sisteminin personele zorunluluk olarak getirilmediği gerekçesiyle hukuka uygun olduğunu ileri sürerek davayı reddetmiştir. Danıştay, uygulama ve amaçlanan kamu yararı arasında orantılılık bulunmadığı, parmak izi ile personelin çalışma saatlerini takibin özel hayatın gizliliğine ihlal teşkil ettiği gerekçesiyle mahkemece verilen

interest, and that tracking the working hours of the personnel with fingerprints constitutes a violation of the privacy of private life. There is opposition to the decision.

B. State Council Decision- 5. D., E. 2016/409 K. 2016/1909 T. 4.4.2016

In the incident, a fingerprint reader was installed in the service building of the Administration for the purpose of tracking work hours. The plaintiff requested the cancellation of the operation regarding the activation of the fingerprint reader. The Administrative Court dismissed the case on the grounds that the fingerprint reader system was necessary for the effective performance of the public service and there was no prohibition imposed by law. The Council of State stated that, pursuant to the relevant articles of the Constitution, fundamental rights and freedoms can only be limited by law and that restrictions cannot be contrary to the principle of proportionality. Referring to the article on the privacy of private life and the relevant article of the European Convention on Human Rights, the Council of State asserted that the collection of personal data is in question within this framework and stated that there should be a legal basis for imposing restrictions on personal data. It overturned the court's decision on the ground that it was not appropriate. There is a dissenting vote on the decision.

VII. EXAMINATION SPECIALLY OF THE RELATED DECISION

A. Facts and Claims of the Parties

In the incident that is the subject of the decision, the applicant, a civil servant employed by the Municipality, asked that the fingerprint tracking application be removed from the place of employment on the grounds that the institution's use of the system violated the principle of respect for private life by scanning and recording fingerprints for shift tracking. The applicant filed a lawsuit at the Administrative Court for the annulment of the relevant administrative act. With the acceptance of the case, the court decided to cancel the administrative action. However, an appeal was made by the Administration. The Regional Administrative Court decided

ısrar kararının bozulmasına karar vermiştir. Karara ilişkin karşı oy bulunmaktadır.

B. Danıştay Kararı- 5. D., E. 2016/409 K. 2016/1909 T. 4.4.2016

Olayda İdareye ait hizmet binasında mesai takibi amacıyla parmak izi okuyucusu kurulmuştur. Davacı taraf, parmak izi okuyucusunun faaliyete geçirilmesine ilişkin işlemin iptalini talep etmiştir. İdare Mahkemesi, kamu hizmetinin etkin bir şekilde yerine getirilmesi için parmak izi okuyucusunun sisteminin gerekli olduğu ayrıca kanunla getirilmiş bir yasağın bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Danıştay, Anayasa'nın ilgili maddeleri uyarınca temel hak ve özgürlüklerin sadece kanunla sınırlanabileceği, sınırlamaların ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağını belirtmiştir. Özel hayatın gizliliğine ilişkin madde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilgili maddesine değinen Danıştay, bu çerçevede kişisel verilerin alınmasının söz konusu olduğunu ileri sürerek kişisel verilere ilişkin kısıtlama getirilmesi için yasal bir dayanağın mevcut olması gerektiğini belirtmiş ve yasal dayanak söz konusu olmadığı için yapılan işlemin hukuka uygun olmadığı gerekçesiyle mahkemenin kararını bozmuştur. Karara ilişkin karşı oy mevcuttur.

VII. İLGİLİ KARAR ÖZELİNDE İNCELEME

A. Olgular ve Tarafların İddiaları

Karara konu olayda Belediye Başkanlığı bünyesinde devlet memuru olarak çalışmakta olan Başvurucu çalıştığı kurumda parmak izi ile mesai takibi sisteminin kullanılmaya başlanması üzerine, parmak izinin mesai takibi için taranıp kaydedilmesinin özel hayata saygı ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle çalıştığı kurumdan parmak izi takip uygulamasının kaldırılmasını istemiş ancak reddedilmiştir. Başvurucu, ilgili idari işlemin iptali için İdare Mahkemesi'nde dava açmıştır. Mahkeme davanın kabulüyle idari işlemin iptaline karar vermiştir. Ancak İdare tarafından istinaf kanun yoluna başvurulmuştur. Bölge İdare Mahkemesi istinaf başvurusunun kabulü ile

FOOTNOTE

¹⁵ Yunus Emre Yılmazoğlu/ İsmail Emrah Perdecioğlu/ Özcan Altay/ Hilmi Can Turan, Bireysel Başvuruya Dair Sıkça Sorulan Sorular, AYM Yayınları, Ankara 2019, s. 14. https://www.anayasa.gov.tr/media/5621/bb_sss.pdf (Erişim tarihi: 27.10.2022).

¹⁶ Sezgin Tanrıku, Anayasa Mahkemesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru, Ankara 2022, p. 53.

¹⁷ Ahmet Nohutçu, Türkiye İçin Yeni Anayasa Vizyonu ve Yol Haritası, Ankara 2022, p. 46.

DİPNOT

¹⁵ Yunus Emre Yılmazoğlu/ İsmail Emrah Perdecioğlu/ Özcan Altay/ Hilmi Can Turan, Bireysel Başvuruya Dair Sıkça Sorulan Sorular, AYM Yayınları, Ankara 2019, s. 14. https://www.anayasa.gov.tr/media/5621/bb_sss.pdf (Erişim tarihi: 27.10.2022).

¹⁶ Sezgin Tanrıku, Anayasa Mahkemesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru, Ankara 2022, s. 53.

¹⁷ Ahmet Nohutçu, Türkiye İçin Yeni Anayasa Vizyonu ve Yol Haritası, Ankara 2022, s. 46.

PART 4

to reject the case with the acceptance of the appeal application. At this stage, the applicant made an individual application to the Constitutional Court.

The defense of the institution (Söke Municipality) stated that the consistency of the public service provided by the fingerprint recorders, the supervision of the personnel's effectiveness, and the fulfillment of this application by the mayor to manage the municipal organization are crucial for the efficient execution of the service in the individual application decision of the Constitutional Court, dated 10/3/2022 and numbered 2018/11988. It is claimed that there is no violation of respect for private life on the grounds that the monitoring of working hours is done to control the compliance of the personnel with the working hours. The applicant's attorney stated that the recording of personal data should be in accordance with the constitutional guarantees, and on the grounds that it is not possible to guarantee how the fingerprint, which is unique to each person, will be recorded and stored, and whether it will be shared or not, this data recorded without consent is subject to the personal data protection law and claims that it violates the principle of privacy of life.

The institution claims that the time tracking performed by taking fingerprints is more reliable than the tracking with the card system, as it contains personal information.

The Regional Administrative Court dismissed the case with the approach that there was no violation of the legislation on the grounds that the use of technical resources to execute public service duties in an effective and efficient manner followed the law. It was stated that there was no basis for the violation of privacy, and the final decision was notified to the attorney of the applicant.

B. Evaluation of the Constitutional Court

In its assessment of the alleged violation of the protection of personal data and the right to respect for private life, the Constitutional Court made the following statements:

"In the case that is the subject of the application, it has been understood that the institution monitors whether the personnel comply with the working hours with the fingerprint

davanın reddine kesin olarak karar vermiştir. Başvurucu, bu aşamada AYM'ye bireysel başvurusunu gerçekleştirmiştir.

AYM'nin 10.03.2022 tarih ve 2018/11988 numaralı bireysel başvuru kararında, kurumun (Söke Belediye Başkanlığı) savunması parmak izi kayıt cihazlarının kamu hizmetinin devamlılığı, personelin verimliliğinin denetlenmesi ve bu uygulamanın belediye başkanının belediye teşkilatını idare etme görevini yerine getirmesi kapsamında kamu hizmetinin etkin yürütülmesi açısından önemli olduğu yönündedir. Mesai saatlerini takibin personelin mesai saatlerine uymasının kontrol edilmesi amacıyla yapıldığı gerekçesiyle özel hayata saygının ihlalinin söz konusu olmadığı iddia edilmektedir. Başvurucu vekili, kişisel verilerin kayıt altına alınmasının anayasal güvencelere uygun olması gerektiğini belirterek her insanda kendine özgü olan parmak izinin kayıt altına alınarak depolanmasının ne şekilde kullanılacağı ve paylaşılıp paylaşılmayacağı hususunda garanti vermenin söz konusu olamayacağı gerekçesiyle rıza alınmadan kaydedilen bu verinin kişisel verileri koruma kanunu'na ve beraberinde özel hayatın gizliliği ilkesine ihlal teşkil ettiğini ileri sürmektedir.

Kurum, parmak izi alınarak yapılan mesai takibinin kişiye özgü bilgi içermesiyle kartlı sistem ile takipten daha güvenilir olduğunu iddia etmektedir.

Kamu hizmetinin etkin ve verimli yürütülmesi açısından teknolojik imkanların kullanılmasının kamu hizmetinin gereklerine uygun olduğu gerekçesiyle mevzuata aykırılığın söz konusu olmadığı yaklaşımıyla Bölge İdare Mahkemesi, davayı reddetmiştir. Özel hayatın gizliliğinin ihlaline ilişkin bir dayanak mevcut olmadığı belirtilmiş nihai karar başvuru vekiline tebliğ edilmiştir.

B. AYM'nin Değerlendirmesi

AYM, söz konusu kişisel verilerin korunmasının ve özel hayata saygı hakkının ihlali iddiasıyla ilgili değerlendirmesinde şu ifadelere yer vermiştir:

"Başvuru konusu olayda, Kurum tarafından personelin mesaiye uyup uymadığının parmak izi takip sistemi ile denetlendiği, bu kapsamda başvuru konusunun da parmak izinin

tracking system, and in this context, the fingerprint of the applicant is recorded and stored. It is seen that the administration and employers who want to take advantage of the opportunities of technological developments use methods such as magnetic ID cards, face and iris scanning, fingerprint registration system to ensure overtime tracking and entrance and exit controls based on purposes such as increasing the efficiency of the personnel and ensuring security.

However, it should be emphasized that in order to implement a personnel tracking system, especially with the method of recording biometric data, the explicit consent of the person should be available in cases not regulated by the laws. In addition, in the case of processing sensitive data based on the consent of the employee, of course, first of all, the principle of legality must be met in the context of Article 13 of the Constitution. In order to be able to talk about the existence of explicit consent, it is essential that the employee is adequately informed beforehand about the scope, purpose, limits and consequences of the personal data to be processed. Nevertheless, it can be said that the aforementioned methods can be applied within the scope of the administration's control and management authority, in the presence of a legitimate aim as a rule, and in the absence of another suitable way to achieve this aim with less interference with rights and freedoms, and to be limited to the purpose. In this context, it should be reminded that in the event that methods involving the processing and sharing of per-

kaydedilerek depolandığı anlaşılmıştır. Teknolojik gelişmelerin imkânlarından yararlanmak isteyen idarenin ve işverenlerin personelin verimliliğini artırmak, güvenliğini sağlamak gibi amaçlara dayalı olarak mesai takibi ile işyerine giriş ve çıkış denetimlerini sağlayacak manyetik kimlik kartları, yüz ve iris tarama, parmak izi kayıt sistemi gibi yöntemler kullandıkları görülmektedir.

Bununla birlikte özellikle biyometrik verilerin kaydedilmesi yöntemiyle personel takip sistemi uygulanabilmesi için kanunlarda düzenlenmeyen hâllerde kişinin açık rızasının mevcut olması gerektiği vurgulanmalıdır. Ayrıca çalışanın rızasına dayanarak özel nitelikli verinin işlenmesi hâlinde de elbette öncelikle Anayasa'nın 13. maddesi bağlamında kanunilik ilkesinin karşılanması gerekir. Açık rızanın varlığından söz edilebilmesi için ise en azından işlenecek kişisel verinin kapsamı, amacı, sınırları ve sonuçları hakkında çalışanın önceden yeterli bir biçimde bilgilendirilmesi elzemdir. Bununla birlikte anılan yöntemlerin idarenin denetim ve yönetim yetkisi kapsamında, kural olarak meşru bir amacın varlığı, hak ve özgürlüklere daha az müdahale ile bu amacı gerçekleştirmeye elverişli başka bir yolun olmaması hâlinde ve amaçla sınırlı olmak üzere uygulanabileceği söylenebilir. Bu kapsamda kişisel verilerin işlenmesi ve paylaşılmasını içeren yöntemlerin işyerinde kullanılması hâlinde çalışanın hak ve özgürlüklerini koruyacak anayasal güvencelerin idare tarafından sağlanması gerektiği de hatırlatılmalıdır.



PART 4

sonal data are used in the workplace, constitutional guarantees that will protect the rights and freedoms of the employee should be provided by the administration.

On the other hand, if the employee does not consent to the processing of his/her personal data, special categories of personal data can be processed only in cases expressly stipulated by the laws. In other words, in cases where the principles and procedures of the processing of the employee's personal data of special nature are regulated by law, the provisions of the relevant law can be applied even if there is no consent. In addition, it should be emphasized that the law should be of a nature to determine the basic principles and principles related to the subject, including the limitation of the fundamental rights and freedoms of the employee. In this context, the law and the legislation based on the relevant law are expected to determine the principles regarding the scope and protection of the processing of personal data. The law should also contain clear and detailed rules to ensure that the addressees have sufficient safeguards against excess of authority and arbitrariness regarding the period of detention, access by third parties, and procedures for the use and destruction of data. In addition, it should be reminded that the restriction by law must of course be based on a legitimate aim, and must be proportionate and in accordance with the requirements of a democratic society.

Öte yandan çalışanın kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin rızasının olmaması durumunda ise ancak kanunlarda açıkça öngörülen hâllerde özel nitelikli kişisel veri işlenebilecektir. Bir başka deyişle çalışanın özel nitelikli kişisel verilerinin işlenmesinin esas ve usullerinin kanun ile düzenlendiği hâllerde rıza olmasa dahi ilgili kanun hükümleri uygulanabilecektir. Bununla birlikte kanunun çalışanın temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasını içeren konuyla ilgili temel esasları ve ilkelere belirleyecek nitelikte olması gerektiği de vurgulanmalıdır. Bu kapsamda kanun ve ilgili kanuna dayanan mevzuatın özellikle kişisel verilerin işlenmesinin kapsamına ve muhafazasına ilişkin esasları belirlemesi beklenir. Kanunun ayrıca tutulma süresi, üçüncü kişilerin erişimi ile verilerin kullanılması ve imhası konusundaki usullere ilişkin muhataplarının yetki aşımı ve keyfilığe karşı yeteri kadar güvenceye sahip olmalarını sağlayacak açık ve detaylı kuralları içermesi gerekmektedir. Bunun yanında kanunla sınırlamanın elbette meşru bir amaca dayanması, demokratik toplum gereklerine uygun ve ölçülü olması gerektiği hatırlatılmalıdır.

Somut olayda başvuruçunun mesai takibi amacıyla parmak izinin Kurum tarafından kaydedilmesine, dolayısıyla kendisiyle ilgili özel nitelikli kişisel verinin işlenmesine rıza göstermediği hususunda bir ihtilaf yoktur. Ancak kişinin rızasının olmaması hâlinde kanunlarda açıkça öngörülmemiş ise özel nitelikli kişisel veri işlenebilir. Bu durumda Anayasa'nın 20. maddesinde ve 6698 sayılı Kanun'un 6. maddesinde yer verilen "açık rıza" şartı bu-



In the concrete case, there is no dispute that the applicant did not consent to the registration of the fingerprint by the Institution for the purpose of shift tracking and the processing of sensitive personal data regarding him/her. However, in the absence of the person's consent, special categories of personal data may be processed if it is expressly stipulated in the laws. In this case, since there is no "explicit consent" requirement in Article 20 of the Constitution and Article 6 of the Law No. 6698, it should be evaluated whether a law regulates the processing of fingerprints within the scope of biometric data and their use in shift tracking. First of all, it is meant that the processing and use of sensitive data -related to the relevant field of activity or sector- are separately and clearly regulated in the laws, without being expressly stipulated in the laws specified in the aforementioned legislation. In this context, Law No. 6698 is not a law that authorizes municipal employees to register their fingerprints and track their hours with the fingerprint tracking system, and clearly does not regulate this issue. In this case, it should be discussed whether the Law No. 657 and Law No. 5393, on which the administrative and instance courts rely on their justifications, contain a clear regulation appropriate to the concrete case.

In this context, when the aforementioned legislation is examined (see §§ 18-20), it is stated in the Law No. 657 that there are regulations regarding the determination of the working hours of civil servants and the starting and ending times of the daily working hours, but the control of the employee's attendance status and for this purpose the personal, it has been observed that there is no clear regulation regarding the processing of data. It has been understood that in Law No. 5393, the authority to administer and manage the municipal organization is left to the mayor, but there is no regulation for the processing of special categories of personal data within the scope of this authority.

In the light of these findings, it is clear that there is no regulation in the aforementioned legislation that determines the basic principles and principles regarding the processing of special quality personal data for the purpose of shift tracking or employee supervision, and in this context, the use of biometric data-based tracking systems. Within the framework of the explanations, it was concluded that the applicant did not consent to the processing of sensitive personal data,

lunmadığına göre biyometrik veri kapsamındaki parmak izinin işlenerek mesai takibinde kullanılmasının bir kanun ile düzenlenip düzenlenmediği değerlendirilmelidir. Öncelikle anılan mevzuatta belirtilen kanunlarda açıkça öngörülmeden, özel nitelikli verilerin işlenmesinin ve kullanılmasının -ilgili faaliyet alanına veya sektöre ilişkin- kanunlarda ayrıca ve açıkça düzenlenmiş olması kastedilmektedir. Bu bağlamda 6698 sayılı Kanun, belediye çalışanlarının parmak izlerini kaydetme ve parmak izi takip sistemiyle mesai takip etme yetkisini veren, bu konuyu açıkça düzenleyen bir kanun değildir. Bu durumda idare ve derece mahkemelerinin gerekçelerinde dayandıkları 657 sayılı Kanun ile 5393 sayılı Kanun'un somut olaya uygun açık bir düzenleme barındırıp barındırmadıkları hususunun tartışılması gerekir.

Bu bağlamda anılan mevzuat incelendiğinde (bkz. §§ 18-20) 657 sayılı Kanun'da genel olarak devlet memurlarının çalışma saatleri ile günlük çalışma saatlerinin başlama ve bitme saatlerinin tespitine ilişkin düzenlemelerin mevcut olduğu ancak çalışanın mesaiye devam durumunun kontrolü ve bu amaçla özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine ilişkin açık bir düzenlemenin olmadığı görülmüştür. 5393 sayılı Kanun'da da belediye teşkilatını sevk ve idare etme yetkisinin belediye başkanına bırakıldığı ancak bu yetki kapsamında özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine yönelik bir düzenlemenin yapılmadığı anlaşılmıştır.

Bu tespitler ışığında anılan mevzuatta mesai takibi veya çalışanın denetimi amacıyla özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine, bu bağlamda biyometrik veri bazlı takip sistemlerinin kullanılmasına dair temel esasları ve ilkeleri belirleyen bir düzenlemenin olmadığı açıktır. Açıklamalar çerçevesinde başvuruçunun özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine dair rızasının olmadığı, çalışanın mesaiye uyumunun kontrolünde biyometrik verilerin işlenmesinin ve kullanılmasının anılan kanunlar ile ayrıca ve açıkça öngörülmediği hususları dikkate alındığında başvuruya konu müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı sonucuna varılmıştır.

Başvuruya konu müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı anlaşıldığından söz konusu müdahale açısından diğer güvence ölçütlerine riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

Açıklanan gerekçelerle başvuruçunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan

PART 4

THERE IS A VIOLATION OF THE PROTECTION OF PERSONAL DATA AND THE RIGHT TO RESPECT FOR PRIVATE LIFE IS VIOLATED, IT IS AGAINST THE LAW FOR THE INSTITUTION TO MONITOR THE WORKING HOURS BY SCANNING AND RECORDING THE FINGERPRINT, WHICH IS A BIOMETRIC DATA.

and the processing and use of biometric data in the control of the employee's compliance with the working hours was not separately and explicitly stipulated by the aforementioned laws, and the intervention subject to the application did not meet the legality requirement.

Since it was understood that the intervention subject to the application did not meet the requirement of legality, it was not deemed necessary to evaluate whether other assurance criteria were complied with in terms of the mentioned intervention.

For the reasons explained, it should be decided that the applicant's right to demand the protection of personal data within the scope of the right to respect for private life, which is guaranteed in Article 20 of the Constitution, has been violated."

In the aforementioned decision, referring to the legislation that can be applied specifically to the content of the decision, apart from the LPPD and Labor Law, it was stated that the applicant's right to respect for private life, which is guaranteed by the Constitution, is violated due to the lack of legality requirement and the absence of explicit consent.

VIII. CONCLUSION

The aforementioned decision was taken upon the examination of the allegation that the practice of tracking time using fingerprints constitutes a violation of the protection of personal data and privacy of private life. As a result of the evaluation of the sample Council of State decisions, the approach to similar issues in the doctrine and the comments made in accordance with the legislation, in my opinion, monitoring the working hours by taking the fingerprint of the employee goes beyond the employer's obligations under the Labor Law and contradicts the principle of proportionality. For the reasons listed, there is a violation of the protection of personal data and the right to respect for private life is violated, it is against the law for the institution to monitor the working hours by scanning and recording the fingerprint, which is a biometric data.

özel hayata saygı hakkı kapsamındaki kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir."

Söz konusu kararda KVKK ve İş Hukuku dışında kararın içeriğine özel olarak başvurulabilecek mevzuatlara atıf yapılarak AYM tarafından kanunilik şartının eksikliği ve açık rıza şartının bulunmaması sebebiyle başvurucunun Anayasa tarafından güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlaline karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

VIII. SONUÇ

Söz konusu karar, parmak izi ile yapılan mesai takibi uygulamasının kişisel verilerin korunmasına ve özel hayatın gizliliğine ihlal oluşturduğu iddiasının incelenmesi üzerine verilmiştir. Örnek Danıştay kararlarının, doktrindeki benzer konulara olan yaklaşımın ve mevzuat uyarınca yapılan yorumların değerlendirmesi sonucunda kanaatimce işçinin parmak izinin alınması yoluyla mesai saatlerinin takip edilmesi işverenin İş Kanunu kapsamındaki yükümlülüklerini aşarak ölçülülük ilkesine aykırılık barındırmaktadır. Sayılan sebeplerle, kişisel verilerin korunmasına aykırılığın söz konusu olduğu ve özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği, bu nedenle kurumun mesai takibini biyometrik bir veri olan parmak izini taramak ve kaydetmek suretiyle gerçekleştirmesinin hukuka aykırı olduğu barizdir.

KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINA AYKIRILIĞIN SÖZ KONUSU OLDUĞU VE ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKININ İHLAL EDİLDİĞİ, BU NEDENLE KURUMUN MESAI TAKİBİNİ BİYOMETRİK BİR VERİ OLAN PARMAK İZİNİ TARAMAK VE KAYDETMEK SURETİYLE GERÇEKLEŞTİRMESİNİN HUKUKA AYKIRI OLDUĞU BARİZDİR.

BIBLIOGRAPHY

AHMET NOHUÇU, Türkiye İçin Yeni Anayasa Vizyonu ve Yol Haritası, 1. Baskı, Ankara 2022.

BEKİR GÜRSES, AB ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması Mevzuat Uyumuna Yönelik Bir Değerlendirme, 1. Baskı, İstanbul 2022.

BURCU İLGIN, Anayasa Yargısı Bireysel Başvuru Yolunda Kişilik Haklarının Korunması, Ankara 2022.

CANAN İMANÇLI, Kişisel Sağlık Verilerinin Korun(a)masından Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu, 2020.

ELİF KÜZECİ, Kişisel Verilerin Korunması, 3. Baskı, Ankara 2019.

FATİH ALKAN, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Bağlamında Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, Yüksekİnsans Tezi, İstanbul 2019.

MERT ASKER YÜKSEKTEPE, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, 1. Baskı, İstanbul 2021.

MUSTAFA BAYSAL, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu El Kitabı, 5. Baskı, Ankara 2022.

SENEM OVALIOĞLU SEYİS, Avrupa Birliği Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, 1. Baskı, Ankara 2022.

SEZGİN TANRIKULU, Anayasa Mahkemesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru, 1. Baskı, Ankara 2022.

ŞAHİN ÇİL, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 9. Baskı, Ankara 2022.

TURAN ATLI, "Kişisel Verilerin Önleyici, Koruyucu ve İstihbari Faaliyetler Amacıyla İşlenmesi" Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. (1), sayfa 4-22, 2019.

YEŞİM TOKGÖZ, İş Hukuku Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması (Erişim: 27.10.2022) <https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/is-hukuku-kapsaminda-kisis-el-verilerin-korunmasi>.

YUNUS EMRE YILMAZOĞLU/ İSMAİL EMRAH PERDECİOĞLU/ ÖZCAN ALTAY/ HİLMİ CAN TURAN, Bireysel Başvuruya Dair Sıkça Sorulan Sorular, AYM Yayınları, Ankara 2019 https://www.anayasa.gov.tr/media/5621/bb_sss.pdf (Erişim : 27.10.2022).

KAYNAKÇA

AHMET NOHUÇU, Türkiye İçin Yeni Anayasa Vizyonu ve Yol Haritası, 1. Baskı, Ankara 2022.

BEKİR GÜRSES, AB ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması Mevzuat Uyumuna Yönelik Bir Değerlendirme, 1. Baskı, İstanbul 2022.

BURCU İLGIN, Anayasa Yargısı Bireysel Başvuru Yolunda Kişilik Haklarının Korunması, Ankara 2022.

CANAN İMANÇLI, Kişisel Sağlık Verilerinin Korun(a)masından Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu, 2020.

ELİF KÜZECİ, Kişisel Verilerin Korunması, 3. Baskı, Ankara 2019.

FATİH ALKAN, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Bağlamında Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, Yüksekİnsans Tezi, İstanbul 2019.

MERT ASKER YÜKSEKTEPE, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, 1. Baskı, İstanbul 2021.

MUSTAFA BAYSAL, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu El Kitabı, 5. Baskı, Ankara 2022.

SENEM OVALIOĞLU SEYİS, Avrupa Birliği Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, 1. Baskı, Ankara 2022.

SEZGİN TANRIKULU, Anayasa Mahkemesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru, 1. Baskı, Ankara 2022.

ŞAHİN ÇİL, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 9. Baskı, Ankara 2022.

TURAN ATLI, "Kişisel Verilerin Önleyici, Koruyucu ve İstihbari Faaliyetler Amacıyla İşlenmesi" Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. (1), sayfa 4-22, 2019.

YEŞİM TOKGÖZ, İş Hukuku Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması (Erişim: 27.10.2022) <https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/is-hukuku-kapsaminda-kisis-el-verilerin-korunmasi>.

YUNUS EMRE YILMAZOĞLU/ İSMAİL EMRAH PERDECİOĞLU/ ÖZCAN ALTAY/ HİLMİ CAN TURAN, Bireysel Başvuruya Dair Sıkça Sorulan Sorular, AYM Yayınları, Ankara 2019 https://www.anayasa.gov.tr/media/5621/bb_sss.pdf (Erişim : 27.10.2022).

EXPROPRIATION IN FOREIGN ENERGY INVESTMENTS

YABANCI ENERJİ YATIRIMLARINDA KAMULAŞTIRMA

CEREN NAZ ÜNSAL
MEHMET EMRE DEMİR

ABSTRACT

The increased freedom of goods and capital throughout the world, especially after 1980s, enabled investors to maximize their profits by taking advantage of the advantageous conditions in foreign countries. Investors concentrating their investments on energy to meet the increasing energy needs in today's world, in other respects, must also consider the possibility of expropriation of the host-state. States are contingent upon standards for expropriation by concluding bilateral or multilateral international agreements with the intent of providing legal confidence in expropriation on the purpose of attracting investors to the country. In the present study, the types of expropriation and the conditions stipulated for expropriation in investment agreements will be examined.

ÖZET

Dünya genelinde özellikle 1980'ler sonrasında artan mal ve sermaye serbestisi, yatırımcıların yabancı ülkelerdeki avantajlı koşullardan faydalanmak suretiyle kârlarını maksimize etmesini sağlamıştır. Günümüz dünyasında artan enerji ihtiyacını karşılamak üzere yatırımlarını enerjide yoğunlaştıran yatırımcılar öte yandan ev sahibi devletin kamulaştırma ihtimalini de göz önünde bulundurmak zorundadır. Devletler yatırımcıyı ülkeye çekmek için kamulaştırma hususunda hukuki güven sağlamak amacıyla iki veya çok taraflı uluslararası anlaşmalar akdederek kamulaştırmaya yönelik standartlara tabi olmaktadır. Bu çalışmamızda kamulaştırmanın türleri ve yatırım anlaşmalarında kamulaştırma hakkında öngörülen şartlar incelenecektir.



KEYWORDS

FOREIGN INVESTOR, ENERGY INVESTMENT, EXPROPRIATION, BILATERAL INVESTMENT AGREEMENT, TYPES OF EXPROPRIATION, INDIRECT EXPROPRIATION.



ANAHTAR KELİMELER

YABANCI YATIRIMCI, ENERJİ YATIRIMI, KAMULAŞTIRMA, İKİ TARAFLI YATIRIM ANLAŞMASI, KAMULAŞTIRMA TÜRLERİ, DOLAYLI KAMULAŞTIRMA.

PART 5

In the present study, the types of expropriation and the conditions stipulated for expropriation in investment agreements will be examined.

Bu çalışmamızda kamulaştırmanın türleri ve yatırım anlaşmalarında kamulaştırma hakkında ön-görülen şartlar incelenecektir.

I. INTRODUCTION

The world's population and technological advancements have led to an increase in the demand for energy, which is gradually rising. Both governments and investors in the private sector have been intensifying their investments toward the energy sector in recent years.

Many investors prefer to invest in a foreign country rather than their home country by evaluating various economic and political risks. By establishing dominance in the region, access to cheap labor in the host state, ease of transportation, and low-cost production opportunities, foreign investors who take advantage of the opportunity to invest in nations where these regulations are absent or are prevented from doing so by environmental, competitive, licensing, and other regulations in their own country, profit more. The host state responds by gaining from the employment power created by the foreign investor in the nation, the technology and infrastructure it brings, and the projects it can realize that the domestic investor cannot, while also paving the way for domestic investors to advance thanks to the know-how brought and introduced by foreign investors. Therefore, states offer incentives to attract foreign investors and they become a party

I. GİRİŞ

Teknolojik gelişmeler ve dünya nüfusunun günümüzde ulaştığı rakam nedeniyle enerjiye olan ihtiyaç günden güne artmaktadır. Gerek devletler gerekse özel sektördeki yatırımcılar son yıllarda yatırımlarını daha çok enerji sektörüne yoğunlaştırmaktadır.

Birçok yatırımcı çeşitli ekonomik ve politik riskleri değerlendirmek suretiyle kendi ülkesi yerine yabancı bir ülkede yatırım yapmayı tercih etmektedir. Kendi ülkesindeki çevre, rekabet, lisans ve sair düzenlemelerinden dolayı gerçekleştirmediği yatırımları, bu düzenlemelerin yer almadığı veya yatırımını engellemediği ülkelerde yapma imkanını değerlendiren yabancı yatırımcılar, bölgede hakimiyet kurarak ev sahibi devletteki ucuz işgücü, ulaşım kolaylığı, düşük maliyetle üretim yapabilme imkanlarıyla daha çok kâr elde etmektedirler. Buna karşılık ev sahibi devlet de yabancı yatırımcının ülkede yarattığı istihdam gücünden, getirdiği teknoloji ve altyapıdan, yerli yatırımcının gerçekleştiremediği büyüklükteki projelerden yararlanmakta, yabancı yatırımcının getirdiği ve tanıttığı know-how sayesinde yerli yatırımcıların da ilerlemesinin önünü açmaktadır. Bu sebeple devletler yabancı yatırımcıyı çekmek amacıyla teşvikler sunmakta, yatırımcıların tereddütlerini gidermek adına ülkedeki



to international agreements to build confidence in the legal climate in the country in order to eliminate the hesitations of investors.

Therewithal, since the host state is in the position of sovereign power and the state's executive and legislative powers, in so far as having the power to use the security forces and enforcement capacity against foreign investors, energy investment law has developed with a focus on protecting foreign investors. Mechanisms to protect foreign investors are national investment legislation, bilateral investment agreements between the host state and the foreign investor's state, and energy investment agreements in the nature of multilateral contracts.

Mechanisms to protect foreign investors are towards the political and economic risks faced by foreign investors. One of the political risks is expropriation. In this study, the types of expropriation, the way it is handled in international agreements and the standards on compensation are discussed.

II. FOREIGN ENERGY INVESTMENT

Energy investment, which is a great opportunity for economic development in order to meet the increasing energy need especially

hukuki iklimde güven oluşturmak için uluslararası anlaşmalara taraf olmaktadır.

Aynı zamanda ev sahibi devlet, egemen güç konumunda olduğundan ve devletin yürütme, yasama yetkilerini elinde bulundurması, böylelikle güvenlik kuvvetlerini ve icra kabiliyetinin yabancı yatırımcı aleyhine kullanma kudreti olmasından dolayı enerji yatırım hukuku, yabancı yatırımcıyı koruma odaklı olarak gelişmiştir. Yabancı yatırımcıyı korumaya yönelik mekanizmalar milli yatırım mevzuatı, ev sahibi devlet (host state) ile yabancı yatırımcının devleti arasında yapılan ikili yatırım anlaşmaları ve çok taraflı sözleşme niteliğindeki enerji yatırım anlaşmalarıdır.

Yabancı yatırımcıyı korumaya yönelik mekanizmalar, yabancı yatırımcının karşılaştığı politik ve ekonomik risklere yöneliktir. Politik risklerden biri de kamulaştırma. Bu çalışmada kamulaştırma türleri, uluslararası anlaşmalarda ele alınış biçimi ve tazminat hakkındaki standartlar ele alınmaktadır.

II. YABANCI ENERJİ YATIRIMI

Son yüzyılda özellikle de teknolojik gelişmeler sebebiyle artan enerji ihtiyacını karşılamak amacıyla yapılan ve ekonomik kalkınma için

PART 5

due to technological developments in the last century, has been regulated by states both on the basis of national legislation and in international agreements. Energy investment, which is the investment subject of the majority of foreign investors as well as state or domestic investors, is defined differently from each other in the doctrine, arbitral tribunals and case law, by making teleological and literal interpretations in terms of its subject. For this reason, there is no uniform definition¹. But in general, foreign investment is defined as “*The commitment of a significant amount of resources to contribute to the development of the host state by taking risks within the scope of a long-term project and in the framework of the main purpose of making profit or gain*”. in the doctrine of international law². It can be indicated that in order for an investment to be accepted as a “foreign” or “international” investment, it must have a foreign element in terms of the investor’s personality and the investment process³. A natural person who is a citizen of a different country carries the element of foreignness in terms of legal entities and associations of the nationality of another country. The element of foreignness in the investment process is provided by the transfer of capital and financial funds from one country to another.

Types of Investment

Foreign energy investment is divided into two as direct and indirect. Foreign direct investment is defined as “*the transfer of tangible and intangible assets from one country to*

büyük bir fırsat olan enerji yatırımı, devletler tarafından gerek ulusal mevzuat bazında gerek uluslararası antlaşmalarda düzenlenmiştir. Devletin veya yerli yatırımcıların yanı sıra yabancı yatırımcıların büyük bir çoğunluğunun yatırım konusunu oluşturan enerji yatırımı, konusu itibarıyla doktrinde, hakem heyetlerinde ve içtihat hukukunda gai ve lafzi yorum yapılmak suretiyle birbirinden farklı şekilde tanımlanmaktadır. Bu sebeple yeknesak bir tanım söz konusu değildir¹. Fakat genel olarak uluslararası hukuk doktrininde “*yabancı yatırım, bir gerçek veya tüzel kişi tarafından uzun dönemli bir proje kapsamında, kâr ya da kazanç elde edilmesi temel amacı çerçevesinde, risk alınmak suretiyle, ev sahibi devletin gelişimine katkı sağlayacak düzeyde önemli bir kaynak taahhüdünde bulunulması biçiminde tanımlanmaktadır*”². Bir yatırımın “yabancı” veya “uluslararası” yatırım olarak kabul edilebilmesi için yatırımcının şahsı ve yatırımın süreci açısından yabancılık unsuru taşınması gerektiği söylenebilir³. Farklı bir ülkenin vatandaşı olan gerçek kişi, başka ülkenin tabiiyetindeki tüzel kişi ve dernekler, kişi bakımından yabancılık unsuru taşıyor. Yatırım sürecindeki yabancılık unsuru ise sermayenin, finansal fonun bir ülkeden başka bir ülkeye transferi ile sağlanır.

Yatırım Türleri

Yabancı enerji yatırımı, doğrudan ve dolaylı olmak üzere ikiye ayrılır. Doğrudan yabancı yatırımı “*maddi ve gayri maddi varlıkların bir ülkeden başka bir ülkeye transfer edilmesi*”⁴ şeklinde tanımlanırken dolaylı yabancı ya-

another”⁴, while indirect foreign investment is more often defined as the issuance of stocks or bonds as a portfolio investment⁵. Foreign direct investment, which is a long-term investment type with a more tangible, physical existence, and permanent works, should be undertaken by evaluating the risks and conditions in detail due to these characteristics⁶. Due to the permanence of the investment, a foreign investor who is unable to move the hydroelectric power plant and or solar panel system he or she developed back to his or her home country assumes a significant risk. Consequently, this makes the investor think twice.

III. RISKS FACED BY INVESTORS AND THE PROTECTION MECHANISMS

A. In General

Investing, in accordance with the legislation, conditions and opportunities of another country, involves many economic, political and socio-political risks. While the size of the market in the host state, labor costs, tax obligations, price controls, restrictions on capital transfers, restrictions on hiring foreign workers create economic risks, “*the local people’s boycott of foreign companies, the country’s value judgments preventing shopping from foreign manufacturers and the government’s support of this system*”⁷ contribute to the existence of cultural barriers. Political events and processes in the host state, civil war, political developments and relations between the investor’s state of citizenship or nationality and the host state, the threat of expropriation by the host state against the foreign investor constitute political risks. When political risks are divided into macro and micro political risks, it is observed that macro political risks are relevant for all investors in the host state. Political boycotts by the state, the tendency to expropriate private investment, changes in the tax code, price controls are examples of macro political risks. Micro-political risks are risks that apply to specific sectors, projects and investors. Tax, licensing, registration regulations on certain business activities, decisions to expropriate foreign investments in certain sectors, and import or export regulations only for certain goods are considered micro-political risks.

tırımı daha çok portföy yatırımı olarak hisse senedi veya tahvil ihraç edilmesi şeklinde tanımlanmaktadır⁵. Daha somut, fiziki varlığı olan, ortaya kalıcı eserlerin çıktığı, uzun dönem süren bir yatırım türü olan doğrudan yabancı yatırıma, bu özellikleri nedeniyle riskler ve şartlar detaylı değerlendirilerek girilmelidir⁶. Kurduğu güneş paneli sistemini, yaptığı hidroelektrik santralini yerinden söküp kendi ülkesine götürme şansı olmayan doğrudan yatırım yapan yabancı yatırımcı, yatırımın kalıcılığı nedeniyle çok büyük bir risk yüklenmektedir. Bu da yatırımcıyı iki kez düşünmeye sevk etmektedir.

III. YATIRIMCILARIN KARŞILAŞTIĞI RİSKLER VE KORUMA MEKANİZMALARI

A. Genel Olarak

Bir başka ülkenin mevzuatı, şartları ve imkanları uyarınca yatırım yapmak birçok ekonomik, politik ve sosyo-politik riskleri barındırmaktadır. Ev sahibi devletteki pazarın büyüklüğü, işçilik maliyetleri, vergi yükümlülükleri, fiyat kontrolleri, sermaye transferindeki kısıtlamalar, yabancı işçi çalıştırmadaki sınırlamalar ekonomik riskleri oluştururken bölge halkı yabancı şirketleri boykot etmesi, “ülkedeki değer yargıları yabancı üreticilerden alışveriş yapmayı engellemesi ve hükümetin de bu sistemi desteklemesi” kültürel engellerin⁷ varlığına işaret eder. Ev sahibi devletteki politik olay ve süreçler, iç savaş, yatırımcının vatandaşı veya tabiiyetinde olduğu devlet ile ev sahibi devlet arasındaki politik gelişmeler ve ilişkiler, ev sahibi devletin yabancı yatırımcıya yönelik kamulaştırma tehdidi ise politik riskleri oluşturur. Politik riskler makro ve mikro politik riskler olarak ayrıldığında makro politik risklerin ev sahibi devletteki tüm yatırımcılar için söz konusu olduğunu görürüz. Devletin siyasal boykotları, özel yatırımları kamulaştırma eğilimi, vergi kanununda değişiklikler, fiyat kontrolleri makro politik risklere örnektir. Mikro politik riskler ise belirli sektörler, projeler ve yatırımcılar bazında geçerli olan risklerdir. Belirli işletme faaliyetleri hakkında getirilen vergi, lisans, ruhsat düzenlemeleri, belirli sektördeki yabancı yatırımları kamulaştırmaya yönelik kararlar, sadece belirli mallar bakımından getirilen ithalat veya ihracat düzenlemeleri mikro politik risk olarak değerlendirilir.

FOOTNOTE

1 Alper Çağrı Yılmaz, Enerji Yatırımları ve Uluslararası Koruma Standartları, Ankara, 2012, p. 24.

2 Dolzer Rudolf/ Schreuer Christoph, Principles of International Investment Law, Oxford University Press, New York 2008, p. 60; Schreuer Christoph H., The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge University Press, Cambridge 2001, s. 135; Salacuse, Jeswald W., The Law of Investment Treaties, 2010, p. 18; Schreuer Christoph H., The Dynamic Evolution of the ICSID System, The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: Taking Stock after 40 Years, Nomos Verlagsgesellschaft, (Ed. Rainer Hofmann/ Christian J. Tams), Baden 2007, p. 4.

3 Yılmaz, p. 25.

4 Bilgin Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Dayanırılı Hukuk Yayınları, Ankara 2003, p. 10.

5 Yılmaz, p. 32.

6 Kazem Dehghansomah, Iran Hukuk Sisteminde Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yatırıma El Konulması, Master’s Thesis, İstanbul 2015, p. 4.

7 Mustafa Emir/ Ahmet Kurtaran, “Doğrudan Yabancı Yatırım Kararlarında Politik Risk Unsuru”, Muhasebe ve Finansman Dergisi, S. 28, 2005, p. 4.



DİPNOT

1 Alper Çağrı Yılmaz, Enerji Yatırımları ve Uluslararası Koruma Standartları, Ankara, 2012, s. 24.

2 Dolzer Rudolf/ Schreuer Christoph, Principles of International Investment Law, Oxford University Press, New York 2008, s. 60; Schreuer Christoph H., The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge University Press, Cambridge 2001, s. 135; Salacuse, Jeswald W., The Law of Investment Treaties, 2010, s. 18; Schreuer Christoph H., The Dynamic Evolution of the ICSID System, The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: Taking Stock after 40 Years, Nomos Verlagsgesellschaft, (Ed. Rainer Hofmann/ Christian J. Tams), Baden 2007, s. 4.

3 Yılmaz, s. 25.

4 Bilgin Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Dayanırılı Hukuk Yayınları, Ankara 2003, s. 10.

5 Yılmaz, s. 32.

6 Kazem Dehghansomah, Iran Hukuk Sisteminde Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yatırıma El Konulması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015, s. 4.

7 Mustafa Emir/ Ahmet Kurtaran, “Doğrudan Yabancı Yatırım Kararlarında Politik Risk Unsuru”, Muhasebe ve Finansman Dergisi, S. 28, 2005, s. 4.

PART 5

B. Mechanisms for the Protection of Investments

When choosing a country to invest in, foreign investors weigh and evaluate macro-micro political, economic and cultural risks. Since the host state cannot realize the investments that it wants to realize in its own country through local investors or the state due to reasons such as capital, infrastructure, etc., it enacts various regulations in order to attract foreign investors to its country. States seeking to attract foreign investors by offering incentives, tax reductions, privileged terms and conditions to foreign investors in certain sectors or for certain activities make economic promises and, more importantly, take steps to provide legal protection. By amending national legislation in favor of foreign investors, by signing bilateral investment treaties with many states, and by becoming a party to the Energy Charter Treaty, a multilateral investment treaty that will be discussed in more detail later, it creates a sense of confidence in foreign investors that their investment will be protected and treated in accordance with international standards.

Expropriation is one of the biggest issues that investors will face, and since it is the topic of this article, we will discuss how expropriation is dealt with in international energy investment agreements, how investors are safeguarded from the risk of expropriation, and the guidelines and principles of expropriation in situations where it is necessary and appropriate.

IV. EXPROPRIATION

A. The Concept of Expropriation

Expropriation, which is regulated in Article 46 of the Constitution as *"The State and public legal entities are authorized to expropriate all or part of the immovable properties in private ownership and to establish administrative easements on them, according to the principles and procedures set forth by law, provided that they pay their real value in advance, in cases where the public interest so requires"*,

B. Yatırımın Korunmasına İlişkin Mekanizmalar

Yabancı yatırımcı, yatırım yapacağı ülkeyi seçerken makro-mikro politik riskleri, ekonomik ve kültürel riskleri değerlendirip tartarak karar alır. Ev sahibi devlet de kendi ülkesinde gerçekleştirmek istediği yatırımları sermaye, altyapı vb. sebeplerle yerel yatırımcı veya devlet eliyle gerçekleştiremediği için yabancı yatırımcıları ülkesine çekmek adına çeşitli düzenlemeler yapar. Yabancı yatırımcılara belirli sektörler açısından veya belirli faaliyetler bakımından teşvikler sunarak, vergi indirimi yaparak, imtiyazlı şartlar sağlayarak yabancı yatırımcı çekmek isteyen devletler ekonomik vaatlerden daha da önemli hukuki himaye sağlamaya yönelik adımlar atmaktadır. Milli mevzuatta yabancı yatırım lehine düzenlemeler yaparak, birçok devletle iki taraflı yatırım anlaşması (bilateral agreement) imzalayarak, ileride daha detaylı değinilecek olan ve çok taraflı yatırım anlaşması niteliğini haiz Enerji Şartı Anlaşması'na taraf olarak yabancı yatırımcıya yatırımının korunacağına ve uluslararası standartlar uyarınca muamele göreceğine dair güven hissini yaratır.

Yatırımcının karşılaşacağı en büyük sorunlardan biri olan kamulaştırma bu makalenin konusu olduğundan kamulaştırma meselesinin uluslararası enerji yatırım sözleşmelerinde nasıl düzenlendiği, kamulaştırma tehlikesine karşı yatırımcının nasıl korunduğu, kamulaştırmanın zorunlu ve meşru olduğu hallerde bunun yapılma usul ve esasları incelenecektir.

IV. KAMULAŞTIRMA

A. Kamulaştırma Kavramı

Anayasa'nın 46. maddesinde *"Devlet ve kamu tüzel kişileri, kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir"* şeklinde düzenlenen kamulaştırma *"devlet veya kamu tüzel kişilerin yerine getirmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin yürütülmesinde kullanılmak üzere, kamu yararı amacıyla, özel hukuk kişisinin mülkiyetinde bulunan taşınmazın, malik ile satın alma sürecinde bedel konusunda anlaşılmasını nedeniyle, idarenin başvurusu üzerine asliye hukuk mahkemesi tarafından tespit edilecek gerçek karşılığının idareye ödenmesi halinde mülkiyetinin mahkemenin tescil kararı ile idareye geçmesine ilişkin idari ve adli aşamadan oluşan karma bir işlemdir"*⁸. Özel mülkiyete tabi bir taşınmaz, ancak "kamu yararı"nın gerektirmesi ve taşınmaz sahibine gerçek bedelinin ödenmesi koşuluyla kamulaştırılabilir. Söz konusu unsurları taşımayan kamulaştırma işlemleri idari yargıya tabi iptal davasına konu yapılabilir. Fakat buradaki kamu yararı kavramı soyut olduğundan kesin bir tanımı yapılamamaktadır. Doktrinde dar anlamda kamu yararının, mülkiyet hakkının sınırlanmasında ve özüne müdahale yapılmasındaki ölçüyü⁹ gösterdiği ifade edilirken geniş anlamda bireysel çıkarın üstünde ortak iyilik, genel yarar, toplumsal refah anlamına geldiği belirtilmektedir. Uluslararası yatırım hukuku bağlamında ise kamulaştırma *"mülkiyet hakkına kamusal güç tarafından el konulması ya da bu hakta değişiklikler yapılması olarak"* tanımlanmaktadır¹⁰. Yani Türk hukukunda hukuki bir kurum olarak kabul edilen kamulaştırma, milletlerarası yatırım hukukunda da şartlara uyulmak kaydıyla meşru ve hukuki bir yöntem olarak kabul edilmektedir.

is *"to be used in the execution of public services that the State or public legal entities are obliged to fulfill, it is a mixed procedure consisting of administrative and judicial stages in which, for the purpose of public interest, the immovable property owned by a private law person is transferred to the administration with the registration decision of the court if the real value to be determined by the civil court of first instance upon the application of the administration is paid by the administration due to the failure to agree on the price during the purchase process with the owner"*⁸. An immovable subject to private ownership can only be expropriated if "public interest" so requires and the owner of the immovable is paid its real value. Expropriation transactions that do not meet the aforementioned elements may be subject to action for annulment under administrative jurisdiction. However, since the concept of public interest here is abstract, a precise definition cannot be given. In the doctrine, it is stated that the public interest in the narrow sense indicates *the measure in limiting the right to property and interfering with its essence*⁹, while in the broad sense, it means the common good, general benefit, social welfare above individual interest. In the context of international investment law, expropriation is defined as *"the seizure or modification of property rights by public power"*¹⁰. In other words, expropriation, which is accepted as a legal institution in Turkish law, is also accepted as a legitimate and legal method in international investment law, provided that the conditions are complied with.

B. Direct Expropriation and Indirect Expropriation

It would be appropriate to explain the difference between the concept of expropriation in Turkish law and the concept of indirect expropriation in international investment law as *"In Turkish law, expropriation is a lawful transaction carried out through administrative and judicial proceedings based on the Constitution and the Expropriation Law. On the other hand, indirect expropriation is generally unlawful as the condition of payment of compensation, which is one of the conditions for expropriation to be lawful, is not fulfilled"*¹¹.

lerinin yerine getirmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin yürütülmesinde kullanılmak üzere, kamu yararı amacıyla, özel hukuk kişisinin mülkiyetinde bulunan taşınmazın, malik ile satın alma sürecinde bedel konusunda anlaşılmasını nedeniyle, idarenin başvurusu üzerine asliye hukuk mahkemesi tarafından tespit edilecek gerçek karşılığının idareye ödenmesi halinde mülkiyetinin mahkemenin tescil kararı ile idareye geçmesine ilişkin idari ve adli aşamadan oluşan karma bir işlemdir"

B. Doğrudan-Dolaylı Kamulaştırma

Türk hukukundaki kamulaştırma kavramı ile milletlerarası yatırım hukukundaki dolaylı kamulaştırma kavramları arasındaki farkı: *"Türk hukukunda kamulaştırma, Anayasa ve Kamulaştırma Kanunu'na dayanılarak idari ve adli işlemler vasıtasıyla gerçekleştirilen hukuka uygun nitelikteki bir işlemdir. Dolaylı kamulaştırma ise, genellikle kamulaştırmanın hukuka uygunluk şartlarından tazminat ödenmesi koşulu gerçekleştirilmediğinden hukuka aykırı niteliktedir."*¹¹ şeklinde açıklamak yerinde olacaktır.

FOOTNOTE

8 Meltem Kutlu Gürsel, Kamulaştırma Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

9 Zeynep Fırtına, Enerji Sektöründe Özel Kişiler Lehine Kamulaştırma: Elektrik Piyasası Özelinde İnceleme, Master's Thesis, Ankara 2009, p. 37.

10 Black's Law Dictionary, 9th Edition, St. Paul, Thomson West, 2009, p. 662.

11 Hümeysra Zeynep Erden, Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma, İstanbul, 2015, p. 116-117.

DİPNOT

8 Meltem Kutlu Gürsel, Kamulaştırma Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

9 Zeynep Fırtına, Enerji Sektöründe Özel Kişiler Lehine Kamulaştırma: Elektrik Piyasası Özelinde İnceleme, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s. 37.

10 Black's Law Dictionary, 9th Edition, St. Paul, Thomson West, 2009, s. 662.

11 Hümeysra Zeynep Erden, Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma, İstanbul, 2015, s. 116-117.

PART 5

FOOTNOTE

12 Örneğin bkz. Biloune v. Ghana, s. 183-211; Metalclad v. Mexico, para. 31, 35, 38; Siemens v. Argentina, para. 271.

13 Örneğin bkz. Benvenuti et Bonfant v. Congo, para. 4.24-4.37; Fireman's Fund Insurance v. Mexico, para. 176/1, dn. 155.

14 Erden, p. 117.

15 Erden, p. 117.

16 Kamulaştırma Kanunu (m. 1/1).

17 Erden, p. 117.

18 Middle East Cement Shipping v. Egypt, para. 107; Tippetts, para. III/1.

19 Erden, p. 119.

20 For Turkish Law Anayasa (m. 46/1); Kamulaştırma Kanunu (m. 1/1). For international investment law. Sornarajah, p. 375; Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırım, p. 192.

21 Erden, p. 119.

22 Bağdagül Kaya Caner, Enerji Yatırımlarından Doğan Uyuşmazlıklarda Uluslararası Tahkim, Ankara, 2021, p. 192-193.

23 Kaya Caner, p. 193.

24 Kaya Caner, p. 195.

25 Kaya Caner, p. 195.

26 PSEG Global Inc. And Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5.

27 Kaya Caner, p. 195-196.

28 PSEG Global Inc. And Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Decision, 19.01.2007.

29 Kaya Caner, p. 196.

Unlike expropriation, indirect expropriation may lack a legal basis. Indirect expropriation may be realized through the regulatory acts of the administration¹² or as a result of the inaction of the administration^{13,14}. Indirect expropriation can manifest in many different forms. Examples include the revocation of previously issued business or construction licenses, non-issuance or non-renewal of licenses or free zone permits, disproportionate tax increases, criminal prosecution, arrest or deportation of the investor or key players in the investment, government interference in the management of the investment through the appointment of a person, and export bans¹⁵.

One of the most important differences between these two concepts is that while expropriation in Turkish law is the process of transferring plots¹⁶, land and other immovable property to the ownership of the state, in international indirect expropriation, the subject is not limited to the immovable property, but the investor's business, movable property, rights arising from intellectual and industrial property law¹⁷.

The last difference between both expropriations is that in expropriation, the ownership of the immovable property is transferred to the state, whereas in indirect expropriation, the ownership remains with the investor, but the exercise of the rights arising from the ownership is significantly limited or completely eliminated^{18,19}.

In terms of the similarity between the two concepts, we can mention that both types of expropriation are carried out by public legal entities^{20,21}.

C. Indirect Expropriation and Interventions that cannot be considered as Expropriation

"Regarding the state's expropriation of foreign investments, the issue of which type of expropriation is considered lawful and which type of expropriation is considered unlawful is controversial"²². Therefore, in each concrete case, the issue of which acts of the state will be taken within the scope of expropriation and which will not should be examined individually in the light of the principles mentioned in the Energy Charter Treaty, especially on the basis of Articles 10 and 13. In addition, as mentioned before, the

Kamulaştırmadan farklı olarak, dolaylı kamulaştırma kanuni dayanaktan yoksun olabilir. Dolaylı kamulaştırma idarenin düzenleyici işlemleri¹² ile olabileceği gibi idarenin eylemsizliği sonucunda¹³ da gerçekleşebilir¹⁴. Dolaylı kamulaştırma pek çok farklı şekillerde tezahür edebilir. Bunlara, daha önceden verilen işletme veya inşaat ruhsatının iptal edilmesi, lisans veya serbest bölge izinlerinin verilmemesi ya da yenilenmemesi, orantısız vergi artışları, yatırımcının veya yatırım için kilit rolde olan kişilerin ceza kovuşturmasına tabi tutulması, tutuklanması veya sınır dışı edilmesi, yatırımın yönetimine hükümet tarafından kişi tayin etmek suretiyle müdahalede bulunulması ve ihracat yasağı kararlarını örnek olarak sayabiliriz¹⁵.

Bu iki kavram arasındaki en önemli farklardan biri de Türk hukukundaki kamulaştırma arsa, arazi ve diğer taşınmazların devletin mülkiyetine geçirilmesi işlemi iken¹⁶, milletlerarası dolaylı kamulaştırmada çoğunlukla konu taşınmaz ile sınırlı kalmayıp yatırımcının işletmesine, taşınır mallarına, fıkri ve sinai mülkiyet hukukundan doğan haklarına yönelik olmaktadır¹⁷.

Her iki kamulaştırmaya yönelik farklardan sonuncusu ise, kamulaştırmada ilgili taşınmazın mülkiyeti devlete geçmekte iken dolaylı kamulaştırmada mülkiyet yatırımcıda kalmakta fakat mülkiyetten doğan haklarının kullanılması önemli ölçüde sınırlandırmakta ve yahut tamamen ortadan kalkmaktadır^{18,19}.

İki kavram arasındaki benzerlik açısından ise her iki kamulaştırma türünün de kamu tüzel kişileri tarafından yapılmasını zikredebiliriz^{20,21}.

C. Dolaylı Kamulaştırma İle Kamulaştırma Sayılamayacak Müdahaleler

"Devletin yabancıların yatırımlarına el atmasına ilişkin olarak, hangi tür el atmanın hukuka uygun, hangi tür el atmanın hukuka aykırı kabul edileceği hususu tartışmalıdır"²². Dolayısıyla devletin hangi tasarrufunun kamulaştırma kapsamında alınacağı hangisinin alınmayacağı hususu her somut olayda Enerji Şartı Anlaşması'nda zikredilen ilkeler ışığında özellikle 10 ve 13. madde bazında tek tek incelenmelidir. Ayrıca daha önce de zikredildiği üzere kamulaştırmanın konusu "gayrimenkuller olabildiği gibi, menkuller,

subject of expropriation can be "real estate, movables, licenses, permits and contractual rights"²³.

Although the general principles of the Energy Charter Treaty must be complied with in order for a lawful expropriation to take place, whether the necessary conditions are met will be determined by the arbitral tribunal's examination of the concrete dispute²⁴.

In determining whether expropriation has occurred in the concrete dispute, the arbitral tribunal applies the substantial deprivation test and decides accordingly²⁵. In PSEG v. Turkey²⁶, the arbitral tribunal emphasized that in order for expropriation to be considered expropriation, the investor must be substantially deprived of the rights related to its investment and lists these rights as "deprivation of control of the investment, of the day-to-day management and administration of the company, of the right to the distribution of income and profits, of the selection of the company's managers and personnel, of the company's property or of the control of all or part of such property"^{27,28}.

In another energy investment dispute, CMS Gas Transmission Company v. Argentina, the investor company applied to ICSID on the grounds of violation of the fair and equitable standard of treatment, non-arbitrary and non-discriminatory treatment and prohibition of expropriation without compensation²⁹.



lisans, ruhsat ve sözleşmeden doğan haklar da olabilmektedir"²³.

Hukuka uygun bir el atmanın gerçekleştirilmesi için Enerji Şartı Anlaşması'nın genel ilkelerine uyulması zorunlu olsa da, gerekli şartların karşılanıp karşılanmadığı, hakem heyetinin somut uyuşmazlığa yönelik incelemeleri sonucunda tespit edilebilecektir²⁴.

Hakem heyeti somut uyuşmazlıkta devletleş-tirmenin gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlerken önemli ölçüde mahrum kalma (substantial deprivation) testini uygulamakta ve bunun sonucuna göre karar vermektedir²⁵. PSEG v. Turkey²⁶ kararında da hakem heyeti, el atmadan söz edilebilmesi için yatırımcının yatırımına ilişkin haklardan önemli ölçüde mahrum kalması gerektiğini vurgulamış ve bu hakları "yatırımın kontrolünden, şirketin gündelik sevk ve idaresinden, gelirin ve kârın dağıtımına ilişkin haklardan, şirket yönetimi ve personelinin seçimi, şirketin mallarından veya bu malların tamamının veya bir bölümünün kontrolünden mahrum bırakılması"²⁷ şeklinde sıralamıştır²⁸.

Diğer bir enerji yatırımı uyuşmazlığı olan CMS Gas Transmission Company v. Argentina davasında ise yatırımcı şirket adil ve hakkaniyete uygun muamele standardı, keyfi ve ayrımcı davranmama ve tazminatsız el atmanın yasaklanması hükümlerine aykırılık gerekçesi ile ICSID'e başvurmuştur²⁹.

DİPNOT

12 Örneğin bkz. Biloune v. Ghana, s. 183-211; Metalclad v. Mexico, para. 31, 35, 38; Siemens v. Argentina, para. 271.

13 Örneğin bkz. Benvenuti et Bonfant v. Congo, para. 4.24-4.37; Fireman's Fund Insurance v. Mexico, para. 176/1, dn. 155.

14 Erden, s. 117.

15 Erden, s. 117.

16 Kamulaştırma Kanunu (m. 1/1).

17 Erden, s. 117.

18 Middle East Cement Shipping v. Egypt, para. 107; Tippetts, para. III/1.

19 Erden, s. 119.

20 Türk hukuku için bkz. Anayasa (m. 46/1); Kamulaştırma Kanunu (m. 1/1). Milletlerarası yatırım hukuku için bkz. Sornarajah, s. 375; Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırım, s. 192.

21 Erden, s. 119.

22 Bağdagül Kaya Caner, Enerji Yatırımlarından Doğan Uyuşmazlıklarda Uluslararası Tahkim, Ankara, 2021, s. 192-193.

23 Kaya Caner, s. 193.

24 Kaya Caner, s. 195.

25 Kaya Caner, s. 195.

26 PSEG Global Inc. And Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5.

27 Kaya Caner, s. 195-196.

28 PSEG Global Inc. And Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Karar, 19.01.2007.

29 Kaya Caner, s. 196.

PART 5

FOOTNOTE

30 Kaya Caner, p. 197.

31 CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision, 12.05.2005, para. 263-264.

32 Kaya Caner, p. 197.

33 The PV Investors v. Spain (UNCITRAL), Charanne (the Netherlands) and Construction Investments (Luxembourg) v. Spain (SCC), Isolux Infrastructure Netherlands B.V. v. Spain (SCC), CSP Equity Investment S.a.r.l. v. Spain (SCC), RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.a.r.l. v. Spain (ICSID Case No. ARB/13/30), Antin Infrastructure Services Luxembourg S.a.r.l. And Antin Energia Termosolar B.V. v. Spain (ICSID Case No. ARB/13/31), Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.a.r.l. v. Spain (ICSID Case No. ARB/13/36), Masdar Solar & Wind Cooperatief UA v. Spain (ICSID Case No. ABR/14/01), nextera Energy Global Holdings B.V. and nextera Energy Spain Holdings B.V. v. Spain (ICSID Case No. ABR/14/11), infrared Environmental Infrastructure GP Ltd. Et al v. Spain (ICSID Case No. ABR/14/12), Renergy S.a.r.l. v. Spain (ICSID Case No. ABR/14/18) are some of these cases.

34 Kaya Caner, p. 197.

35 Nykomb Synergetics Technology Holding AB (İsveç) v. Letonya, Karar, Stokholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü, 16.12.2003, p. 33.

36 Kaya Caner, p. 198.

37 Kaya Caner, p. 198-199.

38 Kaya Caner, p. 199.

39 Kaya Caner, p. 199.

40 Kaya Caner, p. 200.

In the case at hand, the investor company became a 30% shareholder in TGN, a natural gas transmission company established in Argentina, as a result of privatization. According to the agreement, TGN will calculate the tariffs by converting US dollars to Argentine Pesos at the current exchange rate and will reflect the inflation difference in the tariffs to avoid any loss of profit. Although the necessary authorization for this price policy was obtained from the Argentine Energy Market for 35 years, the authorization was later revoked as a result of the devaluation in the country. Despite the investor's 75% loss of profit, the tribunal ruled that there was no substantial deprivation and consequently no expropriation, on the grounds that *"the investor retained control of its investment, the state did not manage the day-to-day routine operations of the company, and the company continued to own and control its investment"*^{30,31}.

Whether interventions by the host state in foreign energy investments constitute expropriation has come up in various disputes³². In particular, there has been a significant increase in disputes regarding renewable energy investments in the last decade^{33,34}.

In these cases, the dispute is generally centered on whether the investor's profits are significantly lower than expected as a result of the subsequent breach of prior commitments, particularly with respect to pricing, constitutes indirect expropriation.

In this context, we are of the opinion that it would be useful to briefly examine the first arbitration case based on the Energy Charter Treaty, Nykomb Synergetics Technology Holding AB (Nykomb) v. Latvia^{35,36}.

In 1997, Latvia announced that tariffs would be doubled in order to attract foreign investors in the electricity sector and made the necessary legislative amendments. In this context, Nykomb, which considered that investing in the host country would be a good opportunity, made the necessary investments, but the payment was not made as promised. Instead of double tariff, 75% more than the tariff in force was paid for the electricity produced³⁷.

Somut olayda yatırımcı şirket Arjantin'de kurulmuş olan TGN isimli doğal gaz iletim faaliyetleri yürüten şirkete %30 oranında özelleştirme neticesinde ortak olmuştur. Anlaşmaya göre TGN ücretlendirmeyi güncel döviz kuru üzerinden ABD dolarının Arjantin Pesosuna çevirerek hesaplayacaktır ve kar kaybı olmayacaktır. Bu fiyat politikası için Arjantin Enerji Piyasası'ndan 35 yıllığına gerekli izinlerin alınmış olmasına rağmen, ülkede gerçekleşen devalüasyon neticesinde verilen izin sonradan iptal edilmiştir. Yatırımcının %75 oranında kar kaybına uğramasına rağmen hakem heyeti, *"yatırımcının yatırımının kontrolünü elinde tuttuğu, devletin şirkete ilişkin günlük mutad operasyonları yönetmediği bunun yanı sıra şirketin yatırımının mülkiyet ve kontrolünü elinde tutmaya devam ettiği"*³⁰ gerekçesi ile önemli ölçüde mahrum kalma halinin söz konusu olmadığına ve sonuç olarak kamulaştırmanın söz konusu olmadığına hükmetmiştir³¹.

Ev sahibi devlet tarafından yabancı enerji yatırımlarına yönelik yapılan müdahalelerin kamulaştırma teşkil edip edemeyeceği çeşitli uyuşmazlıklarda gündeme gelmiştir³². Özellikle yenilenebilir enerji yatırımlarına yönelik uyuşmazlıklarda son on yıl içerisinde önemli bir artış göze çarpmaktadır^{33,34}.

Söz konusu bu davalarda uyuşmazlığın genel olarak toplandığı nokta özellikle fiyatlandırma konusunda önceden verilen taahhütlerin sonradan bozulması neticesinde yatırımcının karının önemli ölçüde beklenenden düşük olmasının, dolaylı kamulaştırmaya girip girmeyeceği hususudur.

Bu kapsamda Enerji Şartı Anlaşması'na dayanılarak açılan ilk tahkim davası olan olan Nykomb Synergetics Technology Holding AB (Nykomb) v. Letonya³⁵ davasını kısaca incelemenin faydalı olacağı kanaatindeyiz³⁶.

Letonya 1997 yılında elektrik sektörüne yabancı yatırımcı çekmek amacıyla tarifelerin çift kat olarak ücretlendirileceğini duyurmuş ve buna yönelik gerekli mevzuat değişikliklerini yapmıştır. Bu kapsamda ev sahibi ülkeye yatırım yapmanın iyi bir fırsat olacağını değerlendiren Nykomb gerekli yatırımları

Nykomb then applied to the Stockholm Chamber of Commerce arbitration claiming a violation of Article 13 of the ECT. In this context, the arbitral tribunal did not interpret the change of the double tariff by the host state as indirect expropriation in violation of Article 13, but ruled that there was a violation of the protection of the investor's justified expectations under Article 10 of the ECT³⁸.

In the reasoning of the award, the arbitral tribunal stated that the host state only amended the generation license and did not confiscate the assets of the investor's investment or intervene in the management of the investor's investment, and therefore, although the protection of the investor's justified expectations was violated, it concluded that there was no expropriation under Article 13 of the ECT³⁹.

In conclusion, as mentioned in the above-mentioned arbitral awards, *"It is possible to say that the threshold for the host State's acts and actions to constitute an expropriation is generally perceived to be higher by arbitral tribunals. Therefore, it is possible that host States' acts and actions that cannot be considered as expropriation may be characterized as contrary to the principle of fair and equitable treatment"*⁴⁰.

V. EXAMPLES OF INDIRECT EXPROPRIATION IN INTERNATIONAL BILATERAL INVESTMENT TREATIES

Since many actions and transactions are included in the concept of indirect expropriation, bilateral investment treaties do not enumerate examples in an exhaustive manner. By drawing a general framework, the scope of transactions that may harm the investment is tried to be expressed.

yapmış fakat ödeme taahhüt edildiği şekilde yapılmamıştır. Üretilen elektrige çift kat tarife yerine yürürlükteki tarifenin %75 fazlası ödenmiştir³⁷.

Bunun üzerine Nykomb, EŞA'nın 13. maddesinin ihlali iddiasıyla Stokholm Ticaret Odası tahkimine başvurmuştur. Bu kapsamda hakem heyeti ev sahibi devlet tarafından çift kat tarifenin değiştirilmesini 13. Madde ihlali niteliğinde dolaylı kamulaştırma olarak yorumlamamış fakat EŞA'nın 10. Maddesi kapsamında yatırımcının haklı beklentilerinin korunmasına yönelik bir ihlal olduğuna hükmetmiştir³⁸.

Hakem heyeti kararın gerekçesinde ise ev sahibi devletin yalnızca üretim lisansında değişiklik yaptığını, yatırımcının yatırımına yönelik mal varlığı değerlerine el koymadığını veya hut yönetimine bir müdahalede bulunmadığını belirtmiş, bu nedenle yatırımcının haklı beklentisinin korunması ihlal edilmiş de EŞA m. 13 kapsamında bir kamulaştırmadan söz edilemeyeceği kanaatine ulaşmıştır³⁹.

Sonuç olarak yukarıda bahsettiğimiz hakem kararlarında da bahsedildiği üzere *"ev sahibi devletin işlem ve eylemlerinin el atma/kamulaştırma niteliğini teşkil edebilmesi için öngörülen eşğin genellikle hakem heyetlerince daha yüksek algılandığını söylemek mümkündür. Bu nedenle, ev sahibi devletlerin el atma mertebesinde kabul edilemeyecek işlem ve eylemlerinin, adil ve eşit muamele ilkesine aykırı olarak nitelendirilmesi mümkündür"*⁴⁰.

V. ULUSLARARASI İKİLİ YATIRIM SÖZLEŞMELERİNDE DOLAYLI KAMULAŞTIRMA ÖRNEKLERİ

Dolaylı kamulaştırma kavramına birçok eylem ve işlem dahil olduğundan ikili yatırım anlaşmalarında tahdidi olarak örnekler sayılmamıştır. Genel bir çerçeve çizmek suretiyle yatırıma zarar verecek işlemlerin kapsamı ifade edilmeye çalışılmıştır.

DİPNOT

30 Kaya Caner, s. 197.

31 CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Karar, 12.05.2005, paragraf 263-264.

32 Kaya Caner, s. 197.

33 The PV Investors v. Spain (UNCITRAL), Charanne (the Netherlands) and Construction Investments (Luxembourg) v. Spain (SCC), Isolux Infrastructure Netherlands B.V. v. Spain (SCC), CSP Equity Investment S.a.r.l. v. Spain (SCC), RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.a.r.l. v. Spain (ICSID Case No. ARB/13/30), Antin Infrastructure Services Luxembourg S.a.r.l. And Antin Energia Termosolar B.V. v. Spain (ICSID Case No. ARB/13/31), Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.a.r.l. v. Spain (ICSID Case No. ARB/13/36), Masdar Solar & Wind Cooperatief UA v. Spain (ICSID Case No. ABR/14/01), nextera Energy Global Holdings B.V. and nextera Energy Spain Holdings B.V. v. Spain (ICSID Case No. ABR/14/11), infrared Environmental Infrastructure GP Ltd. Et al v. Spain (ICSID Case No. ABR/14/12), Renergy S.a.r.l. v. Spain (ICSID Case No. ABR/14/18) bu davalardan bazılarıdır.

34 Kaya Caner, s. 197.

35 Nykomb Synergetics Technology Holding AB (İsveç) v. Letonya, Karar, Stokholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü, 16.12.2003, s. 33.

36 Kaya Caner, s. 198.

37 Kaya Caner, s. 198-199.

38 Kaya Caner, s. 199.

39 Kaya Caner, s. 199.

40 Kaya Caner, s. 200.

PART 5

A. Expropriation in the Agreement between the Republic of Turkey and the Swiss Confederation on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments

Article 5 of the bilateral investment treaty between Turkey and Switzerland stipulates that *"The Contracting Parties shall not indirectly or directly expropriate or nationalize, or subject to similar measures, the investments of investors of the other Contracting Party, except where such investments are made for purposes of public interest and in a non-discriminatory manner and where adequate and effective compensation is paid in a timely manner and in accordance with the law. The amount of compensation shall be paid to the investor without delay and shall be freely transferable"*. The phrase *"shall not indirectly and directly expropriate or nationalize or subject to similar measures"* in the said provision shows that nationalization is also within the scope of indirect expropriation, and that measures that are similar to expropriation or have similar effects to expropriation will also be considered as indirect expropriation. In other words, a sudden increase in taxes, the subsequent introduction of environmental regulations that did not exist when the investor initiated the investment and that will cause a great cost for the energy investment; actions such as cutting off the water, electricity, road of the energy investment facility has similar consequences to expropriation and therefore constitute indirect expropriation. Therefore, such actions by the state would constitute a breach of the bilateral investment treaty.

B. Expropriation under the Turkey-Kazakhstan Agreement on Reciprocal Promotion and Protection of Investments

Article 3 of this bilateral investment treaty⁴¹ stipulates that *"Neither Party shall subject the investments of investors of the other Party within its territory to nationalization, expropriation or similar practices which have the effect*

A. Türkiye Cumhuriyeti ile İsviçre Konfederasyonu Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması'nda Kamulaştırma

Türkiye ile İsviçre arasında yapılan ikili yatırım anlaşmasının 5. maddesinde "Akit Taraflar diğer Akit Taraf yatırımcılarının yatırımlarını kamu yararı amacı ile yapılacakları ve ayırım gözetmeyecek şekilde ve yeterli ve etkin tazminatın zamanında ödendiği ve kanuna uygun hareket edildiği haller dışında dolaylı ve doğrudan doğruya kamulaştırmayacak veya devletleştirmeyecek veya benzer önlemlere tabi tutmayacaktır. Tazminat tutarı yatırımcıya gecikmeksizin ödenecek ve serbestçe transfer edilebilecektir" şeklinde bir hüküm öngörülmüştür. Söz konusu hükümdeki "dolaylı ve doğrudan doğruya kamulaştırmayacak veya devletleştirmeyecek veya benzer önlemlere tabi tutmayacaktır" ibaresi devletleştirmenin de dolaylı kamulaştırma kapsamında olduğunu, kamulaştırmaya benzer işlemlerin yapıldığı veya kamulaştırmaya benzer etkilere sahip olan önlemlerin de dolaylı kamulaştırma olarak kabul edileceğini göstermektedir. Yani vergilerdeki ani artış, yatırımcı yatırımı başlattığında var olmayan çevre düzenlemelerinin sonradan getirilmesi ve bunun enerji yatırımı açısından büyük maliyete sebebiyet verecek olması; enerji yatırım tesisinin suyunu, elektriğini, yolunu kesmek gibi eylemler kamulaştırmaya benzer sonuçlar doğurduğundan dolaylı kamulaştırma ihtiva eder. Dolayısıyla taraf devletin bu tür işlemleri ikili yatırım anlaşmasının ihlaline vücut verecektir.

B. Türkiye-Kazakistan Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması'nda Kamulaştırma

Bu iki taraflı yatırım anlaşmasının⁴¹ 3. maddesinde ise "Kamu yararı amacıyla, ayırımcı olmayan, zamanında, yeterli ve etkin tazminat ödeyerek ve kanuni yollarla ve işbu Anlaşmanın 2. maddesinde belirtilen genel

of nationalization, expropriation or similar effects, except in the public interest, non-discriminatory, timely, adequate and effective compensation and by lawful means and in accordance with the general principles set forth in Article 2 of this Treaty". In the event of discriminatory treatment between a domestic investor and a Kazakhstani investor or between a foreign investor and a Kazakhstani investor, the Kazakhstani investor has the option to file a lawsuit in Turkish domestic courts, as well as to refer to the international responsibility of the Republic of Turkey based on this bilateral investment treaty, and to international arbitration as provided for in the said agreement.

C. Expropriation in the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the Republic of Korea on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments

Article 6, paragraph 1 of the investment agreement concluded between the Republic of Korea and the Republic of Turkey⁴² stipulates that *"Investments of citizens and companies of both Contracting Parties shall*

ilkelere uygun olarak yapılan işlemler dışında Taraflardan hiçbiri, kendi ülkesi sınırları içerisindeki diğer Taraf yatırımcılarının yatırımlarını, devletleştirme, kamulaştırma ve benzeri etkileri yaratan uygulamalara tabi tutmayacaktır." şeklinde bir hüküm öngörülerek kamulaştırma şartlarından birinin ayrımcılık yapmama olduğu belirtilmiştir. Yerli yatırımcı ile Kazakstanlı yatırımcı arasında veya bir başka yabancı yatırımcı ile Kazakstanlı yatırımcı arasında ayrımcılık teşkil eden bir muamele söz konusu ise Kazakstanlı yatırımcı Türk yerel mahkemelerinde dava açma seçeneğinin yanı sıra işbu ikili yatırım anlaşmasına dayanarak Türkiye Cumhuriyeti'nin uluslararası sorumluluğuna da atıf yapabilecek, söz konusu sözleşmede öngörüldüğü üzere uluslararası tahkime gidebilecektir.

C. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kore Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma'da Kamulaştırma

Kore Cumhuriyeti ile Türkiye Cumhuriyeti arasında akdedilen yatırım anlaşmasının⁴² 6. maddesinin 1. fıkrasında "Her iki Akit Tarafın vatandaş ve şirketlerinin yatırımları, kamu yararı amacı ile yapılacak ve ayırım gözetmeyecek

FOOTNOTE

⁴¹ Agreement on Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Republic of Turkey and the Republic of Kazakhstan published in the Official Gazette dated 11.02.1995 and numbered 22199.

⁴² Agreement on Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Government of the Republic of Turkey and the Government of Republic of Korea published in the Official Gazette dated 02.05.1994 and numbered 21922.



DİPNOT

⁴¹ 11.02.1995 tarih ve 22199 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Türkiye Cumhuriyeti ile Kazakistan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması.

⁴² 02.05.1994 tarih ve 21922 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kore Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma.

PART 5

be made for the purpose of public interest and shall not be expropriated or subjected to measures similar to expropriation and nationalization, except in cases where it is necessary for the internal needs of the Host Country in a non-discriminatory manner and at the same time adequate and effective compensation is paid in a timely manner and in accordance with the law". This provision, which stipulates public interest for expropriation, is similar to the expropriation provisions in Turkish legislation in this respect. Foreign investors may claim accountability from the host state under the terms of the international agreement in opposition to the expropriation process of the state that is unable to prove the public interest. The agreement also stipulates that the compensation to be awarded for wrongful expropriation must be adequate and effective. In terms of compensation, the provision of effective compensation means that the host state will not be able to pay the compensation many years later in a worthless currency. The adoption of the Hull Formula⁴³, which is now accepted as international law, is demonstrated by the requirement of adequate compensation rather than acceptable compensation. This opens the door for the foreign investor to recover all damages suffered.

D. Expropriation in the Agreement between the Republic of Turkey and Japan on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments

Article 5, paragraph 3 of Turkey's energy investment agreement with Japan⁴⁴ states that "The compensation referred to in the provisions of paragraph 2 of this Article shall correspond to the normal market value of the investment and its proceeds on the date of the commencement or announcement of the expropriation, nationalization or measures having an equivalent effect, whichever is earlier, but shall not take into account any reduction in market value due to expectations of the eventual confiscation. Such compensation shall be paid without delay and shall include appropriate interest for the period up to the time of payment. Such compensation shall be convertible into cash and shall be freely transferable and shall be paid in such a manner as to prevent citizens and companies from being in a less favorable position than they would have been had the compensation been paid at the time of the expropriation, nationalization or measures having a similar ef-

şekilde Ev Sahibi Ülke'nin iç ihtiyaçları için gerekli olan ve aynı zamanda yeterli ve etkin tazminatı zamanında ödenen ve kanuna uygun hareket edilen haller dışında kamulaştırılmayacak veya kamulaştırma ve devletleştirilme benzer önlemlere tabi tutulmayacaklardır." hükmü öngörülmüştür. Kamulaştırma için kamu yararını öngören bu düzenleme, Türk mevzuatındaki kamulaştırma hükümlerine bu açıdan benzerlik göstermektedir. Kamu yararını ispat edemeyen devletin kamulaştırma işlemine karşı yabancı yatırımcı uluslararası sözleşmeye dayanarak ev sahibi devletin sorumluluğuna gidebilecektir. Ayrıca haksız kamulaştırma için hükmedilecek tazminatın yeterli ve etkin olması da anlaşmada şart koşulmuştur. Tazminatlar açısından ise etkin tazminatın öngörülmesi, ev sahibi devletin tazminatı uzun yıllar sonra, değersiz bir para birimiyle ödeyemeyeceği anlamına gelmektedir. Uygun tazminat yerine yeterli tazminatın öngörülmesi uluslararası teamül hukuku haline gelen Hull Formülü'nün kullanıldığını⁴³ göstermekte olup yabancı yatırımcının uğradığı tüm zararları isteyebilmesinin önünü açmaktadır.

D. Türkiye Cumhuriyeti ile Japonya Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma'da Kamulaştırma

Türkiye'nin Japonya ile akdettiği enerji yatırım anlaşmasının⁴⁴ 5. maddesinin 3. fıkrasında "Bu maddenin 2. paragrafındaki hükümlerde bahsi geçen tazminat, kamulaştırmanın, millileştirmenin veya bunlara eşit etkisi olan önlemlerin başladığı veya ilan edildiği tarihten hangisi daha önce gerçekleşirse, yatırımın ve hasılatlarının bu tarihteki normal piyasa değerine tekabül edecektir, ancak sonuçta gerçekleşen el koymayla ilgili beklentiler nedeniyle piyasa değerinde meydana gelen düşmeler dikkate alınmayacaktır. Bu tür tazminat gecikmeksizin ödenecek ve ödeme zamanına kadar geçen süreyi göz önüne alan uygun bir faizi de kapsayacaktır. Söz konusu tazminat nakite çevrilebilecek ve serbestçe transfer edilebilecek ve eğer tazminat, kamulaştırmanın, millileştirmenin veya bunlara benzer etkisi olan önlemlerin gerçekleştiği tarihte ödenmiş olsaydı vatandaş ve şirketlerin bulunacakları durumdan daha az elverişli bir durumda olmalarını önleyecek bir şekilde

fect". When rumors of expropriation arise, the value of the invested enterprise drops significantly. Since this creates a disadvantageous situation for foreign investors, the fair market value before the rumors of expropriation is taken as the basis for determining the compensation. The payment of compensation without delay is related to the concept of effective compensation and is stipulated in the agreement in order to prevent an increase in the loss due to both the depreciation of the currency and the late receipt of the compensation by the investor.

When rumors of expropriation arise, the value of the invested enterprise drops significantly.

Kamulaştırma söylentileri çıktığında yatırım konusu işletmenin değeri büyük ölçüde düşmektedir.

E. Expropriation in the Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Belgium-Luxembourg Economic Union for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments

Article 4, paragraph 3 of the bilateral investment treaty⁴⁵ stipulates that "Compensation shall be freely transferred to the country of origin of the citizen or company and in the currency in which the investment was made, or to any other country agreed upon by the citizen or company and the Contracting State and in any convertible currency, to be carried out efficiently". The provision stipulates that the compensation to be paid following unjust and unlawful expropriation shall be paid in a convertible currency, that is, in a curren-

ödenecektir." şeklindeki düzenleme ile tazminatın hakkaniyete uygun belirlenmesini sağlamıştır. Kamulaştırma söylentileri çıktığında yatırım konusu işletmenin değeri büyük ölçüde düşmektedir. Bu durum da yabancı yatırımcı açısından dezavantajlı bir durum yarattığından bedel belirlenirken kamulaştırma söylentilerinden önceki adil piyasa değeri esas alınmaktadır. Tazminat bedelinin gecikmeksizin ödenmesi etkin tazminat kavramına ilişkin olup gerek paranın değer kaybetmesi gerek yatırımcının tazminat alacağına geç ulaşması nedeniyle zararın artmasına engel olmak amacıyla anlaşmada öngörülmüştür.

E. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Belçika-Lüksemburg Ekonomik Birliği Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması'nda Kamulaştırma

Söz konusu iki taraflı yatırım anlaşmasının⁴⁵ 4. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen "Tazminat, vatandaş veya şirketin menşe ülkesine ve yatırım yapıldığı para cinsinden veya vatandaş veya şirket, Akit ülkenin üzerinde anlaşacakları herhangi bir ülkeye ve herhangi bir konvertibl para cinsinden etkinlikle gerçekleştirilecek şekilde serbestçe transfer edilecektir." hükmü, haksız ve hukuka aykırı kamulaştırmayı müteakiben ödenecek olan tazminatın konvertibl bir para cinsi üzerinden yani uluslararası piyasalarda tedavül edebi-

FOOTNOTE

⁴³ Ali Osman Karaoğlu, Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, İstanbul 2019, p. 21.

⁴⁴ Agreement on Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Republic of Turkey and Japan published in the Official Gazette dated 16.01.1993 and numbered 21467.

⁴⁵ Agreement on Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Government of the Republic of Turkey and the Belgium-Luxembourg Economic Union published in the Official Gazette dated 08.10.1989 and numbered 20306.

DİPNOT

⁴³ Ali Osman Karaoğlu, Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, İstanbul 2019, s. 21.

⁴⁴ 16.01.1993 tarih ve 21467 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Türkiye Cumhuriyeti ile Japonya Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma.

⁴⁵ 08.10.1989 tarih ve 20306 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Belçika-Lüksemburg Ekonomik Birliği Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması.

PART 5

cy that can be circulated in international markets and has a certain value in the markets. In the past, Latin American countries offered to “pay in coal” as compensation for the French investments they expropriated when they declared their independence, but this was rejected by the investors as coal was not a convertible currency. Therefore, this agreement emphasizes that payments cannot be made in such non-monetary commodities or values.

VI. EXPROPRIATION IN THE ENERGY CHARTER TREATY

In order to avoid sanctions arising from unlawful expropriation transactions, states prefer to intervene indirectly by taking actions that reduce the profits of foreign investment, make it difficult and to a large extent prevent the continuation of the investment, instead of explicitly expropriating directly. Therefore, in order to prevent this and protect investors’ international investments worldwide, indirect expropriation is prohibited in many international investment treaties.

Turkey signed the Energy Charter Treaty in Lisbon on December 17, 1994, becoming the 42nd country to ratify this treaty, which is of great importance in protecting foreign energy investments from host state interventions. The purpose of the Energy Charter Treaty, which is of critical importance for the protection of foreign investors and the promotion of investment, can be listed as “increasing the security of energy supply, maximizing the

len, piyasalarda belirli bir değeri olan para cinsiyle ödeme yapılacağını öngörmüştür. Geçmişte Latin Amerika ülkeleri bağımsızlıklarını ilan ederken kamulaştırdıkları Fransız yatırımlarında tazminat olarak “kömür ile ödeme” teklifinde bulunsalar da kömür konvertibl bir para birimi olmadığından yatırımcılar tarafından reddedilmiştir. Dolayısıyla bu anlaşmada da bu tür para niteliğinde olmayan meta veya değerler ile ödeme yapılmayacağı hususu vurgulanmıştır.

VI. ENERJİ ŞARTI ANLAŞMASI’NDA KAMULAŞTIRMA

Devletler, hukuka aykırı kamulaştırma işlemlerinden doğan yaptırımlardan kaçınmak amacıyla açıkça doğrudan kamulaştırma yapmak yerine yabancı yatırımın kârını düşüren, yatırımın devamını zorlaştıracak ve büyük ölçüde engelleyecek işlemler yaparak dolaylı yoldan müdahale etmeyi tercih etmektedirler. Dolayısıyla bunun da önüne geçmek ve yatırımcıların dünya çapında uluslararası yatırımlarını korumak adına dolaylı kamulaştırma birçok uluslararası yatırım anlaşmasında yasaklanmıştır.

Yabancı enerji yatırımlarının, ev sahibi devletin müdahalelerinden korunmasında büyük bir öneme sahip olan Enerji Şartı Anlaşması’nı Türkiye 17 Aralık 1994’te Lizbon’da imzalayarak bu anlaşmayı onaylayan 42. ülke olmuştur. Yabancı yatırımcının korunması ve yatırım yapılmasının teşviki için kritik bir öneme sahip olan Enerji Şartı Anlaşması’nın amacını; “enerji arzı güvenliğinin artırılması, enerji

efficiency of energy production, conversion, transportation, storage, distribution, transmission and use, strengthening security and minimizing environmental problems, encouraging and protecting investments, liberalizing energy trade and accessing international and national capital markets”⁴⁶.

Article 10, paragraph 1 of the Energy Charter Treaty: “Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, promote and establish stable, fair, favorable and transparent conditions for Investments in its Area by Investors of other Contracting Parties. Such conditions shall include a commitment to ensure at all times fair and equitable treatment of Investments by Investors of other Contracting Parties. In addition, such Investments shall enjoy stable and continuous protection and security, and no Contracting Party shall in any way, by unreasonable or discriminatory measures, act in a manner that creates inequality in the administration, maintenance, benefit, right to use or transfer of Investments. In no case shall such Investments be subjected to procedures that are less favorable than the requirements imposed by international law, including Treaty obligations. Each Contracting Party shall fulfill the obligations undertaken by an Investor or Investors of another Contracting Party with respect to an Investment.”⁴⁷ emphasizes that the host state’s treatment of the investor must be fair and equitable and protect the investor’s justified expectation, and even if the interventions are not so severe as to constitute indirect expropriation, the investor may claim compensation for the damages incurred by claiming that the intervention is contrary to this article.

Again, the first paragraph of Article 13 of the Energy Charter Treaty: “Investments by Investors of one Contracting Party in the Area of another Contracting Party

(a) for a purpose of public interest

(b) without discrimination

(c) carried out entirely in accordance with the law

(d) timely, adequate and effective compensatory payments will be made;

shall not be nationalized, expropriated or subjected to a measure or measures equiv-

üretimi, çevirimi, taşınması, depolanması, dağıtımı, iletimi ve kullanımındaki verimliliğin en yüksek seviyeye ulaştırılması, güvenliğinin güçlendirilmesi ve çevresel sorunların en aza indirilmesi, yatırımların teşviki ve korunması, enerji ticaretinin serbestleştirilmesi ve uluslararası ve ulusal sermaye piyasalarına erişme” olarak sıralamak mümkündür⁴⁶.

Enerji Şartı Anlaşması’nın 10. Maddesinin birinci fıkrası: “Her Anlaşma Tarafı, bu Anlaşmanın hükümlerine uygun olarak, diğer Anlaşma Taraflarının Yatırımcılarının kendi Alanında Yatırımlar Yapması için istikrarlı, adil, münasip ve şeffaf şartları teşvik ve tesis edecektir. Söz konusu şartlar, diğer Anlaşma Taraflarının Yatırımcılarınınca gerçekleştirilecek Yatırımlara her zaman adil ve eşit uygulamalar temini için bir taahhüt içerecektir. Ayrıca, söz konusu Yatırımlar istikrarlı ve devamlı korunmaya ve güvenliğe mazhar olacak ve hiç bir Anlaşma Tarafı, hiç bir şekilde, makul olmayan veya ayırım gözetilen önlemlerle, Yatırımların idaresi, idamesi, faydası, kullanma hakkı veya devredilmesi açısından eşitsizlik yaratacak biçimde davranmayacaktır. Hiç bir durumda, söz konusu Yatırımlara, Anlaşma yükümlülükleri de dahil olmak üzere, uluslararası hukuk tarafından empoze edilen gereksinimlerden daha yetersiz prosedürler uygulanmayacaktır. Her Anlaşma Tarafı, diğer bir Anlaşma Tarafı Yatırımcısı veya Yatırımcısının bir Yatırımı ile taahhüt etmiş olduğu yükümlülükleri yerine getirecektir.”⁴⁷ şeklinde olup, ev sahibi devletin yatırımcıya yönelik uygulamalarının adil ve eşit olması ve yatırımcının haklı beklentisinin korunması gerektiğini vurgulamakta ve yapılan müdahalelerin dolaylı kamulaştırmaya girecek kadar ağır olmaması durumunda dahi, yapılan bu müdahalenin bu maddeye aykırılığı iddiasıyla yatırımcı uğradığı zararların tazminini isteyebilecektir.

Yine Enerji Şartı Anlaşması’nın 13. maddesinin birinci fıkrası da: “Bir Anlaşma Tarafının Yatırımcılarının diğer bir Anlaşma Tarafının Alanındaki Yatırımları;

(a) kamu menfaatine dönük bir amaç için;

(b) ayırım gözetmeksizin;

(c) tamamen kanuna uygun olarak gerçekleştirilerek;

(d) zamanında, yeterli ve etkin kompensasyon ödemesi yapılacaktır;

FOOTNOTE

⁴⁶ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/07/20000712M1-6.pdf>.

⁴⁷ Avrupa Enerji Şartı Konferansı Nihai Senedi, Enerji Şartı Antlaşması Ve Ekini Teşkil Eden Kararlar İle Enerji Verimliliğine Ve İlgili Çevresel Hususlara İlişkin Enerji Şartı Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun published in the Official Gazette dated 06.02.2000 and numbered 23956 Article. 10/1.



DİPNOT

⁴⁶ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/07/20000712M1-6.pdf>.

⁴⁷ 06.02.2000 tarihli ve 23956 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Avrupa Enerji Şartı Konferansı Nihai Senedi, Enerji Şartı Antlaşması Ve Ekini Teşkil Eden Kararlar İle Enerji Verimliliğine Ve İlgili Çevresel Hususlara İlişkin Enerji Şartı Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun m. 10/1.

PART 5

IN MANY BILATERAL AND MULTILATERAL INVESTMENT TREATIES, EXPROPRIATION IS DEEMED LAWFUL ONLY IF THE EXISTENCE OF PUBLIC INTEREST IS PROVEN, IF EFFECTIVE, ADEQUATE AND TIMELY COMPENSATION IS PAID, IF IT IS CARRIED OUT DULY AND WITHOUT DISCRIMINATORY TREATMENT.

alent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as "Kamulaştırma-Expropriation"). Such compensation shall be in an amount equal to the fair market value of the expropriated investment at the time immediately preceding the Expropriation or any pending Expropriation affecting the value of the Investment (hereinafter referred to as the "Değer Tespit Tarihi-Valuation Date"). Such fair market value shall be expressed in free convertible currency at the Investor's request, based on the market exchange rate of the relevant currency on the Valuation Date. Compensation shall also include interest at a commercial rate determined at market conditions from the date of Expropriation until the date of payment."⁴⁸ by stipulating that the host state may resort to expropriation only in the presence of certain conditions, and that the investor shall be compensated for the damages incurred. Therefore, the protection of the foreign investor has been ensured and foreign investment has been encouraged.

VII. CONCLUSION

In conclusion, expropriation, which has a very important place among the economic, cultural and political risks that foreign investors face in the host state, has been the subject of both national legislation and international agreements. In many bilateral and multilateral investment treaties, expropriation is deemed lawful only if the existence of public interest is proven, if effective, ade-

durumları haricinde devletleştirilmeyecek, kamulaştırılmayacak veya devletleştirme veya kamulaştırmaya eş etkili önlem veya önlemlere (bundan böyle "Kamulaştırma-Expropriation" olarak anılacaktır) maruz kalmayacaktır. Söz konusu telafi etme (kompansasyon), Kamulaştırma işleminden veya Yatırımın değerini etkileyecek şekilde gündemdeki Kamulaştırma işleminden hemen önceki zamanda (bundan böyle "Değer Tesbit Tarihi-Valuation Date" olarak anılacaktır) kamulaştırılan Yatırımın adil piyasa değerine eş meblağda olacaktır. Söz konusu adil piyasada değeri, Yatırımcının talebi üzerine, ilgili paranın Değer Tesbit Tarihindeki piyasa döviz kuru baz alınarak serbest konvertibl para olarak ifade edilecektir. Kompansasyon, ayrıca, Kamulaştırma tarihinden ödeme tarihine kadarki sürede, piyasa şartlarında belirlenen ticari orandaki bir faizi de kapsayacaktır."⁴⁸ demek suretiyle ev sahibi devletin kamulaştırmaya ancak belli şartların var olması durumunda başvurabileceği kayda alınmış olup, yatırımcıya da doğan zararların tazminat bedelinin ödenmesi hükme bağlanmış ve bu suretle yabancı yatırımcının korunması sağlanmış olup yabancı yatırımın teşviki sağlanmıştır.

VII. SONUÇ

Sonuç olarak, yabancı yatırımcının ev sahibi devlette karşılaştacağı ekonomik, kültürel ve politik riskler arasında oldukça önemli bir yere sahip olan kamulaştırma, gerek milli mevzuata gerekse uluslararası anlaşmalara konu olmuştur. Birçok ikili ve çok taraflı yatırım anlaşmasında kamulaştırma ancak kamu yararının varlığı ispatlandığı takdirde, etkin, yeterli ve zamanında tazminat öden-

quate and timely compensation is paid, if it is carried out duly and without discriminatory treatment. In the absence of direct expropriation, host states have resorted to indirect expropriation by "circumventing the law", but arbitral tribunals have considered each concrete dispute individually and awarded compensation against the host state in order to protect foreign energy investment in cases where indirect expropriation is found to exist. In cases where the interference by the host state is not severe enough to be considered as indirect expropriation, the tribunals have awarded compensation against the host state for lack of equal and fair treatment or violation of the right to a justified expectation based on Article 10 of the Energy Charter Treaty. In this way, foreign energy investments have been protected and promoted and investors have been provided with legal guarantees.

BİRÇOK İKİLİ VE ÇOK TARAFLI YATIRIM ANLAŞMASINDA KAMULAŞTIRMA ANCAK KAMU YARARININ VARLIĞI İSPATLANDIĞI TAKDİRDE, ETKİN, YETERLİ VE ZAMANINDA TAZMİNAT ÖDENDİĞİ, USULÜNE UYGUN OLARAK YÜRÜTÜLDÜĞÜ VE AYRIMCI MUAMELEDE BULUNMADAN YÜRÜTÜLDÜĞÜ TAKDİRDE HUKUKA UYGUN KABUL EDİLMİŞTİR.

diği, usulüne uygun olarak yürütüldüğü ve ayırmacı muamelede bulunmadan yürütüldüğü takdirde hukuka uygun kabul edilmiştir. Doğrudan kamulaştırma olmayan hallerde de, ev sahibi devletler "kanunu dolanarak" dolaylı kamulaştırma yoluna gitmiş fakat hakem heyetleri her somut uyumsuzluğu ayrı ayrı ele alarak dolaylı kamulaştırmanın varlığını tespit ettiği hallerde yabancı enerji yatırımını korumak adına ev sahibi devlet aleyhine tazminata hükmetmiştir. Ev sahibi devlet tarafından yapılan müdahalelerin dolaylı kamulaştırma kapsamında değerlendirilecek kadar ağır olmadığı durumlarda ise yine Enerji Şartı Anlaşması'nın 10. maddesine dayanarak eşit ve adil muamelenin yokluğundan veyahut haklı beklenti hakkının ihlal edilmesinden dolayı ev sahibi devlet aleyhine tazminata hükmetmiştir. Bu sayede yabancı enerji yatırımlarının korunması ve teşviki sağlanmış ve yatırımcılara hukuki güvence verilmiştir.

BIBLIOGRAPHY

ALİ OSMAN KARAOĞLU, Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, First Edition, İstanbul 2019.

ALPER ÇAĞRI YILMAZ, Enerji Yatırımları ve Uluslararası Koruma Standartları, Ankara 2012.

BAĞDAGÜL KAYA CANER, Enerji Yatırımlarından Doğan Uyuşmazlıklarda Uluslararası Tahkim, Ankara 2021.

BİLGİN TİRYAKIOĞLU, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 2003.

HÜMEYRA ZEYNEP ERDEN, "Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma", İstanbul 2015.

KAZEM DEGHANSOMEH, İran Hukuk Sisteminde Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yatırıma El Konulması, İstanbul 2015.

MELTEM KUTLU GÜRSEL, Kamulaştırma Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

MUSTAFA EMİR/ AHMET KURTARAN, "Doğrudan Yabancı Yatırım Kararlarında Politik Risk Unsuru", Muhasebe ve Finans Dergisi, Issue. 28, Ekim 2005.

ZEYNEP FIRTINA, ENERJİ SEKTÖRÜNDE ÖZEL KİŞİLER LEHİNE KAMULAŞTIRMA: Elektrik Piyasası Özelinde İnceleme, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/07/20000712M1-6.pdf>.

KAYNAKÇA

ALİ OSMAN KARAOĞLU, Yabancı Yatırımların Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, 1. Baskı, İstanbul 2019.

ALPER ÇAĞRI YILMAZ, Enerji Yatırımları ve Uluslararası Koruma Standartları, Ankara 2012.

BAĞDAGÜL KAYA CANER, Enerji Yatırımlarından Doğan Uyuşmazlıklarda Uluslararası Tahkim, Ankara 2021.

BİLGİN TİRYAKIOĞLU, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 2003.

HÜMEYRA ZEYNEPERDEN, "Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma", İstanbul 2015.

KAZEM DEGHANSOMEH, İran Hukuk Sisteminde Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yatırıma El Konulması, İstanbul 2015.

MELTEM KUTLU GÜRSEL, Kamulaştırma Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

MUSTAFA EMİR/AHMET KURTARAN, "Doğrudan Yabancı Yatırım Kararlarında Politik Risk Unsuru", Muhasebe ve Finans Dergisi, S. 28, Ekim 2005.

ZEYNEP FIRTINA, ENERJİ SEKTÖRÜNDE ÖZEL KİŞİLER LEHİNE KAMULAŞTIRMA: Elektrik Piyasası Özelinde İnceleme, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/07/20000712M1-6.pdf>.

FOOTNOTE

48 Avrupa Enerji Şartı Konferansı Nihai Senedi, Enerji Şartı Antlaşması ve Ekini Teşkil Eden Kararlar İle Enerji Verimliliğine ve İlgili Çevresel Hususlara İlişkin Enerji Şartı Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun published in the Official Gazette dated 06.02.2000 and numbered 23956 Article. 13/1.



DİPNOT

48 06.02.2000 tarihli ve 23956 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Avrupa Enerji Şartı Konferansı Nihai Senedi, Enerji Şartı Antlaşması Ve Ekini Teşkil Eden Kararlar İle Enerji Verimliliğine Ve İlgili Çevresel Hususlara İlişkin Enerji Şartı. Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun m. 13/1.

LIABILITY OF INTERMEDIARY SERVICE PROVIDERS IN ELECTRONIC COMMERCE

ELEKTRONİK TİCARETTE ARACI HİZMET SAĞLAYICILARIN SORUMLULUĞU

ALİBERK BİRLİK
REYHAN REYHAN

ABSTRACT

In this article, it is discussed who is responsible for the goods and services sold via electronic commerce platforms, which serve as middlemen in daily-increasing volumes of electronic commerce transactions in accordance with the present trading system, the relationship of buyers and sellers with intermediary service providers and the provisions of the legislation in force in our country regarding electronic commerce are examined, and how the relevant liability can be expanded in the light of the types and limits of liability stipulated in our law is revealed.

ÖZET

Bu makalede; güncel ticaret düzeni doğrultusunda her geçen gün hacmini arttıran elektronik ticaret işlemlerinde aracılık faaliyetini gerçekleştiren elektronik ticaret platformlarının satılan ürünler ve verilen hizmetlere ilişkin sorumluluğu, alıcı ve satıcıların aracı hizmet sağlayıcılar ile ilişkisi ve elektronik ticarete ilişkin ülkemizde yürürlükte olan mevzuat hükümleri incelenmiş, hukukumuzda öngörülen sorumluluk türleri ve sınırları ışığında ilgili sorumluluğun nasıl genişletilebileceği ortaya konulmuştur.



KEYWORDS

ELECTRONIC COMMERCE,
INTERMEDIARY ACTIVITY,
TYPES OF LIABILITY, PRODUCT,
DEFECTIVE GOODS.



ANAHTAR KELİMELER

ELEKTRONİK TİCARET, ARACILIK
FAALİYETİ, SORUMLULUK TÜRLERİ,
ÜRÜN, AYIPLI MAL.

PART 6

Nowadays, commerce transactions have transferred to on-line platforms on a vast scale. At the beginning of this transformation, companies' owning websites first emerged, which followed by intermediary internet platforms that gather many companies and their products under one roof.

Günümüzde ticaret işlemleri büyük ölçüde internet platformlarına taşınmıştır. Bu dönüşümün başlangıcında öncelikle firmaların kendi internet siteleri ortaya çıkmış, sonrasında ise pek çok firmayı ve ürünlerini tek çatı altında toplayan aracı internet platformları hayatımıza girmiştir.

I. INTRODUCTION

Nowadays, commerce transactions have transferred to on-line platforms on a vast scale. At the beginning of this transformation, companies' owning websites first emerged, which followed by intermediary internet platforms that gather many companies and their products under one roof. Intermediary service providers have increased their volume of trade and product range day by day, and many people have moved away from the need of purchasing products physically and started to prefer shopping on electronic platforms. Since buyers must make purchases without physically inspecting the goods in distance sales carried out in an electronic environment, similar mechanisms, such as the right of withdrawal, have been adopted in our law to protect consumers. These rights and related opportunities have assisted to expand the reach of electronic commerce by increasing consumers' confidence in digital platforms. In the sales made by companies through their own internet platforms, the relationship of the parties and the nature of the contract established between them can be clearly determined, thus the liability of the seller for the defect in the product is clearly obvious to preclude discussion. However, the situation is different for intermediary platforms that bring together many sellers and products from

I. GİRİŞ

Günümüzde ticaret işlemleri büyük ölçüde internet platformlarına taşınmıştır. Bu dönüşümün başlangıcında öncelikle firmaların kendi internet siteleri ortaya çıkmış, sonrasında ise pek çok firmayı ve ürünlerini tek çatı altında toplayan aracı internet platformları hayatımıza girmiştir. Aracı hizmet sağlayıcılar her geçen gün ticaret hacmini ve ürün yelpazelerini arttırmış, pek çok insan ürünleri fiziken satın alma ihtiyacından uzaklaşmış ve elektronik platformlardan alışveriş yapmayı tercih etmeye başlamıştır. Elektronik ortamda gerçekleştirilen mesafeli satışlarda alıcılar ürünleri fiziken görmeden satın almak durumunda olduklarından tüketicinin korunması amacıyla hukukumuzda cayma hakkı ve benzeri mekanizmalar geliştirilmiştir. Bu hak ve benzeri imkanlar alıcıların elektronik platformlara olan güvenini arttırmış ve elektronik ticaretin kapsamının genişlemesinde pay sahibi olmuştur. Firmaların kendi internet platformları üzerinden yaptığı satışlarda tarafların ilişkisi ve aralarında kurulan sözleşmenin niteliği açıkça tespit edilebildiği gibi satıcının üründeki ayıptan sorumluluğu da tartışmaya mahal vermeyecek derecede açıktır. Pek çok satıcıyı ve çeşitli sektörlerle ilişkin ürünleri çatısı altında birleştiren aracı platformlar bakımından ise durum farklıdır. İlgili platformlar satılan ürünler bakımından üretici sıfatına sahip olmamakla birlikte pek



various sectors under their roof. The relevant platforms do not have the character of manufacturer in terms of the products sold, and they are not qualified as sellers in many cases. Accordingly, the event of a defective good or service purchased by the buyer, brings out the conclusion that only the seller is liable for the defect. However, as will be explained in more detail, this assumption is prone to possibility of many issues.

II. THE ROLE OF INTERMEDIARY SERVICE PROVIDERS IN ELECTRONIC COMMERCE

From the sellers' point of view, electronic commerce has started to be preferred by sellers as there is no necessity for opening a store to exhibit the products, and in this direction, there is no need to pay rent, invoices, personnel costs, decor and security related to the store. Instead of these costs, many sellers invested in websites and social media platforms and took their place in electronic commerce. Intermediary service providers on the other hand, have developed their systems to cover a wide range of sellers and products, and in this context, many of the sellers who sell on their own websites have also found a place on the platforms of

çok zaman satıcı olarak da nitelendirilmektedir. Bu doğrultuda alıcı tarafından satın alınan ayıplı bir mal veya hizmet söz konusu olduğunda ilgili ayıptan yalnızca satıcının sorumlu olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak daha detaylı açıklanacağı üzere bu varsayım pek çok sorunun ortaya çıkması ihtimaline gebe dir.

II. ELEKTRONİK TİCARETTE ARACI HİZMET SAĞLAYICILARIN ROLÜ

Elektronik ticaret, satıcılar bakımından; ürünlerin sergilenmesi için bir mağaza açılmasına ihtiyaç olmaması, bu doğrultuda mağazaya ilişkin kira ödemesi, faturalar, personel masrafı, dekor ve güvenlik gibi zahmetlere girilmemesi yönüyle satıcılar tarafından tercih edilmeye başlanmıştır. Pek çok satıcı, bu masraflar yerine internet siteleri ve sosyal medya platformlarına yatırımlar gerçekleştirmiş ve elektronik ticarete yerlerini almışlardır. Aracı hizmet sağlayıcılar ise sistemlerini çok geniş bir satıcı ve ürün yelpazesini kapsayacak şekilde geliştirmiş, bu kapsamda kendi internet sitelerinden satış yapmakta olan satıcıların pek çoğu da aracı hizmet sağ-

PART 6

intermediary service providers. However, it is not possible to say that the sellers on the intermediary platform are limited with these people. Many sellers who want to engage in electronic commerce but are unable to invest in an internet platform due to lack of brand recognition have started to sell their products through intermediary platforms since they got the opportunity to exhibit their products to large masses only in this way. In this respect, intermediary service providers have enabled many sellers to sell their products over the internet, and have managed to bring buyers together with a wide range of sellers and products.

In terms of sellers' participation in intermediary platforms, the trust created by intermediary platforms on buyers by increasing their volume has also been effective. The troubles that customers are now experiencing or are likely to face as a result of this development in electronic commerce have been brought on by intermediary service providers. Since there is no regulation in our law regarding the direct liability of intermediaries¹ in the event of defects in the products purchased within the scope of this relationship, buyers are obliged to reach out to sellers whom they shop without knowing the seller which sometimes do not use their commerce names on intermediary platforms. At this point, although intermediary service providers continue their intermediary activities in order to solve buyer problems regarding the products purchased through them within the scope of the service they provide, in some

layıcıların platformlarında kendilerine yer edinmiştir. Ancak aracı platformda yer alan satıcıların bu kişilerle sınırlı olduğunu söylemek mümkün değildir. Elektronik ticarete atılmak istemesine rağmen marka bilinirliği bulunmadığından, internet platformuna yatırım yapması mümkün olmayan, geniş kitlelere ancak bu şekilde ürün sergileyebilme imkânı bulunan pek çok satıcı ürünlerini aracı platformlar üzerinden satmaya başlamıştır. Aracı hizmet sağlayıcılar bu bakımdan pek çok satıcının ürünlerini internet üzerinden satabilmesine vesile olmuş, alıcıları da oldukça geniş bir satıcı ve ürün yelpazesine ulaştırmayı başarmışlardır.

Satıcıların aracı platformlara katılması bakımından ayrıca aracı platformların hacmini büyütürken alıcılar üzerinde yarattığı güven de etkili olmuştur. Aracı hizmet sağlayıcıların elektronik ticarete yarattığı bu gelişim, alıcıların yaşadığı veya yaşaması muhtemel olan sorunları da yanında getirmiştir. Bu ilişki kapsamında satın alınan ürünlerde bulunan veya sonradan ortaya çıkan ayıplarda hukukumuzda araçların doğrudan sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme bulunmadığından¹ alıcıların, tanımadan alışveriş yaptıkları, kimi zaman aracı platformlarda ticaret unvanını kullanmayan satıcılara ulaşması zorunluluğu doğmuştur. Bu noktada aracı hizmet sağlayıcılar, sundukları hizmet kapsamında kendileri aracılığıyla satın alınan ürünlere ilişkin alıcı sorunlarını da çözmek amacıyla aracılık faaliyetlerine devam etmekte olsa da bazı durumlarda gerek alıcılar gerekse de aracı hizmet sağlayıcılar satıcılara ulaşmamaktadır.

cases, both buyers and intermediary service providers cannot reach the sellers. Due to the development of electronic commerce and the role of intermediary service providers in this development, the problem of non-compensation of the damages incurred by the buyers has arisen in cases where it is not possible for them to contact the sellers. When the public interest is taken into account, it is crucial to protect the consumer, particularly in consumer transactions, and to be able to compensate for the damage in order to provide legal security². Article 9 of the Law on the Regulation of Electronic Commerce³ stipulates that intermediary service providers are not obliged to investigate whether there is an unlawful situation regarding the content offered in their electronic environment and the goods or services subject to the content. At this point, it should be noted that the relevant regulation does not mean that intermediary service providers are completely irresponsible for the products sold on their platforms. This nonliability clause is at the point of controlling and supervising the content on internet platforms⁴. The intention of the relevant provision is due to the fact that if a content added to the platform by any person is contrary to the law or the truth, it would be unfair for the intermediary service provider to be liable for this contradiction. However, it would be erroneous to interpret this liability as nonliability for defects in the products sold through the platform. That is because the provision should only be interpreted as nonliability regarding the content to be included in the platform since the acceptance that intermediary service providers are completely unobligated for the products sold through their platforms will have unfavorable consequences in terms of consumer law and the security of commercial transactions.

A. Legal Characteristic of Intermediary Service Providers in Transactions Through Intermediary Platforms

It is clear that a sales contract is established between the buyer and the seller in purchases made on intermediary platforms. However, intermediary service providers, who play an important role in the establishment of this relationship, cannot be considered as parties to these contracts. Independent from the sales contract, intermediary service providers conclude membership agreements with buyers and cooperation agreements with sellers. In these contracts, there are provi-

Elektronik ticaretin gösterdiği gelişim ve aracı hizmet sağlayıcıların bu gelişimdeki rolü nedeniyle alıcıların satıcılara başvurmalarının mümkün olmadığı durumlarda uğradıkları zararın tazmin edilememesi sorunu doğmuştur. Zira kamu yararı göz önünde bulundurulduğunda özellikle de tüketici işlemlerinde tüketicinin korunması ve oluşan zararın tazmin edilebilmesi hukuk güvenliğinin sağlanması açısından önem arz etmektedir². Hukukumuzda aracı hizmet sağlayıcılara platformlarında yer vereceği satıcıların seçimine ilişkin bir yükümlülük yüklenmediği gibi, Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 9. maddesi³, aracı hizmet sağlayıcıların elektronik ortamlarında sunulan içerik ile içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir durumun bulunup bulunmadığını araştırmakla yükümlü olmadığı düzenlenmiştir. Bu noktada önemle belirtilmelidir ki; ilgili düzenleme aracı hizmet sağlayıcıların platformlarında satılan ürünlerde tamamen sorumsuz olduğu anlamına gelmemektedir. Bu sorumsuzluk kaydı, internet platformlarında yer verilen içeriğin kontrolü ve denetlenmesi noktasındadır⁴. İlgili hükmün sevk maksadı herhangi bir kişi tarafından platforma eklenen bir içeriğin hukuka veya gerçeğe aykırı olması halinde aracı hizmet sağlayıcının bu aykırılıktan sorumlu olmasının hakkaniyete aykırı olmasından ileri gelmektedir. Ancak bu sorumsuzluğun, platformdan satılan ürünlerde yer alan ayıplardan sorumsuzluk olarak yorumlanması hatalı olacaktır. Zira hükmün yalnızca, platformda yer alacak içeriğe ilişkin sorumsuzluk olarak yorumlanması gerekirken olup aracı hizmet sağlayıcıların platformlarından satılan ürünlerden tamamen sorumsuz olmaları kabulü tüketici hukuku ve ticari işlemlerin güvenliği bakımından sakıncalı sonuçlar doğuracak niteliktedir.

A. Aracı Platformlardan Yapılan Alışverişlerde Aracı Hizmet Sağlayıcıların Hukuki Niteliği

Aracı platformlarda yapılan alışverişlerde alıcı ile satıcı arasında satış sözleşmesi kurulduğu açıktır. Ancak bu ilişkinin kurulmasında önemli rol oynayan aracı hizmet sağlayıcılar, bu sözleşmelerin tarafı olarak kabul edilememektedir. Aracı hizmet sağlayıcılar satış sözleşmesinden bağımsız olarak alıcılarla üyelik sözleşmeleri, satıcılarla ise iş birliği sözleşmeleri akdetmektedirler. Bu sözleşmelerde aracı hizmet sağlayıcıların satış sözleşmesinin tarafı olmadığına

FOOTNOTE

1 Esra Hamamcıoğlu, "Elektronik Ticaretin Hukuksal Boyutu", Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Issue. 35, 2018, p. 53.

2 Lale Sirmen, "Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri", "Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri", Aydın Zevkiler'e Armağan Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, V. 8, Special Issue, İstanbul 2013, p. 2467.

3 Law No. 6563 on the Regulation of Electronic Commerce published in the Official Gazette dated 5.11.2014 and numbered 29166, Art. 9.

4 Erdem Büyüksağış/ Defne Kahveci, "E-Ticaret Platformlarının Satılan Ayıplarından Sorumluluğu", YÜHFD, V. XIX, 2022/Special Issue, p. 138.



DİPNOT

1 Esra Hamamcıoğlu, "Elektronik Ticaretin Hukuksal Boyutu", Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 35, 2018, s. 53.

2 Lale Sirmen, "Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri", "Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri", Aydın Zevkiler'e Armağan Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı, İstanbul 2013, s. 2467.

3 5.11.2014 tarih, 29166 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, m. 9.

4 Erdem Büyüksağış/ Defne Kahveci, "E-Ticaret Platformlarının Satılan Ayıplarından Sorumluluğu", YÜHFD, C. XIX, 2022/Özel Sayı, s. 138.

PART 6

sions stating that the intermediary service providers are not a party to the sales contract and that the seller is solely responsible for the defects of the goods sold⁵. In this respect, buyers cannot take legal action against intermediary service providers within the scope of contractual liability. Basically, it can be argued that intermediary service providers who bring the buyer and the seller together to establish a contract between the parties have the characteristics of brokerage. However, in a brokerage relationship, brokers do not operate continuously for a particular seller⁶. On the contrary to brokers, intermediary service providers conclude contracts with buyers and sellers and ensure the sale of products by mediating the activities of the sellers with whom they have established a contractual relationship with the element of continuity. There are opinions in the doctrine that the activities of intermediary service providers may be characterized within the scope of agency. Contrary to the explanations we have set forth in terms of the nature of brokerage activities, agents mediate principal contracts with the element of continuity. In addition, when it comes to sales made on online platforms, it is possible to say that intermediary service providers operate independently, just like agents⁷. In this context, intermediary service providers are similar to agents in terms of the element of independence. However, characterizing intermediary service providers as agents would not be accurate in certain aspects. The main difference between intermediary service providers and agents is economic power. Nowadays, intermediary service providers have become platforms that sellers want to participate in order to improve their activities with their brands and awareness reaching large masses. In this context, it would not be appropriate to evaluate the customer environment of an agency with the same qualifications as a nationally known and trusted intermediary platform. Intermediary service providers have greatly increased their economic power compared to agents as an effect of operating in a very wide market. Nowadays, intermediary service providers can even operate under their own brands in addition to intermediating commercial transactions. In this context, the application of the relevant provisions of the Turkish Commercial Code⁸ which aim to pro-

ve satılanın ayıplarından yalnızca satıcının sorumlu olduğuna ilişkin hükümlere de rastlanmaktadır⁹. Bu bakımdan alıcılar, sözleşmesel sorumluluk kapsamında aracı hizmet sağlayıcılara başvuramamaktadır. Temelde alıcı ve satıcıyı bir araya getirerek taraflar arasında bir sözleşme kurulmasını sağlayan aracı hizmet sağlayıcıların simsarlık niteliğini haiz oldukları ileri sürülebilecektir. Ancak simsarlık ilişkisinde simsarlar, sürekli olarak belirli bir satıcı için faaliyet göstermemektedirler⁶. Aracı hizmet sağlayıcılar ise simsarların aksine alıcı ve satıcılar ile sözleşmeler akdetmekte ve süreklilik unsuru haiz olarak sözleşme ilişkisi kurdukları satıcıların faaliyetlerine aracılık ederek ürünlerin satışını sağlamaktadırlar. Öğretide aracı hizmet sağlayıcıların faaliyetlerinin acentelik kapsamında nitelendirilebileceğine ilişkin görüşler bulunmaktadır. Simsarlık faaliyetinin niteliği bakımından ortaya koyduğumuz açıklamaların aksine acenteler süreklilik unsuru haiz olarak müvekkil sözleşmelerine aracılık etmektedirler. İlaveten çevrimiçi platformlarda yapılan satışlar söz konusu olduğunda aracı hizmet sağlayıcıların tıpkı acenteler gibi bağımsız olarak faaliyet gösterdiklerini söylemek mümkündür⁷. Bu kapsamda aracı hizmet sağlayıcılar bağımsızlık unsuru bakımından acenteye benzetilmektedirler. Ancak aracı hizmet sağlayıcıları acente olarak nitelendirmek belirli hususlar bakımından isabetli olmayacaktır. Aracı hizmet sağlayıcılar ile acenteler arasındaki en temel fark, ekonomik güç olarak karşımıza çıkmaktadır. Aracı hizmet sağlayıcılar günümüzde, markaları ve geniş kitlelere ulaşan bilinirlikleriyle satıcıların faaliyetlerini geliştirmek amacıyla katılmak istedikleri platformlar haline gelmiştir. Bu kapsamda bir acentenin müşteri çevresi ile ülke çapında bilinen ve güvenilen bir aracı platformun aynı nitelik ile değerlendirilmesi isabetli olmayacaktır. Aracı hizmet sağlayıcılar, oldukça geniş bir pazarda faaliyet göstermelerinin bir etkisi olarak, acentelere kıyasla ekonomik güçlerini büyük oranda arttırmış bulunmaktadır. Aracı hizmet sağlayıcılar günümüzde ticari işlemlere aracılık etmenin yanında kendi markaları ile dahi faaliyet gösterebilmektedirler. Bu bağlamda Türk Ticaret Kanunu'nda⁸, müvekkile kıyasla ekonomik açıdan zayıf konumda olan acenteyi korumayı amaçlayan hükümlerin⁹, ilişki kurdukları satıcılara kıyasla çok

tect the agency⁹, which is in an economically weak position compared to the client, to the intermediary service providers, who have much greater economic power compared to the sellers with whom they have established a relationship, may cause loss of rights for both sellers and buyers.

B. Liability of Intermediary Service Providers as Manufacturers (Product Liability)

The Product Safety Law¹⁰ defines the manufacturer as "a natural or legal person who manufactures the product or has the product designed or manufactured and places it on the market under its own name or trademark", the importer as "a natural or legal person who imports the product and places it on the market", and the distributor as "a natural or legal person other than the manufacturer or importer who places the product on the market by taking part in the supply chain". Nowadays, intermediary service providers sell products that they produce under their own brands as well as selling other companies on their platforms. In terms of these products, it is clear that intermediary service providers will be liable both as a seller and as a manufacturer. Based on this assumption, intermediary service providers will be liable for product

daha büyük ekonomik güce sahip olan aracı hizmet sağlayıcılara uygulanmasının gerek satıcılar bakımından gerekse de alıcılar bakımından hak kaybı meydana getirebileceği kanaatindeyiz.

B. Aracı Hizmet Sağlayıcıların Üretici Sıfatıyla Sorumluluğu (Ürün Sorumluluğu)

Ürün Güvenliği Kanunu¹⁰ imalatçıyı "Ürünü imal ederek veya ürünün tasarımını veya imalatını yaptırarak kendi isim veya ticari markası ile piyasaya arz eden gerçek veya tüzel kişi", ithalatçıyı "Ürünü ithal ederek piyasaya arz eden gerçek veya tüzel kişi" dağıtıcıyı ise "Ürünü tedarik zincirinde yer alarak piyasada bulunduran, imalatçı veya ithalatçı dışındaki gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlamıştır. Aracı hizmet sağlayıcılar günümüzde platformlarında başka firmaların satışını yapmanın yanında kendi markaları ile ürettikleri ürünlerin satışını da gerçekleştirmektedirler. Bu ürünler bakımından aracı hizmet sağlayıcıların gerek satıcı gerekse de üretici sıfatlarıyla sorumlu olacakları açıktır. Bu kabule istinaden aracı hizmet sağlayıcıların ürün sorumluluğu tazminatından sorumlu olmaları söz konusu olacaktır. Ürün Güvenliği Kanu-

FOOTNOTE

5 Büyüksağış/ Kahveci, p. 162.

6 Selma Çetiner/ Armağan Ebru Bozkurt-Yüksel, "Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku", 5th Edition, Ankara 2021, p. 223.

7 Kadir Baş, "Online Platformların Acentelik Niteliği ve Bu Platformlar Özelinde Türk Ticaret Kanunu'nun Acenteliğe İlişkin Hükümlerin Uygulanması" Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi vol. XXXIII(4), p. 130.

8 Turkish Commercial Code published in the Official Gazette dated 14.02.2011 and numbered 27846.

9 Baş, p. 134.

10 Article 3 of the Law No. 7223 on Product Safety and Technical Regulations published in the Official Gazette dated 12.03.2020 and numbered 31066.



DİPNOT

5 Büyüksağış/ Kahveci, s. 162.

6 Selma Çetiner/ Armağan Ebru Bozkurt-Yüksel, "Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku", 5. Baskı, Ankara 2021, s. 223.

7 Kadir Baş, "Online Platformların Acentelik Niteliği ve Bu Platformlar Özelinde Türk Ticaret Kanunu'nun Acenteliğe İlişkin Hükümlerin Uygulanması" Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi vol. XXXIII(4), s. 130.

8 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Türk Ticaret Kanunu.

9 Baş, s. 134.

10 12.03.2020 tarih, 31066 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu m. 3.

PART 6

liability compensation. Article 6 of the Product Safety Law¹¹ stipulates that *"In the event that a product causes damage to a person or property, the manufacturer or importer of this product is obliged to compensate for the damage."* Accordingly, if intermediary service providers can be named as manufacturers or importers within the scope of Product Safety Law, they will be obliged to compensate the damages arising in cases where the products sold on their platforms cause bodily harm to a person or the loss of a good to any extent¹².

In the event that a product causes damage to a person or property, the manufacturer or importer of this product is obliged to compensate for the damage.

Ürünün, bir kişiye veya bir mala zarar vermesi halinde, bu ürünün imalatçısı veya ithalatçısı zararı gidermekle yükümlüdür.

nu'nun 6. maddesi¹¹ *"Ürünün, bir kişiye veya bir mala zarar vermesi halinde, bu ürünün imalatçısı veya ithalatçısı zararı gidermekle yükümlüdür."* hükmünü haizdir. Bu doğrultuda aracı hizmet sağlayıcılar bu kanun kapsamında üretici veya ithalatçı olarak adlandırılabilirler takdirde kendi platformlarında satılan ürünlerin bir kişiye bedensel zarar vermesi veya bir malın herhangi bir kapsamda zayıfına yol açtığı hallerde ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlü olacaklardır¹².

C. Liability of Intermediary Service Providers as Sellers

As mentioned before, intermediary service providers are generally not a party to the contracts concluded in respect of the sales made through their platforms. However, this does not completely prevent intermediary service providers from having the title of seller. The Law on Consumer Protection¹³ defines a seller as *"a natural or legal person, including public legal entities, who offers goods to consumers for commercial or professional purposes or acts on behalf or account of the seller"*. In this context, it may also be possible for intermediary service providers to be considered as sellers when it comes to consumer transactions. It is frequently encountered that intermediary service providers purchase the products produced or sold by another company from the seller, store them in their

C. Aracı Hizmet Sağlayıcıların Satıcı Sifatıyla Sorumluluğu

Daha önce bahsettiğimiz üzere aracı hizmet sağlayıcılar genellikle platformlarından yapılan satışlar bakımından akdedilen sözleşmelere taraf değillerdir. Ancak bu durum aracı hizmet sağlayıcıların satıcı sıfatına haiz olabilmelerini tamamen engellememektedir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun¹³ satıcıyı; *"Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi"* olarak tanımlamıştır. Bu kapsamda aracı hizmet sağlayıcıların tüketici işlemleri söz konusu olduğunda satıcı olarak kabul edilmeleri de mümkün olabilir. Aracı hizmet sağlayıcıların başka firma tarafından üretilen veya satılan ürünleri satıcıdan satın aldıkları, kendi depolarında muhafaza ettikleri, platformdaki satış fiyatını münhasıran kendile-

own warehouses, determine the sales price on the platform exclusively by themselves, package them with their own brands and logos and ship them by their own companies. In these cases, it is very difficult to say that intermediary service providers act only as intermediaries. Therefore, in similar cases, it is necessary to mention that intermediary service providers supply goods to the market as manufacturers or importers. Accordingly, intermediary service providers may be obliged for the remedy of defects and/ or compensate the damages incurred when a defect occurs as a result of sales within the scope of consumer transactions within the scope of the Law on the Protection of Consumers¹⁴. In addition to selling products of different sellers, intermediary service providers also sell products produced under their own brands on their platforms. In these cases, even if the intermediary service providers have the products manufactured by a third party, they will have the characteristics of a seller and will be liable for the defects on the product as a seller.

D. Evaluation on the Liability of Intermediary Service Providers within the Scope of Fiduciary Liability

At the stage that electronic commerce is at currently, it is evident that intermediary service providers play an important part in completing sales contracts as they grow their market shares, contribute to the sale of goods to customers across the nation, and give buyers and consumers' confidence in the market.

The doctrine of trust liability, is one of the foundational principles of our legal system and is founded on the idea of honesty set forth in Turkish Civil Code Article 2¹⁵, is explained as *"Any liability in which trust plays an essential role in the occurrence of a legal result is a trust liability"*¹⁶. Indeed, the trust in the brand and system of intermediary service providers is at a considerable level in purchases made through intermediary internet platforms. Most of the time, the main reason for buyers to shop from a seller is that the seller is on the platform of the intermediary service provider. In this situation, customers make purchases from sellers they do not know, do not trust besides the fact that they are on the relevant platform, and would not normally have any relationship with. In this respect, it should be mentioned that trust in

ri belirledikleri, kendi marka ve logoları ile paketledikleri ve kendi firmaları tarafından kargoladıkları durumlarla sıkça karşılaşmaktadır. Bu durumlarda aracı hizmet sağlayıcıların yalnızca aracı olarak hareket ettiklerini söylemek oldukça güçtür. Bu nedenle benzer hallerde aracı hizmet sağlayıcıların üretici veya ithalatçı sıfatıyla piyasaya mal arz ettiklerinden bahsedebilmek gerekir. Bu doğrultuda aracı hizmet sağlayıcılar tüketici işlemi kapsamında olan satışlar sonucu Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun¹⁴ kapsamında bir ayıp meydana geldiğinde bu ayıbı gidermekle ve/ veya meydana gelen zararları tazmin etmekle yükümlü olabileceklerdir. Ayrıca aracı hizmet sağlayıcılar günümüzde farklı satıcıların ürünlerinin satışını sağlamanın yanında, platformlarında kendi markaları altında üretilen ürünlerin de satışını gerçekleştirmektedirler. Bu durumlarda aracı hizmet sağlayıcılar, ürünleri üçüncü bir kişiye ürettirmiş olsalar da satıcı niteliğini haiz olacaklar ve ürün üzerindeki ayıplardan satıcı sıfatı ile sorumlu olacaklardır.

D. Aracı Hizmet Sağlayıcıların Sorumluluğunun Güven Sorumluluğu Kapsamında Değerlendirilmesi

Elektronik ticaretin günümüzde geldiği noktada, pazar paylarını büyüten, ülke kapsamında müşterilere ürün satışı yapılmasında rol oynayan, piyasada alıcılara ve tüketicilere bu kapsamda güven sağlayan aracı hizmet sağlayıcıların satış sözleşmelerinin akdedilmesinde önemli bir rol oynadığı açıktır.

Temelini Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde¹⁵ düzenlenen dürüstlük kuralından alan ve hukukumuzda yer alan ilkelerden biri olan güven sorumluluğu öğretide; *"Hukuki bir sonucun meydana gelmesinde güvenin asıl rol oynadığı her sorumluluk, güven sorumluluğudur"*¹⁶ olarak açıklanmaktadır. Gerçekten de aracı internet platformlarından yapılan alışverişlerde aracı hizmet sağlayıcıların markasına ve sistemine duyulan güven azımsanmayacak seviyededir. Çoğu zaman alıcıların bir satıcıdan alışveriş yapmasının temel sebebi ilgili satıcının aracı hizmet sağlayıcının platformunda yer alması olarak karşımıza çıkmaktadır. Alıcılar bu kapsamda hiç tanımadıkları, ilgili platformda bulunmaları dışında herhangi bir güven duymadıkları ve aracı platformlar olmasa herhangi bir ilişki içine girmeyecekleri satıcılardan alışveriş yapmaktadırlar. Bu bakımdan ilgili alışveriş-

FOOTNOTE

¹¹ Article 6 of the Product Safety Law.

¹² Büyüksağış/ Kahveci, p. 161.

¹³ Article 3 of the Law No. 6502 on the Protection of Consumers published in the Official Gazette dated 28.11.2013 and numbered 2835.

¹⁴ Article 9 of the Law on Consumer Protection.

¹⁵ Article 2 of the Turkish Civil Code No. 4721 published in the Official Gazette dated 8.12.2021 and numbered 24607.

¹⁶ Yasemin Durak, "Güven Sorumluluğu ve Culpability In Contrahendo", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V. 25 E. 1, 2017, p. 245.

DİPNOT

¹¹ Ürün Güvenliği Kanunu m. 6.

¹² Büyüksağış/ Kahveci, s. 161.

¹³ 28.11.2013 tarih, 2835 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 3.

¹⁴ TKHK m. 9.

¹⁵ 8.12.2021 tarih, 24607 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 2.

¹⁶ Yasemin Durak, "Güven Sorumluluğu ve Culpability In Contrahendo", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25 S. 1, 2017, s. 245.

PART 6

NOWADAYS, MANY UNDERTAKINGS IN DIFFERENT LINKS OF THE SUPPLY CHAIN ARE INVOLVED IN ELECTRONIC COMMERCE BY TARGETING THE PROFITS THAT CAN BE MADE BY SELLING THROUGH INTERMEDIARY SERVICE PROVIDER PLATFORMS.

intermediary service providers is an essential element for buyers in making relevant purchases and establishing sales contracts. For this reason, intermediary service providers, who include sellers in their platforms and ensure the purchase of the products of the sellers with the trust placed in the platform that carries its own brand, shall be liable under certain conditions for defects or damages in the product within the scope of trust liability¹⁷.

III. CONCLUSION

Intermediary service providers have gained a share in electronic commerce transactions and have greatly increased their scope due to the transformation in commercial activities with the impact of the Covid-19 pandemic, and have become the main actors in many electronic commerce transactions, which are predominantly consumer transactions nowadays. The problems experienced by consumers in these transactions have increased in parallel with this development. In this context, ensuring legal security in transactions realized through intermediary service provider platforms has emerged as a current legal problem. Nowadays, many undertakings in different links of the supply chain are involved in electronic commerce by targeting the profits that can be made by

lerin yapılması ve satış sözleşmelerinin kurulmasında aracı hizmet sağlayıcılara duyulan güvenin, alıcılar için esaslı bir unsur olduğundan bahsetmek gerekir. Bu nedenle satıcıları platformlarına dahil eden ve kendi markasını taşıyan platforma duyulan güven ile satıcıların ürünlerinin satın alınmasını sağlayan aracı hizmet sağlayıcıların güven sorumluluğu kapsamında üründe bulunan ayıp veya meydana gelecek zararlardan, belirli koşullar altında sorumlu olmaları gerekmektedir¹⁷.

III. SONUÇ

Aracı hizmet sağlayıcılar, ticari faaliyetlerdeki dönüşüm ve Covid-19 pandemisinin etkisiyle kapsamını çok büyük ölçüde arttıran elektronik ticaret işlemlerinde pay sahibi olmuş ve günümüzde ağırlıklı tüketici işlemlerinde olan birçok elektronik ticaret işleminin ana aktörü haline gelmişlerdir. Tüketicilerin bu işlemlerde yaşadıkları sorunlar ise bu gelişim ile paralel olarak artış göstermiştir. Bu kapsamda aracı hizmet sağlayıcı platformlar aracılığıyla gerçekleştirilen işlemlerde hukuki güvenliğin sağlanması güncel bir hukuki sorun olarak karşımıza çıkmıştır. Günümüzde tedarik zincirinin farklı halkalarında yer alan pek çok teşebbüs, aracı hizmet sağlayıcı platformlar üzerinden satış yapmanın getirebileceği kazancı hedefleyerek elektronik ticarete dahil olmaktadır. Alıcıların ise satın aldıkları

selling through intermediary service provider platforms. It is not always possible for buyers to reach these undertakings when a problem occurs with the products they purchase. In this respect, expanding the scope of liability of intermediary service providers for the reasons we have explained may increase legal security in electronic commerce transactions.

ürünlerde bir sorun yaşadıklarında bu teşebbüslere ulaşmaları her zaman mümkün olamamaktadır. Bu bakımdan açıkladığımız gerekçelerle aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluk kapsamının genişletilmesi, elektronik ticaret işlemlerinde hukuki güvenliğin artmasını sağlayabilecektir.

GÜNÜMÜZDE TEDARİK ZİNCİRİNİN FARKLI HALKALARINDA YER ALAN PEK ÇOK TEŞEBBÜS, ARACI HİZMET SAĞLAYICI PLATFORMLAR ÜZERİNDEN SATIŞ YAPMANIN GETİREBİLECEĞİ KAZANCI HEDEFLEYEREK ELEKTRONİK TİCARETE DAHİL OLMAKTADIR.

FOOTNOTE

17 Büyüksağış/ Kahveci, p. 156.



BIBLIOGRAPHY

ERDEM BÜYÜKSAĞIŞ/ DEFNE KAHVECİ, "E-Ticaret Platformlarının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu", YÜHFD, V. XIX, 2022/Special Issue.

ESRA HAMAMCIOĞLU, "Elektronik Ticaretin Hukuksal Boyutu", Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, P. 35, 2018.

LALE SİRMEN, "Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri", Aydın Zevkiler'e Armağan Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, V. 8, Special Issue, İstanbul 2013.

YASEMİN DURAK, "Güven Sorumluluğu ve Culpa In Contrahendo", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V. 25, Issue. 1, 2017.

MERVE ARSLAN, Elektronik Ticaret ve Mesafeli Elektronik Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, 1st Edition, Ankara 2021.

KADİR BAŞ, "Online Platformların Acentelik Niteliği ve Bu Platformlar Özelinde Türk Ticaret Kanunu'nun Acenteliğe İlişkin Hükümlerin Uygulanması" Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, vol. XXXIII(4), P. 115-153.

SELMA ÇETİNER/ ARMAĞAN EBRU BOZKURT-YÜKSEL, "Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku", 5th Edition, Ankara 2021, P. 223.

KAYNAKÇA

ERDEM BÜYÜKSAĞIŞ/ DEFNE KAHVECİ, "E-Ticaret Platformlarının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu", YÜHFD, C. XIX, 2022/Özel Sayı.

ESRA HAMAMCIOĞLU, "Elektronik Ticaretin Hukuksal Boyutu", Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 35, 2018.

LALE SİRMEN, "Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri", Aydın Zevkiler'e Armağan Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı, İstanbul 2013.

YASEMİN DURAK, "Güven Sorumluluğu ve Culpa In Contrahendo", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 1, 2017.

MERVE ARSLAN, Elektronik Ticaret ve Mesafeli Elektronik Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, 1. Baskı, Ankara 2021.

KADİR BAŞ, "Online Platformların Acentelik Niteliği ve Bu Platformlar Özelinde Türk Ticaret Kanunu'nun Acenteliğe İlişkin Hükümlerin Uygulanması" Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, vol. XXXIII(4), S. 115-153.

SELMA ÇETİNER/ ARMAĞAN EBRU BOZKURT-YÜKSEL, "Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku", 5. Baskı, Ankara 2021, S. 223.

DİPNOT

17 Büyüksağış/ Kahveci, s. 156.

WAYBILL, BILL OF LADING AND DELIVERY WITHOUT BILL OF LADING IN THE PRACTICE OF TURKISH MARITIME TRADE PRACTICE

TÜRK DENİZ TİCARETİ UYGULAMASINDA TAŞIMA SENEDİ, KONİŞMENTO VE KONİŞMENTOSUZ TESLİM

GİZEM AKBULUT
CEREN BALCI

ABSTRACT

In this study, what are the waybills in Turkish Maritime Trade Law, the differences between bills of lading and seaway bills, the definition of the bill of lading, by whom the bill of lading is issued and the legal nature of the bill of lading shall be discussed. In addition, the role of the bill of lading in proving the legal relationship between the parties involved, the role of the carrier, the general type of the goods, their signs, the number of parcels or pieces, the role of proving the weight and quantity, and the significance of the bill of lading will all be examined and evaluated. While in principle, the carrier delivers the cargo in exchange for presenting the bill of lading; the emergence of delivery without a bill of lading will be discussed due to the development of shipbuilding technology, the speed of shipbuilding, the slowness of postal services, and the delays in providing bills of lading to the destination port. None the less, in this study, four different types of delivery without bill of lading will be discussed and it will be explained what problems will arise in delivering the cargo without presenting a bill of lading. Lastly, with the emergence of delivery without a bill of lading and the potential issues brought on by the various types of delivery without a bill of lading, the subject of an electronic bill of lading has been examined in response to the issues brought on by the traditional bill of lading.



KEYWORDS

BILL OF LADING, DELIVERY WITHOUT BILL OF LADING, FUNCTION OF PROOF OF BILL OF LADING, DELIVERY IN SEAFREIGHT.

ÖZET

Bu çalışmada, Türk Deniz Ticareti Hukuku'nda taşıma senetlerinin ne olduğuna, koniştirmento ile deniz yük taşıma senetlerinin farklarına, koniştirmentonun tanımına, koniştirmentonun kimin tarafından düzenlendiğine ve koniştirmentonun hukuki niteliğine değinilecektir. Bunun dışında, koniştirmentonun hukuki ilişkiyi ispat işlevine, taşıyanı ispat işlevine, eşyanın genel olarak cinsini, işaretlerini, koli veya parça adedini, ağırlık ve miktarını ispat işlevine ve navlunu ispat işlevine dair incelemeler ve değeriendirmeler yapılarak koniştirmentonun neden önemli olduğundan bahsedilecektir. Kural, koniştirmentonun ibraz edilmesi karşılığında taşıyanın yükü teslim etmesiyken; gemi inşa teknolojisinin gelişmesi gemi yapımının hızlanması, buna karşılık posta hizmetlerinin yavaş kalması ve koniştirmentoların varış limanına ulaştırılmasındaki gecikmeler nedeniyle koniştirmentosuz teslimin ortaya çıkışından söz edilecektir. Bununla birlikte, bu çalışmada dört farklı koniştirmentosuz teslim türü ele alınacak ve koniştirmento ibraz edilmeksizin yükün teslim edilmesi hususunun hangi problemleri ortaya çıkaracağı anlatılacaktır. Son olarak ise geleneksel koniştirmentonun sebep olduğu problemlere karşılık koniştirmentosuz teslimin ortaya çıkması ile koniştirmentosuz teslim türlerinin neden olabileceği sorunlara karşılık elektronik koniştirmento konusu incelenmiştir.



ANAHTAR KELİMELELER

KONİŞMENTO, KONİŞMENTOSUZ TESLİM, KONİŞMENTONUN İSPAT İŞLEVİ, DENİZ TAŞIMACILIĞINDA TESLİM.

PART 7

In this study, what are the waybills in Turkish Maritime Trade Law, the differences between bills of lading and seaway bills, the definition of the bill of lading, by whom the bill of lading is issued and the legal nature of the bill of lading shall be discussed.

Bu çalışmada, Türk Deniz Ticareti Hukuku'nda taşıma senetlerinin ne olduğuna, konișmento ile deniz yük taşıma senetlerinin farklarına, konișmentonun tanımına, konișmentonun kimin tarafından düzenlendiğine ve konișmentonun hukuki niteliğine değinilecektir.

I. INTRODUCTION

As a result of the development of national and international trade in the world, the creation of new markets by technology, with the ease of access to information and developments through technology, national and especially international transportation has started to gain importance. In the international transport of goods, distinctions regarding road transport, air transport and maritime transport have begun to be elaborated and regulations have been made at the international level regarding these concepts. Within the framework of these regulations, waybills are used in order to protect the rights of the parties and to regulate transportation activities. In the continuation of our article, in this context, the waybills and bill of lading which is a waybill in general, will be examined and the effect of the delivery without a bill of lading on the carriage transaction and the its parties will be detailed.

II. WHAT IS WAYBILL?

In article 856 of the Turkish Commercial Code No. 6102 ("TCC")¹, the waybill is defined as "issued upon the request of one of the parties." In Article 858 of the same code, "The waybill signed by both parties con-

I. GİRİŞ

Dünyada, ulusal ve uluslararası ticaretin gelişmesi, teknolojinin yeni pazarların oluşmasına sebep olması ve yine teknoloji vesilesiyle insanların bilgi ve gelişmelere erişiminin kolaylaşması sonucu ulusal ve özellikle uluslararası taşımacılık önem kazanmaya başlamıştır. Uluslararası düzeyde gerçekleştirilen eşya taşımalarında karayolu taşımacılığı, havayolu taşımacılığı ve denizyolu taşımacılığına ilişkin ayrımlar detaylandırılmaya başlanmış ve bu kavramlara ilişkin uluslararası düzeyde düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler çerçevesinde, tarafların haklarını korumak ve taşımacılık faaliyetlerini düzenlemek amacıyla taşıma senetleri kullanılmaktadır. Makalemizin devamında, bu kapsamda genel anlamda taşıma senedi ve taşıma senedi olan konișmento incelenecek olup, konișmentosuz teslimin taşıma muamelesine ve taraflarına etkisi detaylandırılacaktır.

II. TAŞIMA SENEDİ NEDİR?

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ("TTK") 856. maddesinde taşıma senedi "Taşıma senedi taraflardan birinin istemi üzerine düzenlenir." şeklinde tanımlanmıştır. Aynı kanunun 858. maddesinde yer alan "iki tarafça imza-



stitutes proof of the contract of carriage, its content and the receipt of the goods by the carrier."² the evidence function of the waybill is regulated. In line with the references made in the aforementioned code, it is possible to define the waybill as "a bill prepared upon the request of one of the parties and which constitutes evidence of receipt of the goods".

In the legislative intention of the TCC, it is stated that the waybills are not negotiable instrument, but are a means of proof that becomes evidence if signed by both parties. In addition, it is stated that in order for the waybill to have the quality of evidentiary function as stated in the code, it must be arranged in accordance with the law in its form, first of all, it must primarily contain the signature and the records contained in Article 858. The solution to the problem of whether the deficiencies in the aforementioned records will completely eliminate the evidentiary power of the deed or will it lose its power only in relation to the incomplete record are found in the doctrine and judicial decisions. In the continuation of the legislative intention; it is stated that unilateral changes in the waybills, as a rule, will not affect the evidentiary function of the waybill, the evidentiary function is against the consignee and its effect begins with the delivery and acceptance of the goods and the contrary can be proved.

lanan taşıma senedi, taşıma sözleşmesinin yapıldığına, içeriğine ve eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığına kanıt oluşturur."² hükmü ile taşıma senedinin ispat gücü düzenleme altına alınmıştır. Anılan kanunda yapılan atıflar doğrultusunda taşıma senedini "taraflardan birinin talebi üzerine hazırlanan ve eşyanın teslim alındığına dair delil teşkil eden bir senet" olarak tanımlamak mümkündür.

TTK'nın gerekçesinde, taşıma senetlerinin kıymetli evrak olmadığı, iki tarafın da imzalaması durumunda delil haline gelen bir ispat aracı olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca taşıma senedinin kanunda ifade edildiği şekilde ispat gücü niteliğine sahip olabilmesi için şekli olarak kanuna uygun bir biçimde düzenlenmiş olması, öncelikli olarak imzayı ve 858'inci maddede yer alan kayıtları içermesi gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu kayıtlarda bulunan eksikliklerin senedin ispat gücünü tamamen mi ortadan kaldıracığı ya da yalnızca eksik kayıtlarla ilgili olarak mı gücünü kaybedeceği problemine ilişkin çözüm öğretide ve yargı kararlarında bulunmaktadır. Gerekçenin devamında; taşıma senetlerinde tek taraflı olarak yapılan değişikliklerin kural olarak senedin ispat gücünü etkilemeyeceği, ispat gücünün gönderilene karşı olduğu ve etkisinin eşyanın teslim edilmesi ve kabul edilmesi ile başladığı ve aksinin ispat edile-

FOOTNOTE

¹ Turkish Commercial Code No. 6102 m. 856, Official Gazette dated 14.02.2011, and numbered 27846 (OG).

² Turkish Commercial Code No. 6102 m. 858, Official Gazette dated 14.02.2011 and numbered 27846 (OG).

DİPNOT

¹ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 856, 14.02.2011 tarihli, 27846 sayılı Resmi Gazete (RG).

² 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 858, 14.02.2011 tarihli, 27846 sayılı Resmi Gazete (RG).

PART 7

FOOTNOTE

3 Turkish Commercial Code No. 6102 m. 858, Turkish Commercial Code Draft and Justice Commission Report (1/324). Web site: <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c032/tbmm23032022ss0096.pdf> (Date of Access: 12.10.2022).

4 Meltem Deniz Güner Özbek, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Konişmento ve Konişmentonun İspat Kuvveti", Journal of Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları, Volume 18, No. 3, 2012, p. 233-254. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/48098/608162>.

5 Hacı Kara, "Deniz Ticaretinde Elektronik Konişmento ve Siber Güvenlik", Journal of Türkiye Adalet Akademisi, Volume 10, No. 37, 2019, p. 75-106.

6 Tiba Mexico, "What is the difference between a Bill of Lading and a Sea waybill?". Mexico City, Mexico. 2017. <https://www.tibagroup.com/mx/en/difference-bill-of-lading-sea-waybill#top> (Date of Access: 12.10.2022).

7 Turkish Commercial Code No. 6102 m. 856, Official Gazette dated 14.02.2011, and numbered 27846 (OG).

8 Emre Cumalıoğlu, "Kırkambar Sözleşmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı, Doctoral Thesis, İzmir 2010, p. 98.

9 Tahir Çağa/ Rayegan Kender, Deniz Ticareti Hukuku, Navlun Sözleşmesi, Volume II, 8th Edition, İstanbul 2006, p. 65.

10 Burcu Berrak, Türk Pandi Mayıs 2018, https://turkpandi.com/assets/page_docs/press/sirkuler/Konishmento-Kaynakli-Problemler.pdf (Date of Access: 27.09.2022).

While it is explained that the waybills have an important function in terms of payment, it is also explained that it means that the goods have been delivered appropriately³.

With the development and change of the commercial life, in addition to the bill of lading, other sea waybills have also been used. Sea waybill ("seawaybills"), ship's delivery order ("ship's delivery order") and electronic bill of lading are among the mentioned waybills⁴. Sea waybill ("sea waybills") is a waybill used in maritime trade and is a non-negotiable bill of lading. Ship's delivery order ("ship's delivery order") is the document used in national and international transportation and signed by the carrier, in which it approves the delivery of the cargo.

Sea waybills other than bills of lading, which will be examined within the scope of this article, are defined as;

"Any bill, other than the bill of lading drawn up by the carrier to show that he/she has received the goods to be transported, constitutes a presumption that the contract of carriage has been made and that the goods have been received by the carrier as written in the bill of lading; but this presumption can be disproved."

in article 1242 of the TCC. Considering the records they contain and the way they are arranged, it will be seen that there is no significant difference between the sea waybill and the bill of lading. The biggest difference that distinguishes sea waybills and bill of lading is that the bill of lading is negotiable. The sec-

bileceği belirtilmektedir. Taşıma senedinin ödeme yönünden önemli işlevinin olduğu açıklanmakla birlikte malların uygun teslim edildiği anlamına geldiği izah edilmiştir³.

Ticaret hayatının gelişmesi ve değişmesiyle beraber konişmentoya ek olarak başka denizde taşıma senetlerinin de kullanımı da söz konusu olmuştur. Deniz yük senedi ("seawaybills"), gemi teslim talimatları ("ship's delivery order") ve elektronik konişmento bahsedilen taşıma senetlerindedir⁴. Deniz yük senedi ("sea waybills") deniz ticaretinde kullanılan bir taşıma senedi olup ciro edilemez bir konişmento türüdür. Gemi teslim talimatları ("ship's delivery order") ise ulusal ve uluslararası taşımacılıkta kullanılan ve taşıyan tarafından imzalanması suretiyle yükün teslimine onay verdiği belgedir.

İşbu makale kapsamında incelenecek olan konişmento dışındaki diğer deniz taşıma senetleri TTK m. 1242'de;

"Taşıyanın taşınacak eşyayı teslim aldığına göstermek üzere düzenlediği konişmentodan başka her tür senet, taşıma sözleşmesinin yapılmış ve eşyanın senette yazılı olduğu gibi taşıyan tarafından teslim alınmış olduğuna karine oluşturur; ancak bu karinenin aksi ispatlanabilir."

şeklinde tanımlanmıştır. İçerdikleri kayıtlar ve düzenlenme şekline bakıldığında deniz yük taşıma senedi ve konişmento arasında büyük olarak addedilebilecek bir fark olmadığı görülecektir. Deniz yük taşıma senetleri ve konişmentoyu birbirinden ayıran en büyük fark konişmentonun ciro edilebilir olmasıdır.



ond important point is the record in the sea waybill stating that "the right to demand the delivery of the cargo is not dependent on the possession of the sea waybill"⁵. In addition, it should be noted that, "sea waybill ... does not give title to the goods"⁶.

III. DEFINITION OF BILL OF LADING

In the TCC, a distinction has been made regarding the transport bills at sea between bills of lading and other sea waybills. Bill of Lading is defined as,

"Bill of lading is a bill that proves that a contract of carriage has been concluded, shows that the goods have been received by the carrier or loaded on the vessel, and that the carrier is obliged to deliver the goods only in return for its presentation"⁷.

in Article 1128 of the TCC. The obligation mentioned in the definition of the code is an accessory obligation arising from the law and the contract⁸.

In the doctrine, the bill of lading is defined as a valuable document that includes the acknowledgment that the goods have been delivered for the purpose of transportation and the commitment that the goods will be delivered to the holder, who seems to be holder of the right, in exchange for the return of the bill after the goods are transported at the port of destination⁹.

Bill of lading is a negotiable instrument signed before loading or to prove to confirm that the cargo has been received at the port of loading for transportation. "This document shows the relationship between the shipper and the carrier"¹⁰. The bill of lading is issued by the carrier upon the request of the shipper and in the amount requested by the shipper. In order for the shipper to exercise the relevant right, all of the transported goods must have been loaded or delivered. Unless otherwise openly agreed, the shipper is not permitted to request the issuance of a partial bill of lading for the portion of the goods that have already been put into the ship. The right to claim to issue bill of lading rests with the shipper, and the authority to issue the bill of lading rests with the carrier. "Regardless of whether the carrier is also the owner, the bareboat charterer, the sub-carrier or not, every person who undertakes to

ikinci önemli husus ise, deniz yük senedinde yer alan "yükün teslimini talep hakkının deniz yük senedinin zilyetliğine bağlı olmadığını" ifade eden kayıttır⁶. İlaveten belirtmek gerekir ki "deniz yük senedi, ... mallara mülkiyet hakkı vermez"⁶.

III. KONİŞMENTONUN TANIMI

TTK'da denizde taşıma senetleri hususunda konişmento ve diğer denizde taşıma senetleri olarak ayrıma gidilmiştir. Konişmento, TTK'nın 1128. maddesinde;

"Konişmento, bir taşıma sözleşmesinin yapıldığını ispatlayan, eşyanın taşıyan tarafından teslim alındığını veya gemiye yüklendiğini gösteren ve taşıyanın eşyayı, ancak onun ibrazı karşılığında teslimle yükümlü olduğu senettir"⁷.

şeklinde tanımlanmıştır. Kanun tanımında bahsi geçen yükümlülük, kanundan ve sözleşmeden doğan bir yan edim yükümlülüğüdür⁸.

Doktrinde ise konişmento; tek taraflı şekilde taşıyan ya da taşıyanı temsilen kaptan veya yetkili acenta tarafından düzenlenen, eşyanın taşınması maksadıyla teslim edildiği ikrarını ve varma limanında eşyanın taşınması sonrası senedin iade edilmesi karşılığı hak sahibi görünen hamiline aynen teslim edileceğine dair taahhüdün içeren kıymetli evrak olarak tanımlanmıştır⁹.

Konişmento, yükleme öncesinde veya yükün taşınmak üzere yükleme limanında teslim alındığını tevsik etmek amacıyla imzalanan kıymetli bir evraktır. "Bu evrak yüklenen ile taşıyan arasındaki ilişkiyi gösterir"¹⁰. Konişmento yüklenenin talebi üzerine taşıyan tarafından ve yüklenenin istediği miktarda olacak şekilde düzenlenir. Yüklenenin ilgili hakkını kullanabilmesi için taşınan eşyanın tamamının yüklenmiş veya teslim edilmiş olması gerekmektedir. Aksi açıkça kararlaştırılmadıkça yüklenen, yüklenecek eşyanın tamamı gemiye yüklenmeden eşyanın yüklenen kısmı için kısmi konişmento düzenlenmesini talep edemez. Konişmentoyu düzenlemeyi talep hakkı yükletende, konişmentoyu düzenleme yetkisi ise taşıyandadır. "Taşıyanın aynı zamanda donatan, gemi işletme müteahhidi, alt taşıyan olup olmaması önemli değildir, deniz yolu ile eşya taşımayı taaahüt eden her şahıs konişmento düzenlemeye yetkilidir"¹¹.

DİPNOT

3 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 858, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324). Web site: <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c032/tbmm23032022ss0096.pdf> Erişim tarihi 12.10.2022.

4 Meltem Deniz Güner Özbek, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Konişmento ve Konişmentonun İspat Kuvveti", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 3, 2012, s. 233-254. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/48098/608162>.

5 Hacı Kara, "Deniz Ticaretinde Elektronik Konişmento ve Siber Güvenlik", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 10, S. 37, 2019, s. 75-106.

6 Tiba Mexico, "What is the difference between a Bill of Lading and a Sea waybill?". Mexico City, Mexico. 2017. <https://www.tibagroup.com/mx/en/difference-bill-of-lading-sea-waybill#top> (Erişim tarihi, 12.10.2022).

7 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 856, 14.02.2011 tarihli, 27846 sayılı Resmi Gazete (RG).

8 Emre Cumalıoğlu, "Kırkambar Sözleşmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı Doktora Tezi, İzmir 2010, s. 98.

9 Tahir Çağa/ Rayegan Kender, Deniz Ticareti Hukuku, Navlun Sözleşmesi, C. II, 8. Basi, İstanbul 2006, s. 65.

10 Burcu Berrak, Türk Pandi Mayıs 2018, https://turkpandi.com/assets/page_docs/press/sirkuler/Konishmento-Kaynakli-Problemler.pdf (Erişim tarihi, 27.09.2022).

11 H. Murat Demirkıran, "Taşıyanın Konişmento İçeriğinden Sorumluluğu", Doktora Tezi, İstanbul 2007, s. 22.

PART 7

transport goods by sea is authorized to issue a bill of lading¹¹. On the contrary, in practice, this right is transferred to the shipper due to some needs. A Bill of lading; is a transportation document that bears witness to the conclusion of a transportation contract between the shipper and the carrier. The TCC states that there are two ways to arrange bills of lading: loading and receiving. "Bill of lading received for shipment, is a bill of lading issued for the goods received for carriage with the permission of the shipper but not yet loaded on the vessel"¹². "The onboard bill of lading, is the bill of lading issued in the number of times requested by the shipper as soon as the goods are taken on board, in return for the return of the provisional receipt or bill of lading received for shipment which was given to the carrier at the time of receipt of the goods"¹³. Since it is arranged after the goods to be transported are loaded on the vessel, onboard bill of lading is used in charter transportation; contrarily, the bill of lading received is used in transports carried out under contracts for the Common Carriage of Goods by Sea, as it is in situations when it is unclear whose ship the goods would be transported on.

IV. LEGAL NATURE OF THE BILL OF LADING

Pursuant to Article 1228 of the TCC, bill of lading is a bill proving that the contract of carriage has been concluded, indicating that the goods have been received by the carrier or loaded on vessel, and that the carrier is obliged to deliver the goods only in exchange for its presentation. The related definition made in the TCC also reveals the functions of proving the carrier, proving the goods and proving the freight of the bill of lading. The bill of lading also has the quality of a document indicating that the cargo to be transported has been received by the carrier for transportation as specified in the bill of lading, or that the goods to be transported have been loaded onto the vessel. Due to the negotiable nature of the bill of lading, the right specified in the bill of lading cannot be asserted separately from the bill itself. In exchange for presenting the bill of lading, the carrier may only deliver the items to a person who is related to the products. With the expression in paragraph 1 of Article 1228 of the TCC, "it is a bill in which the carrier is obliged to deliver the goods only upon its presentation.", this function of the bill of lading is also regulated.

Buna karşılık uygulamada bazı ihtiyaçlar sebebiyle bu hakkın taşıyana devredilmesi söz konusu olmaktadır. Konşimento; taşıyan ve taşıtan arasında bir taşıma sözleşmesi yapıldığını ispatlayan bir taşıma senedir. TTK uyarınca konşimento, yükleme ve tesellüm olmak üzere iki şekilde düzenlenmektedir. "Tesellüm konşimentosu, yükletenin izniyle taşınmak üzere teslim alınan; fakat henüz gemiye yükletilmemiş olan eşya için düzenlenen konşimentodur"¹². "Yükleme konşimentosu ise eşya gemiye alınır alınmaz, taşıyana eşyayı teslim aldığı sırada verilmiş olan geçici makbuz veya tesellüm konşimentosunun iadesi karşılığında yükletenin istediği sayıda düzenlenen konşimentodur"¹³. Yükleme konşimentosu taşınacak olan eşyanın gemiye yüklenmesi akabinde düzenlenmesi sebebiyle charter taşımalarında, tesellüm konşimentosu ise taşınacak olan eşyanın hangi gemi ile taşınacağı belli olmadığı durumlarda kullanıldığından kırkambar sözleşmesi ile gerçekleştirilen taşımalarda kullanılmaktadır.

IV. KONİŞMENTONUN HUKUKİ NİTELİĞİ

TTK m. 1228 uyarınca konşimento, taşıma sözleşmesinin yapıldığını ispatlayan, eşyanın taşıyan tarafından teslim alındığını veya gemiye yüklendiğini gösteren ve taşıyanın eşyayı, ancak onun ibrazı karşılığında teslimle yükümlü olduğu senettir. TTK'da yapılan ilgili tanım aynı zamanda konşimentonun taşıyanı ispat, eşyayı ispat ve navlunu ispat işlevlerini de ortaya koymaktadır. Konşimento taşınacak yükün konşimentoda belirtildiği şekilde taşınmak üzere taşıyan tarafından teslim alındığını veya taşınacak eşyanın gemiye yüklendiğini gösteren bir evrak niteliğine de sahiptir. Kıymetli evrak niteliği dolayısıyla konşimentoda belirtilen hak senetten ayrı olarak ileri sürülemez. Taşıyan ancak konşimentonun ibrazı karşılığında malı yük ilgisine teslim edebilir. TTK 1228'inci maddenin 1'inci fıkrasındaki tanımda "taşıyanın eşyayı, ancak onun ibrazı karşılığında teslimle yükümlü olduğu senettir." ifadesiyle konşimentonun bu fonksiyonu da düzenleme altına alınmaktadır.

Konşimentonun ayrıca hukuki ilişkiyi ispat işlevi de vardır. "Taşıyan, taşıtan ve konşimentoda gönderilen olarak gösterilen kişi

The bill of lading also has the function of evidence in the legal relationship. "The carrier, the shipper and the person shown as consignee on the bill of lading are the parties to the relationship proven by the bill of lading"¹⁴. Regarding the function of evidence the carrier of the bill of lading, the provision "The bill of lading may be drawn up in the name and behalf of the carrier by the master or the carrier or a representative authorized by the captain in this regard" regulated in article 1228/2 of the TCC states that the carrier is authorized and obligated to issue bills of lading by stipulating that the bill of lading can be issued in the name and account of the carrier. In this context, the bill of lading may be issued by the carrier himself or by the captain who has legal authority in this regard or, in general, within the framework of the law of obligations, by a person authorized by the carrier in this regard¹⁵.

The function of evidence of the bill of lading has two different effects as it creates a presumption that a contract of affreightment exists between the parties and that the transported goods are received in the type, quantity and condition written on the bill of lading¹⁶. In this context, a clean bill of lading ("clean") is a type of bill of lading that is issued by the carrier, which does not have a said to contain record, that is, the carrier assumes that the cargo has been received undamaged, complete and whole. Unless otherwise stated on the bill of lading, the bill of lading is considered "clean". On the other hand, it would be useful to state that the "said to contain", "shipper load, count and seal" records, that is, a kind of "said to contain" record placed on the bill of lading, are added

konşimentoyla ispat edilen ilişkinin taraflarıdır"¹⁴. Konşimentonun taşıyanı ispat işlevine ilişkin olarak TTK m. 1228/2'de düzenlenen "Konşimento, kaptan veya taşıyanın yahut kaptanın bu hususta yetkilendirdiği bir temsilci tarafından taşıyan ad ve hesabına düzenlenebilir" hükmü, konşimentonun taşıyan ad ve hesabına düzenlenebileceğini hüküm altına almak suretiyle taşıyanın konşimento düzenlemeye yetkili ve zorunlu olduğunu belirtmiştir. Bu kapsamda konşimento bizzat taşıyanın kendisi tarafından veya bu konuda kanuni yetkiye sahip kaptan tarafından veya genel olarak borçlar hukuku çerçevesinde de taşıyanın bu konuda yetki verdiği bir kişi tarafından düzenlenebilmektedir¹⁵.

Konşimentonun ispat fonksiyonu taraflar arasında bir navlun sözleşmesinin mevcut olduğu ve taşınan malın konşimentoda yazılı cins, miktar ve durumda teslim alındığı konusunda karine oluşturması şeklinde iki farklı etkiye sahiptir¹⁶. Bu kapsamda temiz konşimento ("clean"), taşıyan tarafından düzenlenen, belli değil kaydı konulmayan yani taşıyanın yükü hasarsız, eksiksiz ve tam teslim aldığına karine oluşturan bir konşimento türüdür. Aksi konşimentoda belirtilmediği sürece konşimento "clean" yani temiz kabul edilir. Diğer yandan konşimentoya konulan "said to contain", "shipper load, count and seal" kayıtlarının, yani bir nevi "belli değil" kaydının taşıyanın yük nezdinde meydana gelecek eksilme, hasar ve ziya durumlarında sorumluluğunu bertaraf amacı ile eklendiğini de bu kapsamda belirtmek faydalı olacaktır.

FOOTNOTE

11 H. Murat Demirkıran, "Taşıyanın Konşimento İçeriğinden Sorumluluğu", Doctoral Thesis, İstanbul 2007, p. 22.

12 Zeynep Özgenç, "Milletlerarası Özel Hukukta Navlun Sözleşmesi", Doctoral Thesis, İstanbul 2014, p. 94.

13 Özgenç, p. 94.

14 Çağa/ Kender, p. 3-6.

15 Güner Özbek, p. 240.

16 Rayegân Kender/ Ergon Çetincil/ Emine Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler, İstanbul 2017, p. 194; Demirkıran, p. 23; Güner Özbek, p. 239; Tamer Bozkurt, Deniz Ticareti Hukuku, 1st Edition, Ankara 2021, p. 154; Fatma Aydoğdu, Konşimentonun İspat Fonksiyonu, İstanbul 2006, p. 26; Özgenç, 2014, p. 96; Özçelik, 2007, p. 24.

DİPNOT

12 Zeynep Özgenç, "Milletlerarası Özel Hukukta Navlun Sözleşmesi", Doktora Tezi, İstanbul 2014, s. 94.

13 Özgenç, s. 94.

14 Çağa/ Kender, s. 3-6.

15 Güner Özbek, s. 240.

16 Rayegân Kender/ Ergon Çetincil/ Emine Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler, İstanbul 2017, s. 194; Demirkıran, s. 23; Güner Özbek, s. 239; Tamer Bozkurt, Deniz Ticareti Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2021, s. 154; Fatma Aydoğdu, Konşimentonun İspat Fonksiyonu, İstanbul 2006, s. 26; Özgenç, 2014, s. 96; Özçelik, 2007, s. 24.



PART 7

in order to eliminate the responsibility of the carrier in cases of loss and damage that may occur in the cargo.

V. FORCE OF PROVING OF THE BILL OF LADING

The bill of lading has four different functions of proving such as proving the legal relationship of bill of lading, proving the carrier, proving the general type, signs, the number of the parcels or pieces, the weight and the quantity of the goods, and proving the freight and the regulations regarding this has been made between the Article 1237-1240 of TCC.

A. Function of Proving the Legal Relationship

A carriage contract is a bilateral contract, whose parties are the carrier undertaking to carry the cargo and the shipper undertaking to pay the freight¹⁷. The concepts of carrier and shipper are adjectives arising from the contract, and people other than these people are defined as third parties as a rule¹⁸. These third parties are the people who are outside the parties in the transportation business and obtain rights or are liable for debts arising from the contract. The shipper who will perform the loading, the authorized holder of this bill, and the consignee, owner of the goods, who does not have the title of sender, are examples of the parties involved in the performance of the contract. If a bill of lading, waybill, or waybill with a characteristic of negotiable instruments is issued, it is specified to whom the goods will be delivered when they arrive at the port of registry¹⁹.

In Article 1237/1 of TCC²⁰, it is stated that the bill of lading will be taken as the basis in the legal relations between the bill of lading holder, who is not a party to the carriage contract, and the carrier, which is a party to the contract. Therefore, if the bill of lading is issued by the carrier at the request of the shipper, the legal relationship between the bill of lading holder and the carrier will be determined by the bill of lading. The cargo is delivered by the carrier to the person holding the bill of lading at the port of destination, and the bill of lading gives that person the right to ask the carrier to deliver the cargo. When examined in terms of the consignee, the rights and obligations of the consignee with having the bill of lading are independent from the carriage contract²¹.

V. KONİŞMENTONUN İSPAT KUVVETİ

Konişmentonun hukuki ilişkiyi, taşıyanı, eşyanın genel olarak cinsini, işaretlerini, koli veya parça adedini, ağırlık ve miktarını ve navlunu ispat gibi dört farklı ispat işlevi olmakla beraber buna ilişkin düzenlemeler TTK'nın 1237-1240. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

A. Hukuki İlişkiyi İspat İşlevi

Navlun sözleşmesi, tarafları yük taşımayı taahhüt eden taşıyan ve navlun ödemeyi taahhüt eden taşıtan olan iki taraflı bir sözleşmedir¹⁷. Taşıyan ve taşıtan kavramları sözleşmeden kaynaklanan sıfatlar olup, bu kişiler dışında kalan kişiler kural olarak üçüncü kişi olarak tanımlanmaktadır¹⁸. Bu üçüncü kişiler, taşıma işlerinde taraflar dışında kalan ve sözleşmeden kaynaklı olarak hak elde eden ya da borç ile yükümlü olan kişilerdir. Malın bağlama limanına vardığında teslim edileceği gönderilen, yüklemeyi yapacak yükleten, konişmento ya da kıymetli evrak niteliğine sahip taşıma senedi düzenlenmesi halinde bu senedin yetkili hamili ve gönderen sıfatını haiz olmayan eşya maliki sözleşmenin ifasında ilgili kişilere örnektir¹⁹.

TTK m. 1237/1²⁰'de navlun sözleşmesinin taraflı olmayan konişmento hamili ile sözleşme taraflı olan taşıyan arasındaki hukuki ilişkilerde konişmentonun esas alınacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, yükletenin istemiyle birlikte taşıyan tarafından konişmento düzenlenmesi durumunda konişmento hamili ve taşıyan arasındaki hukuki ilişki konişmento ile belirlenecektir. Yük, varma limanında taşıyan tarafından konişmento hamiline teslim edilmektedir ve konişmento hamiline yükü taşıyandan teslim almak için talepte bulunma yetkisi konişmento ile sağlanmaktadır. Gönderilen bakımından incelendiğinde, gönderilen konişmento ile sahip olduğu hak ve borçlar navlun sözleşmesinden bağımsızdır²¹.

TTK m. 1237/2'de taşıyan ve taşıtan arasındaki hukuki ilişkilerin navlun sözleşmesi hükümleri ile bağlı kaldığına dair bir hüküm yer

In the Article 1237/2 of TCC, there is a provision regarding the legal relations between the carrier and the shipper are bound by the provisions of the carriage contract. Generally, the parties write the contractual issues between them on the bill of lading and do not make any other contract. Especially in contracts of carriage of goods, since the bill of lading is a means of proving the carriage contract, it regulates not only the relations between the carrier and the consignee, but also the relations between the carrier and the shipper²².

In Article 1237/3 of TCC with reserving the second sentence of the Article 1245/1 of TCC, a copy of the charter party must be given to the new holder when the bill of lading is transferred, if the bill of lading contains a reference to the voyage charter contract. In this case, it may be argued against the bill of lading holder to the extent that the provisions in the charter party give the characteristics. Therefore, in the event that a copy and the bill of lading are not submitted, it is acknowledged that the conditions in the charter party cannot be asserted to the carriers of the bill of lading other than the shipper. However, if the qualification of the relation between the carrier and the shipper is suitable, the conditions in the charter party can be asserted to the bill of lading holders except the shipper²³.

B. Function of Proving the Carrier

Unless occurred differently, the bill of lading arrangement is optional ; however, it is obligatory to be arranged upon the request of the shipper. The bill of lading is a written declaration of intention that is drawn up by the carrier or the captain and reveals a unilateral debt relationship²⁴.

Article 1238 of TCC, titled "Proof the Carrier", is related to the function of the bill of lading to prove the carrier. It is important to know who the carrier is, since the carrier is obliged to deliver the goods in return for the presentation of the bill of lading²⁵. That's why it was regulated that the person who signed the bill of lading as the carrier or the person on whose own name and account would be deemed to be the carrier in the Article 1238/1 of TCC.

In practice, it may be the case that individuals hide the carrier on the bill of lading in order

almaktadır. Genellikle, taraflar aralarındaki sözleşmeyle alakalı konuları konişmentoya yazmakta ve başkaca bir sözleşme yapmamaktadırlar. Özellikle kırkambar sözleşmelerinde konişmento navlun sözleşmesini ispat aracı olduğu için sadece taşıyan ve gönderilen arasındaki ilişkileri değil, taşıyan ile taşıtan arasındaki ilişkileri de düzenlemektedir²².

Yolculuk çarteri sözleşmesine konişmentoda gönderme olması durumunda konişmento devredilirken çarter partinin bir nüshasının da yeni hamile ibraz edilmesi gerektiği, bu takdirde çarter partide yer alan hükümlerin özellikleri verdiği ölçüde konişmento hamiline karşı da ileri sürülebileceği TTK m. 1245/1'in ikinci cümlesi saklı tutularak TTK m. 1237/3'te düzenlenmiştir. Dolayısıyla bir nüshasının konişmento ile yeni hamile ibraz edilmediği durumda çarter partide bulunan şartların taşıtan haricindeki konişmento hamillerine ileri sürülemeyeceği anlaşılmaktadır. Ancak taşıyanla taşıtan arasındaki ilişkinin niteliğinin uygun olması halinde çarter partide bulunan şartlar taşıtan haricindeki konişmento hamillerine ileri sürülebilir²³.

B. Taşıyanı İspat İşlevi

Konişmentonun düzenlenmesi aksi bir durum olmadıkça mecburi değildir; ancak yükletenin talebi halinde düzenlenmesi mecburidir. Konişmento, taşıyan yahut kaptan tarafından düzenlenmekte olup tek taraflı bir borç ilişkisi ortaya çıkaran yazılı bir irade beyanıdır²⁴.

TTK'nın "Taşıyanı İspat" başlıklı 1238. maddesi konişmentonun taşıyanı ispat etme işlevine ilişkindir. Taşıyanın konişmentonun ibraz edilmesi karşılığında eşyayı teslim etme yükümlülüğü olması nedeniyle taşıyanın kim olduğunun bilinmesi önemlidir²⁵. Bu nedenle TTK m. 1238/1'de konişmentoyu taşıyan sıfatıyla imzalayan ya da kendi ad ve hesabına konişmentonun imzalandığı kişinin taşıyan sayılacağı düzenlenmiştir.

Uygulamada, kişilerin sorumlu olmamak amacıyla taşıyanı konişmentoda gizlemesi ve dolayısıyla konişmentodan taşıyanın tes-

FOOTNOTE

¹⁷ Cansu Aytas, Konişmentonun Rolü ve İşlevi, İstanbul 2018, p. 10.

¹⁸ Fevzi Topsoy, Deniz Ticareti Hukuku 1, 1st Edition, İzmit 2020, p. 309.

¹⁹ Natig Asgarov, Yükle İlgililerin Taşıma Sözleşmesi Gereğince Beyanda Bulunma Yükümlülüğü, Ankara 2012, p. 33.

²⁰ Turkish Commercial Code No. 6102 ("TCC") Art. 1237.

²¹ Bozkurt, p. 169.

²² Mehmet Bahtiyar, Makaleler I, 1st Edition, İstanbul 2008, p. 63.

²³ Bozkurt, p. 170.

²⁴ Bülent Sözer, Deniz Ticareti Hukuku, 6th Edition, Sapanca 2021, p. 450.

²⁵ İsmail Demir, Deniz Ticareti Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2021, p. 324.

DİPNOT

¹⁷ Cansu Aytas, Konişmentonun Rolü ve İşlevi, İstanbul 2018, s. 10.

¹⁸ Fevzi Topsoy, Deniz Ticareti Hukuku 1, 1. Baskı, İzmit 2020, s. 309.

¹⁹ Natig Asgarov, Yükle İlgililerin Taşıma Sözleşmesi Gereğince Beyanda Bulunma Yükümlülüğü, Ankara 2012, s. 33.

²⁰ 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ("TTK") m. 1237.

²¹ Bozkurt, s. 169.

²² Mehmet Bahtiyar, Makaleler I, 1. Baskı, İstanbul 2008, s. 63.

²³ Bozkurt, s. 170.

²⁴ Bülent Sözer, Deniz Ticareti Hukuku, 6. Baskı, Sapanca 2021, s. 450.

²⁵ İsmail Demir, Deniz Ticareti Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2021, s. 324.

PART 7

not to be liable, and therefore the carrier cannot be identified from the bill of lading. In order to prevent this situation, provisions have been made by the legislator stating that the carrier from the bill of lading must be proven and that if the bill of lading does not have the quality of proving, certain persons other than the carrier will be deemed as the carrier and these persons will be held liable.

In Article 1238/2 of TCC, it is stated that in cases where the name and surname or trade name and the business centre of the carrier are not shown in the bill of lading or the carrier are not clearly understood from the bill of lading, the owner will be deemed as the carrier. For this reason, the responsibility of the owner also comes to the fore; however, if the owner wants to avoid this responsibility, he/she must inform the name and surname or trade name and business centre of the carrier upon the express request of the bill of lading holder. *"If the name of the carrier is not shown on a bill of lading drawn up by the captain or another representative of the owner, the owner is deemed as the carrier. If the name of the carrier is reported incorrectly, the owner is responsible to the consignee for the damage arising from the inaccuracy of the declaration."* was regulated under the Article 1099 of Turkish Commercial Code No. 6762 ("oTTC")²⁶. According to Demir²⁷, the different arrangement in the new TCC is not accurate. Because, in cases where the name and surname or trade name and the business centre of the carrier are not shown or cannot be clearly understood from the bill of lading, directly considering the owner as the carrier puts the owner in a heavy position in the legal sense. Pursuant to Demir, the oTTK clause that states that in cases when the captain or the owner's representative drafts the bill of lading, the owner shall be deemed to be the carrier is more appropriate, due to the fact that the owner may not be aware of a bill of lading issued by persons other than the captain or a representative of the owner.

In Article of 1238/3 of TCC, it is regulated that if the bill of lading is issued by the captain or another representative of the carrier, in cases where the name and surname or trade name and the business centre of the carrier are not shown or are not clearly understood, the representative will be deemed to be the carrier together with the owner held responsible pursuant to the second paragraph, and the representative should also report the information and make documentation related to

pit edilememesi söz konusu olabilmektedir. Bu durumun önüne geçebilmek adına kanun koyucu tarafından konişmentodan taşıyanın ispat edilmesi gerektiğine ve eğer konişmento ispat eden niteliğe sahip değil ise taşıyan dışındaki belli kişileri taşıyan addedip o kişilere sorumluluk yükleneneğine dair hükümler düzenlenmiştir.

TTK m. 1238/2'de konişmentoda taşıyanın adı ve soyadı ya da ticaret unvanı ile işletme merkezinin gösterilmemiş olduğu veya açıkça anlaşılamadığı hallerde donatanın taşıyan sayılacağı ifade edilmiştir. Bu nedenle donatanın da sorumluluğu gündeme gelmektedir; ancak eğer ki donatan bu sorumluluktan kurtulmak istiyor ise konişmento hamilinin açık istemi üzerine taşıyanın adını ve soyadını ya da ticaret unvanı ile işletme merkezini bildirmesi gerekmektedir. Bu hüküm, 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ("eTTK") 1099. maddesinde²⁶, *"Kaptan veya donatanın diğer bir temsilcisi tarafından tanzim olunan bir konişmentoda taşıyanın adı gösterilmemiş olursa donatan, taşıyan sayılır. Taşıyanın adı yazılış bildirilmiş ise beyanın doğru olmamasından doğacak zarardan gönderilene karşı donatan mesuldür."* şeklinde düzenlenmekte idi. Demir'e göre²⁷, yeni TTK'daki farklı düzenleme isabetli değildir; çünkü konişmentodan taşıyanın adı ve soyadı veya ticaret unvanı ile işletme merkezinin gösterilmemiş olduğu veya açıkça anlaşılamadığı hallerde doğrudan donatanın taşıyan sayılması donatanı hukuki anlamda ağır bir konuma getirmektedir. Kaptan veya donatanın bir temsilcisi dışındaki kişilerin tanzim ettiği bir konişmentodan donatanın haberinin olamayabileceğinden dolayı kaptan veya donatanın temsilcisinin konişmentoyu düzenlemesi halinde donatanın taşıyan sayılmasına ilişkin eTTK'da yer alan hüküm Demir'e göre daha uygundur.

Konişmentonun kaptan ya da taşıyanın diğer bir temsilcisi tarafından düzenlenmesi durumunda ise taşıyanın adı ve soyadı veya ticaret unvanı ile işletme merkezinin gösterilmemiş olduğu veya açıkça anlaşılamadığı hallerde, temsilcinin de ikinci fıkra gereğince sorumlu tutulan donatan ile birlikte taşıyan sayılacağı ve temsilcinin de sorumluluktan kurtulabilmesi için taşıyana ilişkin bilgileri bildirip belgelendirmeyi yapması gerektiği TTK m. 1238/3'te düzenlenmiştir. Süzel'e göre²⁸, bu hüküm ihracatın Türkiye limanlarından gerçekleştiği taşımalarda konişmentoyu tanzim eden Türk acentesi açısından taşıyanın anlaşılamadığı ve belgelendirilemediği halde taşıyan sayılıp sorumlu olacağından

the carrier in order to avoid liability. According to Süzel²⁸, this provision poses a danger in transports where exports are made from Turkish ports, in cases where the carrier cannot be understood and documented in terms of the Turkish agency issuing the bill of lading, the owner will be deemed as the carrier and will be responsible. However, it should be noted that it is not highly likely that the agent cannot certify that it is the representative of the carrier.

When the TCC's article 1238, which establishes the carrier and places responsibility on parties other than the carrier, is taken into consideration, it can be said that the article's goal is to protect the holders of the bill of lading in order to determine to whom the claim arising from the bill of lading will be directed²⁹. Therefore, evaluating the *ratio legis* of the Article, although the Article 1238/2 of TCC assumes the owner as the carrier and puts the owner in a heavier position, in our opinion, Demir's opinion saying the Article 1099 of oTCC is a more reasonable solution³⁰ compared to the Article 1238/2 of TCC, is not appropriate. Due to the result of the new rule, the owner now has the chance to disprove the presumption established by the Article 1099 of oTCC by notifying the name and surname of the absent carrier or by notifying and certifying the location of the company's headquarters.

C. Function of Proving the General Type, Signs, The Number of The Parcels or Pieces, The Weight and The Quantity of The Goods

The function of proving the goods, which is another function of the bill of lading, is regulated in Article 1239 of the TCC titled *"Proving The General Type, Signs, The Number Of The Parcels Or Pieces, The Weight And The Quantity Of The Goods"*.

According to Article 1239/1 of the TCC, a reservation must be made explaining if the carrier knows or reasonably believes that the bill of lading containing the declarations about the goods does not accurately and completely depict the goods as they were actually loaded, or if the carrier lacks the opportunity to specifically check these declarations. In contracts for international sales of goods, it is possible that the goods are purchased by the buyers according to the conditions in

dolayı tehlike oluşturmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki acentenin taşıyanın temsilcisi olduğunu belgeleyememesi yüksek bir ihtimal değildir.

Konişmentodan doğan hak talebinin kime yöneltileceğinin bilinmesi maksadıyla taşıyanı ispat eden ve taşıyan dışındaki kişileri taşıyan addederek sorumluluk yükleyen TTK m. 1238 hükmü değerlendirildiğinde maddenin amacının konişmento hamillerinin korunmasına yönelik olduğu söylenebilir²⁹. Dolayısıyla maddenin *ratio legis*'i göz önünde bulundurulduğunda, Demir'in TTK m. 1238/2'ye kıyasla eTTK m. 1099'un daha makul bir çözüm³⁰ olduğuna ilişkin görüşü, her ne kadar TTK m. 1238/2 donatanı taşıyan sayıp daha ağır bir konuma getirse de kanaatimizce yerinde değildir. Zira zaten yeni düzenlemeyle birlikte eTTK m. 1099'da bulunmayan taşıyanın adı ve soyadını ya da ticaret unvanı ile işletme merkezini bildirerek belgelendirmesi ile sağlanan karinenin aksini ispat etme imkânı da donatana tanınmıştır.

C. Eşyanın Genel Olarak Cinsini, İşaretlerini, Koli veya Parça Adedini, Ağırlık ve Miktarını İspat İşlevi

Konişmentonun bir diğer işlevi olan eşyayı ispat işlevi TTK'nın *"Eşyanın Genel Olarak Cinsini, İşaretlerini, Koli veya Parça Adedini, Ağırlık ve Miktarını İspat"* başlıklı 1239. maddesinde düzenlenmektedir.

TTK m. 1239/1'de taşıyanın eşya hakkındaki beyanları içeren konişmentonun fiili olarak yüklenmiş olan eşyayı doğru ve tam şekilde göstermediğini bildiği ya da gösterdiğinden haklı sebepler ile şüphe ettiği veya bu beyanların kontrol edilmesi için yeterli olanağa sahip olmadığı durumlarda bunların açıklandığı bir çekincenin koyulmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Uluslararası satım sözleşmelerinde eşyanın kendisi görülmeden konişmentoda yer alan koşullara göre alıcılar tarafından satın alınması ve yine bu

FOOTNOTE

²⁶ Turkish Commercial Code No. 6762 ("oTCC") Art. 1099.

²⁷ Demir, p. 324.

²⁸ Cüneyt Süzel, *Navlun Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması*, İstanbul 2021, p. 60.

²⁹ Sözer, p. 451.

³⁰ Demir, p. 324.

DİPNOT

²⁶ 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ("eTTK") m. 1099.

²⁷ Demir, s. 324.

²⁸ Cüneyt Süzel, *Navlun Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması*, İstanbul 2021, s. 60.

²⁹ Sözer, s. 451.

³⁰ Demir, s. 324.

PART 7

the bill of lading without seeing the goods, and the assurance is accepted by the banks according to these conditions³¹. Arranging a clean bill of lading, in the letter of credit applications of banks, is important for the acceptance of the document³². A regulation regarding a clean bill of lading is included in the Uniform Rules Regarding Letters of Credit No. 600 published by the International Chamber of Commerce. In the Article 27 of these rules, it is regulated that the bank will only accept a clean waybill and a clean waybill is a document that does not contain a record expressing the condition of the goods or their packaging³³. In practice, it is not possible for the carrier to inspect the goods due to the late submission of the bill of lading and in such cases, if the carrier refrains from signing or if a defect or deficiency appears on the

koşullara göre bankalar tarafından teminat kabul edilmesi söz konusudur³¹. Bankaların akreditif uygulamalarında temiz konişmento düzenlenmesi belgenin kabul edilmesi bakımından önem arz etmektedir³². Temiz konişmentoya ilişkin bir düzenleme Uluslararası Ticaret Odası'nın yayınladığı 600 sayılı Akreditife İlişkin Yeknesak Kurallar içerisinde yer almaktadır. Bu kuralların 27. maddesinde bankanın yalnızca temiz taşıma belgesi kabul edeceği ve temiz taşıma belgesinin de eşyanın ya da ambalajının durumunu ifade eden bir kayıt bulunmayan belge olduğu düzenlenmiştir³³. Uygulamada, konişmentonun geç sunulmasından dolayı taşıyanın eşyaları incelemesi mümkün olmamaktadır ve bu gibi hâllerde taşıyanın imzadan kaçınması ya da eşyanın dışından belli olan bir kusurun veya eksikliğin ortaya çıkması halinde taşıyanın

Unless occurred differently, the bill of lading arrangement is optional ; however, it is obligatory to be arranged upon the request of the shipper.

Konışmentonun düzenlenmesi aksi bir durum olmadıkça mecburi değildir; ancak yükletenin talebi halinde düzenlenmesi mecburidir.

outside of the goods, the carrier should not remain silent and state the truth. If this situation is not stated on the bill of lading or the signing is not rejected by the carrier, there will be a presumption that the goods have been delivered in good condition under the terms of the bill of lading³⁴. The provision of the Article 1239/2 of TCC confirms that if the carrier neglects to declare the external condition of the goods on the bill of lading, the goods will be deemed to have declared that they are in good external condition.

The Article 1239/3 of TCC contains the provision of "Without prejudice to the declarations made on the bill of lading based on the first paragraph, the bill of lading establishes a

sessiz kalmaması ve gerçeği belirtmesi gerekmektedir. Bu durumun konişmentoda belirtilmemesi ya da imzalamanın taşıyan tarafından reddedilmemesi hâlinde, eşyanın konişmentodaki şartlarda iyi şekilde teslim edildiğine ilişkin karinenin doğması söz konusu olacaktır³⁴. Taşıyanın eşyanın dışarıdan belli olan hâlini konişmentoda beyan etmeyi ihmal etmesi halinde eşyanın dıştan iyi durumda olduğuna ilişkin beyanda bulunmuş sayılacağına dair TTK m. 1239/2 hükmü de bunu doğrular niteliktedir.

TTK m. 1239/3, "Birinci fıkraya dayanarak konişmentoya hakkında çekince konulan beyanlar saklı kalmak üzere, konişmento, taşıyanın eşyayı konişmentoda beyan edildiği gibi

presumption that the carrier has received the goods as declared in the bill of lading or, if a bill of lading has been issued, that it has loaded it. The contrary of this presumption cannot be proved against the third party who has taken over the bill of lading in good faith, including the consignee, relying on the description of the goods it contains; The fourth paragraph of article 1186 is reserved." It is not possible to prove the contrary of what is stated in the bill of lading against bona fide third parties. In the event that the third party takes over the bill of lading by relying on the definition of the goods in it, if there is damage or loss despite the absence of reservation at the time of receipt, then the contrary of the presumption in the Article 1239 of TCC can be only proved by claiming that it was not delivered properly like it was written on the bill of lading. The person concerned with the cargo does not have to prove the fault of the carrier and that the damage occurred during transportation. It is sufficient for the person who took over the bill of lading to prove that the delivery did not take place under the conditions stated in the bill of lading, and the burden of proof is changed³⁵.

The exception to the regulation in the Article 1239/3 of TCC, which states that the presumption cannot be proven otherwise, appears to have been issued in the Article 1186/4 of TCC³⁶. In the Article 1186/4 of TCC, there is a regulation as "If the shipper's notification in accordance with the first paragraph is written on the waybill, these records constitute a presumption, but this presumption is not binding for the carrier. The third paragraph of Article 1239 does not apply to the records in question." This provision includes other waybills and the records of the goods in the bill of lading within the meaning of Article 1239/3, states that it does not have the effect of irrefutable presumption in favour of the third-party bill of lading holder³⁷.

D. Function of Proving the Freight

Regulations regarding the function of proving the freight of the bill of lading are included in the Article 1240 of TCC. In the justification of the Article³⁸, it was stated that the regulation regarding the first paragraph was transferred from the 4th paragraph of Article 16 of the Hamburg Rules.

teslim aldığına veya yükleme konişmentosu düzenlenmiş olduğu takdirde, yüklediğine karine oluşturur. Bu karinenin aksi, konişmentoyu, içerdiği eşya tanımına güvenerek, gönderilen de dâhil olmak üzere, iyiniyetle devralan üçüncü kişiye karşı ispatlanamaz; 1186'ncı maddenin dördüncü fıkrası saklıdır." hükmünü havidir. Konişmentoda belirtilenlerin aksinin ispatı iyi niyetli üçüncü kişilere karşı mümkün olmamaktadır. Üçüncü kişinin konişmentoyu içinde yer alan eşya tanımına güvenerek devralması halinde, eğer teslim alındığı anda çekince bulunmamasına karşılık hasar veya ziya var ise bu takdirde TTK m. 1239/3'teki karinenin aksi sadece konişmentoda yazılı olduğu halde teslim edilmediği ile sürülerek ispatlanabilir. Yükle ilgilinin taşıyanın kusurunu ve taşıma esnasında zararın meydana geldiğini ispat etme zorunluluğu yoktur. Konişmentoyu devralan yükle ilgilinin konişmentoda yer alan şartlarda tesliminin gerçekleşmediğini ispat etmesi yeterli olup ispat yükü yer değiştirir³⁵.

TTK m. 1239/3'teki karinenin aksi ispatlanamayan bir karine olduğuna ilişkin düzenlemenin istisnasının TTK m. 1186/4'te düzenlendiği görülmektedir³⁶. TTK m. 1186/4'te "Yükletenin birinci fıkra uyarınca yaptığı bildirim denizde taşıma senedine yazılmışsa, bu kayıtlar karine oluşturur, ancak, bu karine taşıyan bakımından bağlayıcı değildir; 1239 uncu maddenin üçüncü fıkrası, söz konusu kayıtlar hakkında uygulanmaz." şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır. Bu hüküm, diğer denizde taşıma senetlerinde de kapsam dahilinde alarak konişmentoda bulunan eşyaya ilişkin kayıtların TTK m. 1239/3 anlamında üçüncü kişi konişmento hamili lehine aksi ispat edilemez karine etkisine sahip olmadığını ifade etmektedir³⁷.

D. Navlunu İspat İşlevi

Konışmentonun navlunu ispat etme işlevine ilişkin düzenlemeler TTK m. 1240'da yer almaktadır. Maddenin gerekçesinde³⁸, birinci fıkraya ilişkin düzenlemenin Hamburg Kurallarının 16. maddesinin 4. fıkrasından iç hukuka aktarıldığı belirtilmiştir.

FOOTNOTE

31 Zeynep Tunca Özcan, "Yükleten Tarafından Temiz Konişmento Karşılığında Verilen Garanti Mektubu ve Geçerliliği", Journal of Legal Hukuk, Volume 18, No. 214, 2020, p. 4500.

32 Topsoy, p. 374.

33 Özcan, p. 4499, 4501.

34 Özcan, p. 4502.

35 G. Venüs Cömert, Taşıyanın Gemiyi Denize, Yola ve Yüke Elverişli Bulundurma Borcu, İstanbul 2022, p. 327.

36 Şaban Kayıhan, Deniz Ticaret Hukuku, 2nd Edition, İstanbul 2021, p. 186.

37 Süzel, Navlun Sözleşmesi, p. 247.

38 Justification of TCC No. 6102.

DİPNOT

31 Zeynep Tunca Özcan, "Yükleten Tarafından Temiz Konişmento Karşılığında Verilen Garanti Mektubu ve Geçerliliği", Legal Hukuk Dergisi, C. 18, S. 214, 2020, s. 4500.

32 Topsoy, s. 374.

33 Özcan, s. 4499, 4501.

34 Özcan, s. 4502.

35 G. Venüs Cömert, Taşıyanın Gemiyi Denize, Yola ve Yüke Elverişli Bulundurma Borcu, İstanbul 2022, s. 327.

36 Şaban Kayıhan, Deniz Ticaret Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2021, s. 186.

37 Süzel, Navlun Sözleşmesi, s. 247.

38 6102 Sayılı TTK'nın gerekçesi.

PART 7

The Article 1240/1 of TCC concludes a regulation regarding in accordance with the subparagraph (I) of the first paragraph of Article 1229, the bill of lading, which does not include a record stating the freight will be paid by the consignee, or the bill of lading not including a record of the demurrage to be paid by the consignee at the loading port, creates a presumption that the consignee is not obliged to pay the freight or the demurrage. Considering the reference to Article 1229, it is stated that the bill of lading will contain the records that the freight will be paid by the consignee and the amount if it is to be paid.

There are two problems with the interpretation of the Article due to its transposition from the Hamburg Rules. The first problem is the reference to the subparagraph (I) of Article 1229/1 of the TCC; when looking at the provision, it is possible to say that only records such as "freight payable" or "freight collect" may not be sufficient and must be shown with the amount of freight to be paid. However, considering that the conjunction "or" in English is not reflected in this provision, this conclusion is not correct. In other words, if there is a record containing these statements, it should be concluded that the consignee can be held responsible for the freight. A second problem is that if the bill of lading does not contain a record that the freight has been paid or will be paid, it is understood that the consignee cannot be held responsible for the freight from the wording of the Article 1240/1 of TCC. However, it should be noted that it should be evaluated whether there is a reference to the charter contract and whether the record stating that the consignee will pay the freight in this agreement is a record within the meaning of paragraph 1 of Article 1240 of TCC. If the consignee takes over the charter party together with the bill of lading, it must be accepted that he/she has seen the record that she is responsible for the freight and has taken over in this way. Therefore, even if there is no "freight payable" record, the record should be concluded that it meets the condition in the Article 1240/1 of TCC³⁹.

The freight is determined according to the size, number or weight of the goods spec-

TTK m. 1240/1, 1229'uncu maddenin birinci fıkrasının (I) bendi gereğince navlunun gönderilen tarafından ödeneceğine ya da yüklenme limanında gerçekleşip gönderilen tarafından ödenecek olan sūrastarya parasına ilişkin bir kaydı içermeyen konişmentonun, gönderilenin navlun yahut sūrastarya parası ödemek ile yükümlü bulunmadığına dair karine oluşturduğuna ilişkin bir düzenlemeyi içermektedir. 1229. maddeye yapılan atıf dikkate alındığında, konişmentonun navlunun gönderilen tarafından ödeneceğine dair kayıtları ve ödenecekse bunun miktarını içereceği belirtilmiştir.

Hamburg Kuralları'ndan aktarılmasından dolayı madde ile ilgili yorumlamada iki problem söz konusudur. İlk problem, TTK m. 1229/1'in (I) bendine yapılmış olan atıftır; çünkü hükme bakıldığında yalnızca "freight payable" veya "freight collect" gibi kayıtların yeterli olmayabileceği ve ödenmesi gereken navlun miktarı ile gösterilmesi gerekebileceğinin söylenmesi mümkündür. Ancak İngilizcede yer alan "or" bağlacının bu hükme yansıtılmadığı göz önünde bulundurulursa bu sonuç doğru değildir. Yani bu ifadelerin bulunduğu bir kaydın olması hâlinde, navlundan dolayı gönderilenin sorumlu tutulabilmesi sonucuna varılması gerekir. İkinci bir problem ise, konişmentoda navlunun ödendiğine ya da ödeneceğine dair bir kaydın yer alması durumunda TTK m. 1240/1'in lafzından navlundan dolayı gönderilenin sorumlu tutulamayacağına anlaşılmasıdır. Fakat belirtmek gerekir ki charter sözleşmesine ilişkin bir göndermenin olup olmadığının ve bu sözleşmede gönderilenin navlunu ödeyeceğini belirten kaydın TTK'nın 1240. maddesinin 1. fıkrası anlamında bir kayıt olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Gönderilenin konişmento ile beraber charter partiyi devralması halinde, navlundan dolayı sorumlu olduğuna dair kaydı gördüğünün ve bu şekilde devraldığının kabul edilmesi gerekir. Dolayısıyla da "freight payable" kaydı bulunmasa bile bu kaydın TTK m. 1240/1'deki şartı karşıladığı sonucuna ulaşılmalıdır³⁹.

TTK m. 1240/2'de, konişmentoda aksine bir şart bulunmadığı sürece, konişmentoda belirtilen eşyanın ölçüsü, sayısı ya da tartısına göre navlun belirlenmektedir. TTK m.

ified in the bill of lading, unless otherwise concluded a condition in the bill of lading, as stated in the Article 1240/2 of TCC. It is stated in the continuation of the Article that the reservation regarding the declaration in the bill of lading issued in the Article 1239/1 of TCC are not true, and the reasons justifying the suspicion, or the lack of adequate control are not a condition to the contrary as mentioned in the Article 1240/2 of TCC⁴⁰.

In Article 1240/3 of TCC, it is regulated that in the case of a reference to the carriage contract, the discharge period, the demurrage period and the demurrage money shall not be included within the scope of this reference. There must be clear provisions for this reference to cover the discharge period, the demurrage period and the demurrage money⁴¹.

VI. SITUATIONS OF DELIVERY WITHOUT BILL OF LADING

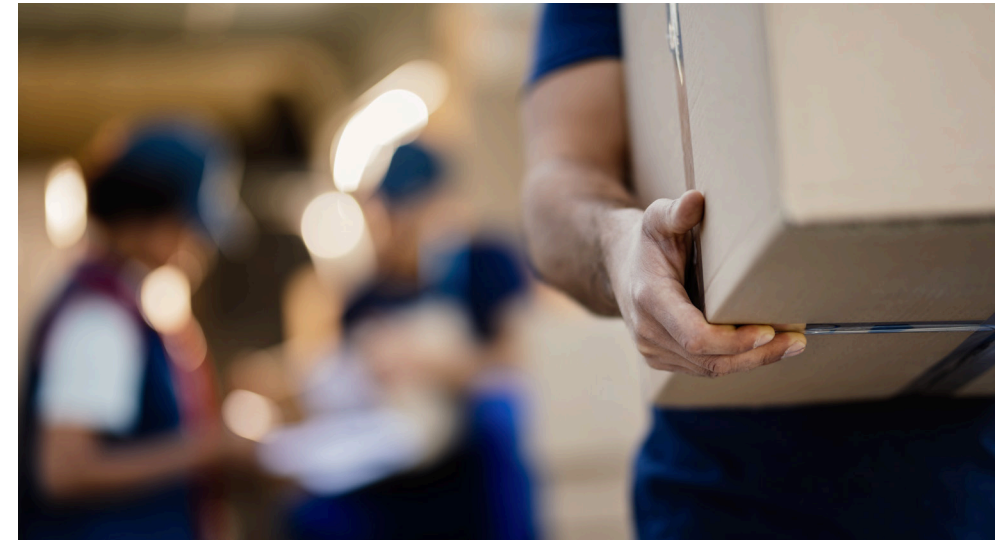
Under the Article 1230 of TCC, it was regulated that the legitimate holder of the bill of lading was authorized to take delivery of the goods. As a rule, the carrier must deliver the cargo in return for the presentation of the bill of lading. The purpose of this is to protect the carrier by the fact that the carrier will be freed

1239/1'de düzenlenen konişmentodaki beyanların doğru olmadığına, şüpheyi haklı gösteren sebeplere ya da yeterli kontrol olanağının olmadığına dair koyulan çekincenin TTK m. 1240/2'de bahsedilen aksine bir şart niteliğinde olmadığı maddenin devamında ifade edilmiştir⁴⁰.

TTK m. 1240/3'te ise taşıma sözleşmesine atıf yapılması durumunda, bu atfın kapsamına boşaltma süresi, sūrastarya süresi ve sūrastarya parası hakkındaki hükümlerin girmeyeceği düzenlenmiştir. Bu göndermenin boşaltma süresi, sūrastarya süresi ve sūrastarya parasını kapsamaması için açık hükümlerin bulunması gerekmektedir⁴¹.

VI. KONİŞMENTOSUZ TESLİM HALLERİ

TTK m. 1230'da konişmentonun meşru hamilinin eşyayı teslim almaya yetkili olduğu düzenlenmiştir. Kural olarak, konişmentonun ibraz edilmesi karşılığında taşıyanın yükü teslim etmesi gerekir. Bunun amacı; taşıyanın eşyayı konişmentonun ibraz edilmesi karşılığında teslim etmesiyle taşıma sözleşmesin-



FOOTNOTE

39 Sūzel, Deniz Ticareti Hukukunda Taşıtan ve Yükleten Kavramları: Hakları, Borçları ve Sorumlulukları, Doctoral Thesis, İstanbul 2013, p. 312.

40 Ali Bozer/ Celal Göle, Kıymetli Evrak Hukuku, 10th Edition, Ankara 2021, p. 542.

41 Demir, p. 326.

DİPNOT

39 Sūzel, Deniz Ticareti Hukukunda Taşıtan ve Yükleten Kavramları: Hakları, Borçları ve Sorumlulukları, Doktora Tezi, İstanbul 2013, s. 312.

40 Ali Bozer/ Celal Göle, Kıymetli Evrak Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2021, s. 542.

41 Demir, s. 326.

PART 7

from the carriage contract and its debts arising from the bill of lading upon the delivery of the goods in return for the presentation of the bill of lading, and to protect the bill of lading holder since bill of lading holder will be safe knowing that the bill of lading will be delivered in return for the presentation of the bill of lading⁴². However, there are some situations that the delivery without presentation of the bill of lading is possible.

When we examine the first situation, we must say that in the case where there is a provision in the contract contrary to the fact that the cargo can be delivered if the bill of lading is presented, then the delivery without a bill of lading is possible⁴³.

If the goods are delivered without presenting the bill of lading, the debt does not expire and the obligation to deliver continues in carriage transactions by sea. On the other hand, if the carrier wants to avoid liability, the carrier may request the letter of guarantee and bank guarantee from the consignee. With this guarantee, if the bill of lading is not delivered on time, it is provided that the consignee and the bank undertake to pay the amount corresponding to the full value of the goods⁴⁴. Therefore, the second situation of delivery without bill of lading is the situation of giving a letter of guarantee to the carrier in return for delivering the cargo without a bill of lading. With the letter of guarantee to be given, the carrier is protected against the compensation of the damages that may occur because of the fact that the carrier delivers the cargo to the wrong person⁴⁵. In case there is not a letter of guarantee and the goods are delivered without presenting of the bill of lading, the carrier can compensate for the damages that may arise due to non-delivery or late delivery⁴⁶.

The third situation is that the bill of lading, which is a valuable paper, is lost. In the first paragraph of Article 651 titled "Cancellation Decision" in the section of the TCC on negotiable instruments, it is regulated that in case of loss of negotiable instruments, the court may decide to cancel the negotiable instruments. In addition, in the second paragraph includes "The person who has the right on the bill at the time that the negotiable instrument is lost or the loss occurs may request the cancellation of the bill.". According to Article 652 of TCC, upon to a decision to cancel, it is possible for the right holder to claim his/her right without an instrument. For this reason,

den ve konişmentodan doğan borçlarından kurtulacak olması ile taşıyanı korumak ve konişmento hamilinin konişmentonun ibraz edilmesi karşılığında teslim edilecek olduğunu bilip güvende olacağından konişmento hamilini korumaktır⁴². Ancak bazı haller vardır ki konişmento ibraz edilmeden yük tesliminin yapılabilmesi mümkündür.

İlk durumu incelediğimizde, sözleşmede konişmentonun ibraz edilmesi halinde yükün teslim edilebileceğinin aksine bir hüküm yer almakta ise bu takdirde konişmentosuz teslimin mümkün olabileceğini söylememiz gerekir⁴³.

Deniz yolu ile gerçekleşen taşımacılık işlemlerinde konişmento ibraz edilmeksizin eşyanın teslim edilmesi durumunda borcun sona ermemesi ve teslim etme yükümlülüğünün devamı söz konusudur. Buna karşılık, taşıyan, sorumluluktan kurtulmak istemesi durumunda teminat mektubunu ve banka teminatını gönderilenden talep edebilir. Bu teminat ile konişmentonun vadesinde tesliminin gerçekleşmemesi hâlinde gönderilen ve bankanın eşyanın tam değerine denk gelen tutarın ödenmesinin taahhüdü sağlanmaktadır⁴⁴. Dolayısıyla konişmentosuz teslim hallerinden ikincisi, taşıyana yükü konişmentosuz teslim etmesine karşılık teminat mektubu verilmesi durumudur. Verilecek olan teminat mektubu ile taşıyan yükü yanlış kişiye teslim etmesi sebebiyle meydana gelebilecek zararların tazminine karşı korunmaktadır⁴⁵. Teminat mektubunun bulunmaması ve eşyanın konişmento ibraz edilmeksizin teslim edilmesi halinde taşıyanın teslim etmeme ya da geç teslim sebebiyle doğabilecek zararları tazmin etmesi gündeme gelebilmektedir⁴⁶.

Üçüncü durum ise kıymetli evrak mahiyetinde bulunan konişmentonun zayı olmasıdır. TTK'nın kıymetli evraka ilişkin kısmında yer alan "İptal Kararı" başlıklı 651. maddesinin birinci fıkrasında, kıymetli evrakın zayı olması durumunda mahkemece kıymetli evrakın iptaline karar verilebileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte ikinci fıkrası "Kıymetli evrakın zayı olduğu veya zıyanın ortaya çıktığı anda senet üzerinde hak sahibi olan kişi, senedin iptaline karar verilmesini isteyebilir." hükmünü havidir. TTK m. 652 uyarınca da iptaline karar verilmesi üzerine hak sahibinin senet olmadan hakkını ileri sürebilmesi mümkündür. Bu nedenle de iptal kararı ile bir kimsenin senet üzerinde hak sahibi olduğunu ispatlaması sonucunda kişiye konişmento olmaksızın teslim gerçekleşebilir⁴⁷.

as a result of someone proving that he/she is the right holder on the bill with a cancellation decision, the delivery can be occurred to the person without a bill of lading⁴⁷.

Electronic bill of lading is the last situation where the cargo delivery without bill of lading is possible⁴⁸. Although the delivery of the cargo without presenting the bill of lading is possible in the above-mentioned ways possible, these methods do not completely solve the problems that can be caused by the delivery without the bill of lading. However, since the loss is not possible and providing promptly at the port of destination, the electronic bill of lading prevents the damages that may be caused by the delivery without presentation of the bill of lading⁴⁹.

VII. CONSEQUENCES OF DELIVERY WITHOUT BILL OF LADING

With the development of technology, the construction of vessels accelerated and voyage times were shortened. However, bills of lading cannot be delivered to the unloading port before the vessels arrive at the unloading port due to the fact that the postal service hasn't had an accelerated growth in the same way⁵⁰. Hence, although delivery without bill of lading is not recommended, since it may cause liability for the carrier, it is applied in international trade.

In case the cargo is delivered without a bill of lading, it may be possible to be faced with different risks and it may be in question.

Elektronik konişmento ise konişmentosuz yük tesliminin mümkün olabileceği son durumdur⁴⁸. Her ne kadar konişmento ibraz edilmeksizin yükün teslim edilmesi yukarıda bahsedilen şekillerde mümkün olsa da bu yöntemler konişmentosuz teslimin sebep olabileceği problemleri tamamen çözmektedir. Buna karşılık, elektronik konişmento ise zıyanın mümkün olmamasından ve varış limanında hızlı bir şekilde sağlanabilmesinden dolayı konişmento ibraz edilmeden yükün tesliminden kaynaklanabilecek zararları engellemektedir⁴⁹.

VII. KONİŞMENTOSUZ TESLİMİN SONUÇLARI

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte gemilerin inşası hızlanmış ve sefer süreleri kısalmıştır. Ancak posta hizmetinin aynı şekilde hızlanamamasından dolayı gemilerin boşaltma limanına varmasından önce konişmentolar boşaltma limanına ulaştırılamamaktadır⁵⁰. Bu nedenle her ne kadar taşıyan bakımından sorumluluk doğurabilecek olmasından dolayı konişmentosuz teslim tavsiye edilen bir yol olmasa da uluslararası ticarete uygulanmaktadır.

Yükün konişmentosuz teslim edilmesi halinde farklı rizikolarla karşı karşıya kalınması ve söz konusu olabilmektedir. Söz konusu rizi-

FOOTNOTE

42 Demirkıran, p. 105.

43 İlker Erdinç Ergün, Gemi Acen-teliğinin Hukuki Çerçevesi, Master's Thesis, İstanbul 2019, p. 76.

44 Tayfun Ercan, Türk Hukukunda Konişmentonun Rolü ve İşlevi, 1st Edition, İstanbul 2020, p. 47-48.

45 Ergün, p. 76.

46 Ercan, p. 48.

47 Ergün, p. 76.

48 Ergün, p. 77.

49 Ahmet Said Ber, Elektronik Koniş-mento, 1st Edition, Ankara 2018, p. 50.

50 Ber, p. 93.

DİPNOT

42 Demirkıran, s. 105.

43 İlker Erdinç Ergün, Gemi Acen-teliğinin Hukuki Çerçevesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 76.

44 Tayfun Ercan, Türk Hukukunda Konişmentonun Rolü ve İşlevi, 1. Baskı, İstanbul 2020, s. 47-48.

45 Ergün, s. 76.

46 Ercan, s. 48.

47 Ergün, s. 76.

48 Ergün, s. 77.

49 Ahmet Said Ber, Elektronik Ko-nişmento, 1. Baskı, Ankara 2018, s. 50.

50 Ber, s. 93.



PART 7

One of the risks in question is the cargo to be delivered to the wrong party related to delivery without bill of lading. In this case, the owner may be sued for delivery to the wrong person. The owner in this position will be deprived of the support of the P&I insurer and will need to resolve this issue on his/ her own responsibility with a letter of guarantee. For this, it is necessary to be careful when determining the person who will receive the cargo, to record all information carefully, and not to deliver the cargo without confirming that it is the same as the information on the letter of guarantee or the person notified by the lessee. The second risk is at the point of insurance coverage since the problems that the owner will face in case the bill of lading is not delivered will not be covered by the P&I insurance coverage. Another risk is that the owner, who accepts the delivery without bill of lading with the letter of guarantee, does not pay attention to the content of the letter of guarantee presented by the lessee. As a result, the carrier may be sued and the vessel may be arrested by the actual owner of the cargo⁵¹.

In general, against the risks that may be caused by the delivery types without bill of lading, the electronic bill of lading is kept in an electronic environment, it is not lost, and

kolardan ilki, konişmentosuz teslimatla ilgili olarak yanlış tarafa yükün teslim edilmesidir. Bu durumda yanlış kişiye tesliminden dolayı gemi sahibine dava açılabilir. Bu konumdaki gemi sahibi, P&I sigortacısının desteğinden mahrum kalmakla beraber teminat mektubu ile kendi sorumluluğunda bu konuyu çözmesi gerekecektir. Bunun için yükü teslim alacak kişinin kim olduğu tespit edilirken dikkatli olunması, tüm bilgilerinin dikkatli bir şekilde kaydedilmesi, teminat mektubu üzerinde yer alan bilgiler ile ya da kiracının bildirmiş olduğu kişi ile aynı olduğu teyit edilmeden yük teslim edilmemelidir. İkinci riziko ise konişmentonun teslim edilmemesi halinde donatanın karşı karşıya kalacağı problemler P&I sigortası teminatı kapsamında yer almayacağından dolayı sigorta teminatı noktasındadır. Diğer bir riziko ise teminat mektubuyla beraber konişmentosuz teslimi kabul eden donatanın kiracı tarafından sunulan teminat mektubunun içeriğine dikkat edilmemesidir. Bunun sonucu olarak taşıyana dava açılması ve geminin yükün asıl sahibi tarafından tutuklanması söz konusu olabilmektedir⁵¹.

Genel olarak konişmentosuz teslim türlerinin sebep olabileceği risklere karşılık elektronik konişmentonun elektronik ortamda kaydının tutulmasından, zayı olmamasından, geleneksel konişmentoya kıyasla daha



FOOTNOTE

51 Burcu Berrak, Konişmento Kaynaklı En Sık Karşılaşılan Problemler Ve Taşıyanlara Tavsiyeler, 2018, https://turkpanli.com/assets/page_docs/press/sirkuler/Konishmento-Kaynakli-Problemler.pdf (Access Date: 12.11.2022).

52 Ber, p. 100-102.

it can be obtained at the port of destination faster than a traditional bill of lading. If tampered with, the transactions can be recorded in the electronic environment as a result of the examination, allowing it to be determined who can do it. Due to the opportunity to track the bill of lading it has delivered, it reduces the likelihood of fraud and acts as a deterrent⁵², the electronic bill of lading substantially prevents the damages that can be caused by the delivery without bill of lading arising from the traditional bill of lading.

VIII. CONCLUSION

Consequently, the bill of lading, which has the qualities of a negotiable instrument, is crucial given the growth of global trade and the consequent expansion of international sales contracts. In this sense, the regulations have been made between the Art. 1237-1240 of TCC regarding four different proving functions such as proving the legal relationship of bill of lading, proving the carrier, proving the general type, signs, the number of the parcels or pieces, the weight and the quantity of the goods, and proving the freight. In accordance with the regulations of proving the legal relationship under the TCC, it is stated that the bill of lading will be taken as a basis in the legal relationship between carrier-holder of the bill of lading, the legal relations between carrier and shipper who are parties to charter party will be bound by the terms of the contract, and the copy of charter party must be submitted to a new holder of the bill of lading for alleging the terms of charter party against bill of lading holder in case of reference to voyage charter in the bill of lading. When we evaluate the function of proving the carrier of the bill of lading, it can be said that the article is compatible with its *ratio legis*, while considering that imposing responsibility to other people in return for concealing the carrier in order to avoid responsibility, and this regulation with also providing the possibility to disprove the presumption is conformable. Relating to the regulation on making reservations on the bill of lading and the function of proving of the bill of lading, in case there is a defect or deficiency that is obvious from the outside, the carrier should not remain silent and notify

hızlı bir şekilde varış limanında temin edilebilmesinden, tahrifat yapılsa elektronik ortamda işlemlerin kayıt altına alınabilmesi sebebiyle inceleme sonucu kimin tarafından yapılabileceğinin ortaya çıkabilmesinden, taşıyanın teslim etmiş olduğu konişmentoyu takip etme imkanı sağlaması nedeniyle sahteciliği önlemesinden ve caydırıcı etkisinin olmasından dolayı⁵² geleneksel konişmentonun sebebiyet verdiği konişmentosuz teslimin doğurabileceği zararları büyük ölçüde engellemektedir.

VIII. SONUÇ

Sonuç olarak; uluslararası ticaretin gelişmesi ve dolayısıyla uluslararası satım sözleşmelerinin yaygınlaşmasıyla birlikte kıymetli evrak niteliğinde olan konişmento büyük önem arz etmektedir. Bu anlamda, TTK m. 1237-1240 arasında konişmentonun hukuki ilişkiyi ispat, taşıyanı ispat, eşyanın genel olarak cinsini, işaretlerini, koli veya parça adedini, ağırlık ve miktarını ispat ve navlunu ispat gibi dört farklı ispat işlevine yönelik düzenlemeler yapılmıştır. TTK'nın hukuki ilişkiyi ispata ilişkin düzenlemeleri doğrultusunda konişmentonun taşıyan-konişmento hamili arasındaki hukuki ilişkilerde esas alınacağı, navlun sözleşmesi tarafları olan taşıyan ve taşıtanın arasındaki hukuki ilişkilerin sözleşme hükümlerine bağlı olacağı ve konişmentoda yolculuk çarteri sözleşmesine atıfta bulunulması halinde çarter partideki hükümlerin konişmento hamiline karşı ileri sürülebilmesi için çarter partinin nüshasının yeni hamile ibraz edilmesinin gerektiği belirtilmiştir. Konişmentonun taşıyanı ispat işlevini değerlendirdiğimizde, sorumluluktan kaçınmak adına taşıyanın gizlenmesine karşılık başka kişilere sorumluluk yüklenmesinin konişmento hamilini korumaya yönelik bir düzenleme olduğu göz önüne alındığında maddenin *ratio legis*'iyle uyumlu olduğu ve bu düzenlemenin karinenin aksini ispat etme imkanı da sağlamasıyla yerinde bir düzenleme olduğu söylenebilir. Konişmentoya çekince konulmasına ve konişmentonun eşyayı ispat işlevine ilişkin düzenlemeye ilişkin olarak, dışarıdan belli olan bir kusur ya da eksikliğin var olması halinde taşıyanın sessiz kalmayıp doğru olanı bildirmesinin gerektiği, aksi durumda iyi şekilde teslim edildi-

DİPNOT

51 Burcu Berrak, Konişmento Kaynaklı En Sık Karşılaşılan Problemler Ve Taşıyanlara Tavsiyeler, 2018, https://turkpanli.com/assets/page_docs/press/sirkuler/Konishmento-Kaynakli-Problemler.pdf (Erişim Tarihi: 12.11.2022).

52 Ber, s. 100-102.

PART 7

THE BILL OF LADING,
WHICH HAS THE QUAL-
ITIES OF A NEGOTIA-
BLE INSTRUMENT, IS
CRUCIAL GIVEN THE
GROWTH OF GLOBAL
TRADE AND THE CONSE-
QUENT EXPANSION OF
INTERNATIONAL SALES
CONTRACTS.

what is true. Otherwise, it is possible to say that the presumption that it was delivered well. Also, according to application of banks, in case of the presence of reservation in the bill of lading, in other words, in the absence of the clean bill of lading, the bank may avoid to pay, and therefore it may be stated that the regulation of clean bill of lading is important. Except this, although the bill of lading has the function of proving the freight, due to the transfer of the Article 1240/1 of the TCC from the Hamburg Rules, which contains the relevant regulations, we can say that the problems emerged regarding the interpretation of Article.

Despite the important function of proving of the bill of lading, the notion of the delivery without bill of lading emerged in the international trade with the progression of ship-building technology and because of the delay for not conveying the bill of lading to the port of destination before the cargo. Although the carrier has to deliver the cargo in return for the presentation of the bill of lading, it is possible to deliver the cargo without bill of lading with the electronic bill of lading, if the carrier demands a letter of guarantee against the delivery of the load, in line with the requirements in the freight transport by sea, with a contrary provision in the contract. However, the delivery without the bill of lading, causes some responsibilities and damages such as delivering the cargo to the wrong person, the insurance guarantee and the responsibility of the carrier. Nevertheless, it should be indicated that the preventing of damages, which is caused by the other delivery without the bill of lading types, is possible by using electronic bill of lading against such risks posed by the traditional bill of lading arriving late to the port of destination.

ğine dair karinenin gündeme geleceğinin söylenmesi mümkündür. Ayrıca bankaların uygulamasına göre, konişmentoda çekince olması, yani temiz konişmentonun bulunmaması halinde bankanın ödeme yapmaktan imtina edebileceği ve bu nedenle de temiz konişmento düzenlenmesinin önemli olduğu belirtilebilir. Bunun dışında, konişmentonun navlunu ispat işlevine sahip olmasıyla birlikte, buna ilişkin düzenlemeleri içeren TTK'nın 1240/1. maddesinin Hamburg Kurallarından aktarılmasından dolayı madde yorumuna ilişkin sorunların ortaya çıktığını söyleyebiliriz.

Konışmentonun önemli ispat işlevinin yanı sıra, gemi inşa teknolojisinin ilerlemesi ve konişmentonun yükten önce varış limanına ulaştırılmayıp gecikmesi ile uluslararası ticarete konişmentosuz teslim kavramı ortaya çıkmıştır. Her ne kadar taşıyanın konişmentonun ibraz edilmesi karşılığında yükü teslim etmesi gerekse de deniz yolundaki yük taşımacılığındaki gereklilikler doğrultusunda sözleşmede aksine bir hüküm konulmasıyla, taşıyanın yük teslimine karşılık teminat mektubu talep etmesiyle, konişmentonun zayi olmasıyla ve elektronik konişmentoyla konişmentosuz yük teslimi mümkündür. Ancak konişmentosuz yük teslim edilmesi yükün yanlış kişiye teslim edilmesi, sigorta teminatı ve taşıyanın sorumluluğu bakımından birtakım sorumluluklar ve zararlar doğurmaktadır. Fakat belirtmek gerekir ki varış limanına geç ulaşan geleneksel konişmentonun oluşturabileceği bu tür rizikolara karşılık elektronik konişmentonun kullanılmasıyla diğer konişmentosuz teslim türlerinin oluşturabileceği zararların önüne geçilebilmektedir.

ULUSLARARASI TİCARE-
TİN GELİŞMESİ VE DOLA-
YISIYLA ULUSLARARASI
SATIM SÖZLEŞMELERİ-
NİN YAYGINLAŞMASIYLA
BİRLİKTE KIYMETLİ EV-
RAK NİTELİĞİNDE OLAN
KONİŞMENTO BÜYÜK
ÖNEM ARZ ETMEKTEDİR.

BIBLIOGRAPHY

AHMET SAİD BER, Elektronik Konişmento, 1st Edition, Ankara 2018.

ALİ BOZER/ CELAL GÖLE, Kıymetli Evrak Hukuku, 10th Edition, Ankara 2021.

BURCU BERRAK, Konişmento Kaynaklı En Sık Karşılaşılan Problemler Ve Taşıyanlara Tavsiyeler, 2018, https://turkpandi.com/assets/page_docs/press/sirkuler/Konishmento-Kaynakli-Problemler.pdf (Date of Access: 12.11.2022).

BURCU BERRAK, Türk Pandi Mayıs 2018, https://turkpandi.com/assets/page_docs/press/sirkuler/Konishmento-Kaynakli-Problemler.pdf (Date of Access: 27.09.2022).

BÜLENT SÖZER, Deniz Ticareti Hukuku, 6th Edition, Sapanca 2021.

CANSU AYTAŞ, "Konışmentonun Rolü ve İşlevi", İstanbul Ticaret Üniversitesi, İstanbul 2018.

CÜNEYT SÜZEL, "Deniz Ticareti Hukukunda Taşıtan ve Yükleten Kavramları: Hakları, Borçları ve Sorumlulukları", Doctoral Thesis, İstanbul 2013.

CÜNEYT SÜZEL, Navlun Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Sınırlanması, İstanbul 2021.

EMRECUMALIOĞLU, "Kırkambar Sözleşmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı, Doctoral Thesis, 2010.

FATMA AYDOĞDU, Konışmentonun İspat Fonksiyonu, İstanbul 2006.

FEVSI TOPSOY, Deniz Ticareti Hukuku 1, 1st Edition, Izmit 2020.

G. VENÜS CÖMERT, Taşıyanın Gemiyi Denize, Yola ve Yüke Elverişli Bulundurma Borcu, 1st Edition, İstanbul 2022.

H. MURAT DEMİRKIRAN, "Taşıyanın Konişmento İçeriğinden Sorumluluğu", Doctoral Thesis, İstanbul 2007.

HACI KARA, "Deniz Ticaretinde Elektronik Konişmento ve Siber Güvenlik", Journal of Türkiye Adalet Akademisi, Volume 10, No. 37, 2019.

İLKER ERDİNÇ ERGÜN, "Gemi Acenteliğinin Hukuki Çerçevesi", Master's Thesis, İstanbul 2019.

İSMAİL DEMİR, Deniz Ticareti Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2021.

MEHMET BAHTİYAR, Makaleler I, 1st Edition, İstanbul 2008.

MELTEM DENİZ GÜNER ÖZBEK, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Konişmento ve Konışmentonun İspat Kuvveti", Journal of Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları, Volume 18, No. 3, 2012.

NATİG ASGAROV, Yükle İlgililerin Taşıma Sözleşmesi Gereğince Beyanda Bulunma Yükümlülüğü, Ankara 2012.

RAYEGAN KENDER/ ERGON ÇETİNGİL/ EMİNE YAZICIOĞLU, Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler, İstanbul 2017.

ŞABAN KAYIHAN, Deniz Ticareti Hukuku, 2nd Edition, İstanbul 2021.

TAHİR ÇAĞA/ RAYEGAN KENDER, Deniz Ticareti Hukuku II, 10th Edition, İstanbul 2010.

TAHİR ÇAĞA/ RAYEGAN KENDER, Deniz Ticareti Hukuku, Navlun Sözleşmesi, C. II, 8th Edition, İstanbul 2006.

TAMER BOZKURT, Deniz Ticareti Hukuku, 1st Edition, Ankara 2021.

TAYFUN ERCAN, Türk Hukukunda Konışmentonun Rolü ve İşlevi, 1st Edition, İstanbul 2020.

TIBA MEXİCO (2017). What is the difference between a Bill of Lading and a Sea waybill?. Mexico City, Mexico. <https://www.tbgroup.com/mx/en/difference-bill-of-lading-sea-waybill#top> (Date of Access: 12.10.2022).

ZEYNEP ÖZGENÇ, "Milletlerarası Özel Hukukta Navlun Sözleşmesi", Doctoral Thesis, 2014.

ZEYNEP TUNCA ÖZCAN, "Yükleten Tarafından Temiz Konişmento Karşılığında Verilen Garanti Mektubu ve Geçerliliği", Journal of Legal Hukuk, Volume 18, No. 214, 2020.

ZİYA AKINCI, Milletlerarası Tahkim, 6th Edition, İstanbul 2021.

KAYNAKÇA

AHMET SAİD BER, Elektronik Konişmento, 1. Baskı, Ankara 2018.

ALİ BOZER/ CELAL GÖLE, Kıymetli Evrak Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2021.

BURCU BERRAK, Konişmento Kaynaklı En Sık Karşılaşılan Problemler Ve Taşıyanlara Tavsiyeler, 2018, https://turkpandi.com/assets/page_docs/press/sirkuler/Konishmento-Kaynakli-Problemler.pdf (Erişim Tarihi: 12.11.2022).

BURCU BERRAK, Türk Pandi Mayıs 2018, https://turkpandi.com/assets/page_docs/press/sirkuler/Konishmento-Kaynakli-Problemler.pdf (Erişim tarihi, 27.09.2022).

BÜLENT SÖZER, Deniz Ticareti Hukuku, 6. Baskı, Sapanca 2021.

CANSU AYTAŞ, "Konışmentonun Rolü ve İşlevi", İstanbul Ticaret Üniversitesi, İstanbul 2018.

CÜNEYT SÜZEL, "Deniz Ticareti Hukukunda Taşıtan ve Yükleten Kavramları: Hakları, Borçları ve Sorumlulukları", Doktora Tezi, İstanbul 2013.

CÜNEYT SÜZEL, Navlun Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Sınırlanması, İstanbul 2021.

EMRE CUMALIOĞLU, "Kırkambar Sözleşmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı, Doktora Tezi, 2010.

FATMA AYDOĞDU, Konışmentonun İspat Fonksiyonu, İstanbul 2006.

FEVSI TOPSOY, Deniz Ticareti Hukuku 1, 1. Baskı, Izmit 2020.

G. VENÜS CÖMERT, Taşıyanın Gemiyi Denize, Yola ve Yüke Elverişli Bulundurma Borcu, 1. Baskı, İstanbul 2022.

H. MURAT DEMİRKIRAN, "Taşıyanın Konişmento İçeriğinden Sorumluluğu", Doktora Tezi, İstanbul, 2007.

HACI KARA, "Deniz Ticaretinde Elektronik Konişmento ve Siber Güvenlik", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 10, S. 37, 2019.

İLKER ERDİNÇ ERGÜN, "Gemi Acenteliğinin Hukuki Çerçevesi", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

İSMAİL DEMİR, Deniz Ticareti Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2021.

MEHMET BAHTİYAR, Makaleler I, 1. Baskı, İstanbul 2008.

MELTEM DENİZ GÜNER ÖZBEK, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Konişmento ve Konışmentonun İspat Kuvveti", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 3, 2012.

NATİG ASGAROV, Yükle İlgililerin Taşıma Sözleşmesi Gereğince Beyanda Bulunma Yükümlülüğü, Ankara 2012.

RAYEGAN KENDER/ ERGON ÇETİNGİL/ EMİNE YAZICIOĞLU, Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler, İstanbul 2017.

ŞABAN KAYIHAN, Deniz Ticareti Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2021.

TAHİR ÇAĞA/ RAYEGAN KENDER, Deniz Ticareti Hukuku II, 10. Baskı, İstanbul 2010.

TAHİR ÇAĞA/ RAYEGAN KENDER, Deniz Ticareti Hukuku, Navlun Sözleşmesi, C. II, 8. Baskı, İstanbul 2006.

TAMER BOZKURT, Deniz Ticareti Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2021.

TAYFUN ERCAN, Türk Hukukunda Konışmentonun Rolü ve İşlevi, 1. Baskı, İstanbul 2020.

TIBA MEXİCO (2017). What is the difference between a Bill of Lading and a Sea waybill?. Mexico City, Mexico. <https://www.tbgroup.com/mx/en/difference-bill-of-lading-sea-waybill#top> (Erişim tarihi, 12.10.2022).

ZEYNEP ÖZGENÇ, "Milletlerarası Özel Hukukta Navlun Sözleşmesi", Doktora Tezi, 2014.

ZEYNEP TUNCA ÖZCAN, "Yükleten Tarafından Temiz Konişmento Karşılığında Verilen Garanti Mektubu ve Geçerliliği", Legal Hukuk Dergisi, C. 18, S. 214, 2020.

ZİYA AKINCI, Milletlerarası Tahkim, 6. Baskı, İstanbul 2021.

PART 8

ASSESSMENTS ON THE RESPITE FOR CONCORDAT AND AFTER THE RESPITE FOR CONCORDAT ABOUT ON CLAIMS GUARANTEED BY THIRD-PARTY PLEDGE

KONKORDOTA MÜHLETİ VE
SONRASINDA ÜÇÜNCÜ ŞAHIS
İPOTEĞİ İLE TEMİNAT ALTINA
ALINAN ALACAKLAR HAKKINDA
DEĞERLENDİRMELER

--

ZEYNEL KUTLAY ALPEREN BULUT

ABSTRACT

By dividing the pledged claims as pledges provided by the debtor's assets and pledges provided by third-party assets, there is no clause guaranteeing that the pledged claims derived from the third party's assets will be treated as ordinary claims, subject to the ordinary claims procedure, and eligible to vote in the concordat's quorum. It shall not seem possible for pledged claims to be subject to simple concordat provisions, regardless of whether they are from the debtor's assets or the assets of a third-party. Regardless of whether it is provided by the debtor's assets or the assets of a third-party, all kinds of pledges are subject to Debt Enforcement and Bankruptcy Code article 308/h.

ÖZET

Rehinli teminat altına alınan alacakların borçlunun malvarlığı tarafından sağlanan ve üçüncü şahıs malvarlığı tarafından sağlanan rehinler olarak bir ayrıma tabi tutularak, üçüncü şahsın malvarlığından sağlanan rehinli alacakların adi alacak olarak sayılması adi alacağın prosedürüne tabi tutularak konkordato nisabında oy kullanmasını sağlayacak bir hüküm bulunmamaktadır. Rehinli alacakların borçlunun malvarlığından ya da üçüncü kişinin malvarlığından olması fark etmeksizin adi konkordato hükümlerine tabi olması mümkün gözükmemektedir. Borçlunun malvarlığından ya da üçüncü şahsın malvarlığı tarafından sağlanması fark etmeksizin her türlü rehin İcra ve İflas Kanunu m. 308/h kapsamında değerlendirilecektir.



KEYWORDS

CONCORDAT, REGULATION NO. 7101, UNSECURED DEBT, PLEDGE CLAIM, THIRD-PARTY MORTGAGE.



ANAHTAR KELİMELER

KONKORDATO, 7101 SAYILI DÜZENLEME, ADİ ALACAK, REHİNLİ ALACAK, ÜÇÜNCÜ KİŞİ İPOTEĞİ.

PART 8

Regardless of whether it is provided by the debtor's assets or the assets of a third-party, all kinds of pledges are subject to Debt Enforcement and Bankruptcy Code article 308/h.

Borçlunun malvarlığından ya da üçüncü şahsın malvarlığı tarafından sağlanması fark etmeksizin her türlü rehin İcra ve İflas Kanunu m. 308/h kapsamında değerlendirilecektir.



I. INTRODUCTION

Concordat, which means compulsory compromise, is an institution that allows the debtor to present a positive financial picture by relieving the debtor from the pressure of the creditors, whose business is not going well due to reasons beyond his control and therefore exhibits a negative financial picture. The purpose of the concordat, which is an agreement between the debtor and the creditors on how the debts will be paid, within the framework of the procedures prescribed by the law; is to protect the well-intentioned and honest debtor who cannot pay her/ his debts in due time or is in danger of being unable to pay, and to ensure that the debtor exhibits a positive financial picture and that the creditors get their claims. In this sense, the concordat is an institution that protects the interests of not only the debtor but also the creditor. Although the debtor wants to pay her/ his debt, she/ he has difficulty in paying his/ her debts due to reasons such as high inflation, economic crisis, the necessities of commercial life, sudden fluctuations in the market and stagnation. At this stage reached today, the debtor is given a temporary and final respite within the scope of the concordat in order to get rid of this situation.

I. GİRİŞ

Kelime anlamı itibariyle zorunlu sulh anlamına gelen konkordato, işleri elinde olmayan sebeplerle yolunda gitmeyen/ bozulan ve dolayısıyla mali açıdan olumsuz bir tablo sergileyen borçluyu, alacaklıların baskısından kurtararak borçlunun mali açıdan olumlu bir tablo sergilemesine olanak sağlayan bir kurumdur. Kanunun öngördüğü usuller çerçevesinde, borçlu ile alacaklılar arasında borçların nasıl ödeneceği konusunda varılan bir anlaşma olan konkordato müessesesinin amacı; borçlunun vadesinde ödeyemeyen veya ödeyememe tehlikesi altında bulunan iyi niyetli ve dürüst borçluyu korumak, borçlunun mali açıdan olumlu bir tablo sergilemesini ve alacaklıların alacaklarına kavuşmasını sağlamaktır. Bu anlamda, konkordato yalnızca borçlunun değil, alacaklıların da menfaatini koruyan bir kurumdur. Borçlu, borcunu ödemek istemesine rağmen yüksek enflasyon, ekonomik kriz, ticari yaşamın gereklilikleri, piyasadaki ani dalgalanma ve durgunlaşma gibi nedenlerden ötürü mali yönden olumsuz etkilenerek borçlarını ödemekte zorlanabilmektedir. Bugün gelinen noktada, borçlunun işbu durumdan kurtulabilmesi adına borçluya, konkordato müessesesi kapsamında geçici ve kesin mühlet tanınmaktadır.

In this article, first of all, general information about the concordat shall be mentioned, and then, in view of the new regulations made in the Enforcement and Bankruptcy Law, it shall be evaluated whether the claim secured by the pledge given by the third-party shall be considered as a pledged claim or an unsecured debt within the scope of DEBC (*Code of Execution and Bankruptcy*) article 308/h.

The debtor who wishes to benefit from the protection of the concordat institution in order to operate the concordat process, or one of the creditors who may request the bankruptcy of the debtor, shall apply with a petition to the Commercial Court of First Instance, together with the documents mentioned in Article 286 of the DEBC, in order to get the concordat deadline request accepted¹. After this application, the Commercial Court of First Instance shall examine whether the documents mentioned in Article 286 of the DEBC are complete, and if the documents are complete, it shall give the debtor a temporary respite of 3 months. With the temporary respite decision, the court assigns a concordat commissioner to evaluate the possibility of a successful conclusion of the concordat process. The duration of the temporary respite shall be extended for two more months, if the debtor or the concordat commissioners requests it². The court receives reports from

işbu maktelede öncelikli olarak, konkordato ile ilgili genel bilgilerden bahsedilecek olup, akabinde İcra İflas Kanunu'nda yapılan yeni düzenlemeler ışığında konkordato bakımından üçüncü şahsın verdiği rehinle teminat altına alınan alacağın İİK 308/h kapsamında rehinli alacak mı yoksa adi alacak mı sayılacağına dair değerlendirme yapılacaktır.

Konkordato sürecinin işletilebilmesi için konkordato müessesesinin korumasından faydalanmak isteyen borçlu veya borçlunun iflasını isteyebilecek alacaklılardan biri, İcra ve İflas Kanunu'nun 286. maddesinde adı geçen belgelerle birlikte Asliye Ticaret Mahkemesine konkordato mühleti talebinin kabul edilmesi adına dilekçe ile başvuruda bulunacaktır¹. İşbu başvurudan sonra Asliye Ticaret Mahkemesi İcra ve İflas Kanunu'nun 286. maddesinde adı geçen belgelerin eksiksiz olup olmadığını inceleyecek ve belgelerin eksiksiz olması halinde borçluya 3 aylık geçici mühlet verecektir. Geçici mühlet kararıyla beraber mahkeme, konkordato sürecinin başarıyla sonuçlanabilme olasılığının değerlendirilmesi adına konkordato komiseri görevlendirmektedir. Geçici mühletin süresi borçlu veya komiserin talebi olması halinde kanun gereği iki ay daha uzatılabilmektedir². Mahkeme tarafından görevlendirilen komiser mahkemeye rapor sunmaktadır. İşbu rapora istinaden mahkeme, konkordatonun başarıyla

FOOTNOTE

¹ Hakan Pekcanitez/ Güray Erdönmez, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, 1rd Edition, İstanbul 2018, p. 13.

² Debt Enforcement and Bankruptcy Code art. 232, 14.0 19.06.1932 year, 2128 sayılı Official Gazette (OG).

DİPNOT

¹ Hakan Pekcanitez/ Güray Erdönmez, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, 1.Baskı, İstanbul 2018, s. 13.

² İcra ve İflas Kanunu m. 232, 14.0 19.06.1932 tarih, 2128 sayılı Resmî Gazete (RG).

PART 8

the commissioner chosen by the court. If the court determines that the concordat can be effectively concluded based on this report, the debtor is given a one-year respite³. The duration of the respite deadline can be extended up to six months, as required by law, if the debtor or the commissioner requests it.

In order to avoid disturbing the concordat debtor within the allotted time, the restriction of prosecution was introduced with the concordat respite, and it was also agreed that the earlier-initiated proceedings would cease⁴. The aim here is that the debtor of the concordat is able to take measures to ensure the financial recovery of the enterprise of the debtor and to make the concordat project successful without being disturbed.

II. STATUS OF PLEDGED CLAIMS DURING THE CONCORDAT PROCESS

A. General Scope

The right of mortgage has priority over the other creditors of the debtor who has requested a concordat. Because in this procedure, unlike other proceedings, the proceeds from the sale of the debtor's pledged property are principally given to the pledgee through the conversion of the pledge into money. For this reason, the right of mortgage has a special importance in enforcement and bankruptcy law, and some regulations differ from the general regulations⁵. In the event that the debtor of the creditor, whose claims are secured by a pledge, applies for concordat, it is seen that the right holders of the mortgage cast negative votes in the concordat quorum, since the claims, which are secured by the pledge, cannot be sold within the concordat respite. For this reason, the concordat and the pledge institution appear as contradictory institutions⁶.

Regarding the concordat, the provision of article 308/h of the DEBC brings a regulation on negotiation with pledged claims and restructuring of debts. While the portion of the claims secured by pledge in the previous legislation period is out of the scope of the concordat provisions as much as the amount covered by the pledge, it has become possible to structure the concordat of the claims secured by the pledge in the event that certain conditions given in the mentioned arti-

la sonuçlanabilmesinin mümkün olduğu kanaatine varırsa, bu takdirde borçluya bir yıllık kesin mühlet verilmektedir³. Kesin mühletin de süresi yine borçlu veya komiserin talebi olması halinde kanun gereği altı aya kadar daha uzatılabilir.

Konkordato mühletinin verilmesiyle birlikte konkordato borçlusunun mühlet içerisinde rahatsız edilmemesi amacıyla takip yasağı getirilmiş ve aynı zamanda önceden başlatılan takiplerin duracağı hüküm altına alınmıştır⁴. Burada amaç konkordato borçlusunun rahatsız edilmeden borçlunun işletmesinin başında bulunarak mali açıdan iyileşmeyi sağlayabilecek tedbirleri alabilmesi ve konkordato projesini başarıya ulaştırabilmesidir.

II. KONKORDATO SÜRECİNDE REHİNLİ ALACAKLARIN DURUMU

A. Genel Kapsamı

Rehin hakkı sahibi konkordato talebinde bulunan borçlunun diğer alacaklılarına göre öncelik taşımaktadır. Zira diğer takip yollarından farklı olarak rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yolunda, borçlunun rehin verilen malvarlığının satışından elde edilen tutar öncelikli olarak rehin alacaklısına ödenmektedir. Rehlin hakkı bu sebeple icra ve iflas hukukunda ayrı bir öneme sahiptir ve genel düzenlemelerden farklı birtakım düzenlemeler göze çarpmaktadır⁵. Alacakları rehin ile teminat altına alınan alacaklıların borçlusunun konkordatoya başvurusu halinde rehin hakkı sahiplerinin konkordato mühletinde rehlinle teminat altına alınan alacakları icra yoluyla sattırılmaması nedeniyle konkordato süreçlerinde olumsuz oy kullandıkları görülmektedir. Bu sebeple; konkordato ve rehin kurumu, birbiriyle çelişen kurumlar olarak karşımıza çıkmaktadır⁶.

Konkordato kurumuna ilişkin olarak İİK 308/h hükmü rehlinli alacaklarla müzakere ve borçların yeniden yapılandırılmasına ilişkin düzenleme getirmektedir. Eski yasa döneminde rehlinle teminat altına alınan alacaklar rehlinle karşılanan kısmı kadar konkordato hükümlerinin kapsamı dışında kalmaktayken yeni getirilen 7101 sayılı düzenleme ile madde hükmünde verilen bazı şartların gerçekleşmesi halinde rehlinle teminat altına alınan alacakların konkordato yapılandırıl-

cle with the legislation numbered 7101 are fulfilled⁷. The offer directed to all pledged creditors must be equal, based on the purpose and basic principles of the concordat institution. According to *Pekcanitez*, while the principle of equality between claims is an important principle of the concordat, with the new legislation article 308/h, the principle was ignored without a valid reason⁸.

The main purpose of the legislator in the new concordat regulation introduced with the regulation numbered 7101 is not based on the protection of the debtor's assets, but also aims to protect the rights and interests of the creditors. With the provisions included in the scope of the regulation with the number 7101, it is based on providing creditors with a more convenient means of being paid off in the event of bankruptcy, maintaining the debtor's business while demanding a concordat, maintaining employment, and providing creditors with a means of being paid off by liquidating and closing the business in this way while also benefiting the economy and the public interest. In the general rationale of the regulation, it was emphasized that *"the more effective and active use of the concordat is a necessity in terms of commercial and social life"*⁹. For this reason, the legislator aims to prevent bankruptcies by using the concordat in practice and thus to protect employment.

B. The Situation of the Concordat Debtor to Pledge the Property of the Third Parties for the Debt

It is also possible for third parties to establish a pledge on their own property in favor of the debtor. When a third party pledges his or her own assets as security for a loan, he or she accepts responsibility for the fact that, in the event the debtor defaults on the obligation, the creditor will sell the pledged items for the proceeds in order to satisfy the debt. We mentioned that with the deadline of the concordat, the legal proceedings against the debtor shall cease and there shall be no follow-up against the debtor. According to article 295 of the DEBC, legal proceedings shall be initiated by realization of pledged regarding the claims secured by pledge during the respite, the proceedings that have been initiated shall continue, but due to the legal proceedings, preservation measures shall not be taken and the pledged assets shall not be sold¹⁰. In fact, it is debatable whether this

ması mümkün hale gelmiştir⁷. Tüm rehlinle teminat altına alınan alacaklılara yönlendirilen teklifin, konkordato kurumunun amacı ve temel ilkeleri esas alındığında, eşit olması gerekmektedir. *Pekcanitez'e* göre İcra ve İflas Kanunu'nun 308/h maddesi ile getirilen yeni düzenlemeyle alacaklar arasında eşitlik ilkesinin konkordato kurumunun önemli bir ilkesi iken, ilke geçerli bir sebep olmaksızın göz ardı edilmiştir⁸.

7101 sayılı düzenleme ile getirilen yeni konkordato düzenlemelerinde kanun koyucunun temel amacı borçlunun malvarlığının korunması esasına dayanmamakta aynı zamanda konkordato alacaklılarının hak ve menfaatlerini de korumayı hedeflemektedir. 7101 sayılı düzenleme kapsamında getirilen hükümlerle alacaklıların iflasa istinaden daha elverişli tatmin edilmeleri, konkordato talep eden borçlunun işletmesinin devamlılığını sağlaması, istihdamı devam ettirmesi ve bu şekilde işletmesinin tasfiye edilerek kapatılmasıyla alacaklıların memnun edilmesi ve ekonomiye katkı sağlanarak kamu yararı temel alınmıştır. Düzenlemenin genel gerekçesinde *"konkordatonun daha etkin ve aktif bir şekilde kullanılmasının ticari ve sosyal hayat bakımından bir ihtiyaç olduğu"* vurgulanmıştır⁹. Bu sebeple kanun koyucu konkordatonun uygulamada kullanılarak iflasların önlenmesini ve bu sayede istihdamın korunmasını amaçlamaktadır.

B. Konkordato Borçlusunun Borcu İçin Üçüncü Kişilerin Malını Rehlin Vermesi Durumu

Üçüncü kişilerin de borçlu lehine kendi malları üzerinde rehlin hakkı kurması mümkündür. Borçlunun borcu için malvarlığı üzerinde rehlin veren üçüncü kişinin, borçlunun borcunu ödememesi halinde rehlin konusu malın alacaklı tarafından paraya çevrilmesine ve rehlinle teminat altına alınan alacağın rehlinli malda icra satış yoluyla elde edilen bedelden karşılanmasına katlanmak zorundadır. Konkordato mühletiyle birlikte borçluya yapılan takipler duracağından ve borçluya karşı takip yapılamayacağından bahsetmiştik. İİK m. 295'e göre mühlet sırasında rehlinle temin edilen alacaklara ilişkin olarak rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilecek, başlatılmış olan takiplere devam edilecek ancak takip nedeniyle muhafaza tedbiri alınamayacağı gibi rehlinli malın satışı da gerçekleştirilemeyecektir¹⁰. Esasında, İİK m. 295'te yer verilen bu yasağın üçüncü kişinin vermiş

FOOTNOTE

³ Debt Enforcement and Bankruptcy Code art. 289.

⁴ **Cenk Akil**, "Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları (28.02.2018 Date ve 7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklere Göre)", 2019, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2019-141-1833> (Date Accessed 25.10.2022).

⁵ **Onurcan Gökçen**, Konkordato Rehlinli ve Finansal Kiralamaya Konu ve Mal Alacaklarının Hukuki Durumu, 1st Edition, İstanbul 2021, p.167'den naklen, **Güler, Mikdat/ Kabakcı, Mahmut**, Adi Konkordatoda Rehlinli Alacakların Hukuki Durumu, İstanbul Barosu Dergisi, C. 78, S. 1, 2004, p. 1.

⁶ **Gökçen**, p.167'den naklen, **Güler, Mikdat/ Kabakcı, Mahmut**, Adi Konkordatoda Rehlinli Alacakların Hukuki Durumu, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 78, S. 2004/1, p. 2.

⁷ **Gökçen**, p. 61-62.

⁸ **Pekcanitez/ Erdönmez**, p. 113.

⁹ **Mehmet Kumak**, "Konkordato Bakımından Üçüncü Şahis İpoteği ile Teminat Altına Alınan Alacakların Adi Alacak Sayılmasına Dair Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 2021/1792 E. 2021/100 K. 15.09.2021 Tarihli Kararının 7101 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", 2022 <https://blog.lexpera.com.tr/konkordato-bakimindan-ucuncu-sahis-ipotegi-ile-teminat-altina-alinan-alacaklari-adi-alacak-sayilmasina-dair-yargitay-degerlendirmesi/> (Date Accessed: 25.10.2022).

¹⁰ **Orhan Eroğlu**, Uygulamada Konkordato, 4th Edition, Ankara, 2021, p. 170.

DİPNOT

³ İcra ve İflas Kanunu m. 289.

⁴ **Cenk Akil**, "Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları (28.02.2018 Tarih ve 7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklere Göre)", 2019, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2019-141-1833> (Erişim Tarihi 25.10.2022).

⁵ **Onurcan Gökçen**, Konkordato Rehlinli ve Finansal Kiralamaya Konu ve Mal Alacaklarının Hukuki Durumu, 1. Baskı, İstanbul 2021, s.167'den naklen, **Güler, Mikdat/ Kabakcı, Mahmut**, Adi Konkordatoda Rehlinli Alacakların Hukuki Durumu, İstanbul Barosu Dergisi, C. 78, S. 1, 2004, s. 1.

⁶ **Gökçen**, s.167'den naklen, **Güler, Mikdat/ Kabakcı, Mahmut**, Adi Konkordatoda Rehlinli Alacakların Hukuki Durumu, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 78, S. 2004/1, s. 2.

⁷ **Gökçen**, s. 61-62.

⁸ **Pekcanitez/ Erdönmez**, s. 113.

⁹ **Mehmet Kumak**, "Konkordato Bakımından Üçüncü Şahis İpoteği ile Teminat Altına Alınan Alacakların Adi Alacak Sayılmasına Dair Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 2021/1792 E. 2021/100 K. 15.09.2021 Tarihli Kararının 7101 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", 2022 <https://blog.lexpera.com.tr/konkordato-bakimindan-ucuncu-sahis-ipotegi-ile-teminat-altina-alinan-alacaklari-adi-alacak-sayilmasina-dair-yargitay-degerlendirmesi/> (Erişim Tarihi: 25.10.2022).

¹⁰ **Orhan Eroğlu**, Uygulamada Konkordato, 4. Baskı, Ankara, 2021, s. 170.

PART 8

prohibition in DEBC article 295 also applies to the pledge given by the third-party.

The dominating opinion in the doctrine states that if the claim is secured by a third-party pledge, the pledged claim shall not be accepted as a pledged claim within the meaning of DEBC article 295 and shall not fall within the scope of the article. *Yeşilova*¹¹, one of the advocates of this view in the doctrine, stated that the regulation stipulated by DEBC article 295 is accepted for the people who are deemed to be pledged creditors in respite of concordat, and that it shall not protect the assets of third parties other than the debtor. In addition, the purpose of the legislator in the regulation stipulated by the article is to prevent the assets subject to pledge from realization of pledged and it getting removed from the debtor's assets if they belong to the debtor. However, it states that the property of a third-party is protected, not the property of the debtor¹².

Pekcanitez/ Erdönmez stated that the prohibition of prosecution against a third-party who pledges or mortgages the assets in favor of the debtor shall not be applied because the concordat respite only aims to protect the debtor's assets and that third parties cannot abstain from paying their due debts¹³.

On the other hand, the 12th Supreme Court of Appeals, in its decision in 2015, stipulated that the sale of the immovable subject to the mortgage shall not be made pursuant to the article 179/b of DEBC (Debt Enforcement and Bankruptcy Code No. 2004 article 149/b)¹⁴.

olduğu rehin için de geçerli olup olmadığı hususu tartışmalıdır.

Öğretide baskın bulunan görüş, alacağın üçüncü kişinin rehniyle teminat altına alınması halinde rehinli alacağın İİK m. 295 anlamında rehinli alacak olarak kabul edilmeyeceği ve maddenin kapsamına girmeyeceğidir. Görüşü savunanlardan *Yeşilova*¹¹, İİK m. 295 ile hüküm altına alınan düzenlemenin, konkordato bakımından rehinli alacaklı sayılan kişiler için kabul edildiğini, borçlunun dışındaki üçüncü kişilere ait malvarlığını korumadığını belirtmiştir. Ayrıca madde ile hüküm altına alınan düzenlemede kanun koyucunun amacının rehin konusu malların borçluya ait olması halinde satılıp borçlunun elinden çıkarılmasını önlemek olduğunu oysa burada borçlunun malvarlığının değil üçüncü bir kişinin malvarlığının korunduğunu belirtmektedir¹².

Aynı yönde *Pekcanitez/ Erdönmez* de, borçlu lehine malvarlığı üzerinde rehin veya ipotek veren üçüncü kişiye karşı takip yasağının uygulanmayacağını zira konkordato mühletinin sadece borçlunun malvarlığını koruma amacı güttüğünü, üçüncü kişilerin muaccel borçlarını ödemekten imtina edemeyeceğini belirtmiştir¹³.

Diğer taraftan Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 2015 yılında vermiş olduğu kararında İİK 179/b (2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu m. 149/b) hükmü uyarınca ipotek konusu taşınmazın satışının gerçekleştirilemeyeceğini hüküm altına almıştır¹⁴. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 2019 yılında vermiş olduğu kararda; İİK m. 149 ve m. 149/b hükümleri

The decision of the Supreme Court Assembly of Civil Chambers in 2019; by assuming that in accordance with the provisions of DEBC article 149 and article 149/b, there will be a mandatory follow-up friend in terms of form. If one of the mandatory follow-up friends is not included in the follow-up, the follow-up will be cancelled. When the bankruptcy postponement decision is made regarding the primary follow-up debtor, the cessation of the sale for the primary debtor will stop the sale for the other follow-up friend. This has created a case law regarding the evaluation of mortgages given by third parties as pledged claims¹⁵.

III. THE ISSUE OF WHETHER THE CLAIMS SECURED BY A THIRD-PARTY PLEDGE IN THE CONCORDAT SHALL BE CONSIDERED PLEDGED CLAIMS OR UNSECURED DEBT

It is a controversial issue in the Supreme Court of Appeals and doctrine whether the claims secured by third-party mortgages shall be considered as pledged claims and included in the procedure stipulated in the article 308/h of the DEBC, or whether they shall be considered as unsecured debt and added to the quorum of the ordinary concordat meeting. Prior to the amendment made in legislation no. 7101, the situation that stabilized in the practice of the Supreme Court of Appeals was that the assets secured by third-party mortgages shall be considered unsecured debts and shall be considered in the concordat quorum¹⁶.

With the regulations made with the law numbered 7101, the institution of suspension of bankruptcy was abolished and the provisions regarding the concordat were changed substantially. After these regulations, the consensus in doctrine and judicial decisions were spoiled. Even though the pledged claims that provides the claim belongs to the third-party, the idea has emerged that this claim shall be accepted as a pledged claim within the scope of the concordat. However, this view is in the minority¹⁷.

In the opinion of *Atalay/Atalı/Erdoğan*¹⁸ that article 23 is regulated as a definition article in the DEBC, and the definition covers all

gereğince şekli bakımdan zorunlu takip arkadaşlığı olacağını, zorunlu takip arkadaşlarından birinin takipte gösterilmemesinin takibin iptali sebebi olacağını ve asıl takip borçlusu hakkında iflas erteleme kararı verildiğinde asıl borçlu için gerçekleşen satışın durmasının diğer takip arkadaşı için de satışın durduracağını hüküm altına alarak üçüncü kişinin vermiş olduğu ipoteklerin rehinli alacak olarak değerlendirilmesine ilişkin içtihat oluşturmuştur¹⁵.

III. KONKORDATODA ÜÇÜNCÜ ŞAHIS İPOTEĞİ İLE TEMİNAT ALTINA ALINAN ALACAKLARIN REHİNLİ ALACAK MI YOKSA ADİ ALACAK MI SAYILACAĞI MESELESİ

Üçüncü şahıs ipoteği ile teminat altına alınmış alacakların rehinli alacak sayılıp İİK m. 308/h hükmünde öngörülen prosedüre mi dahil edileceği yoksa adi alacak sayılıp adi alacaklılar toplantısı nisabına mı eklenmesi gerektiği hususu Yargıtay ve doktrin kararlarında tartışmalı bir husustur. 7101 sayılı düzenlemeyle kanunda yapılan değişiklikten önce Yargıtay uygulamasında istikrar kazanan durum, üçüncü şahıs ipoteği ile güvence altına alınan alacakların adi alacak sayılması gerektiği ve konkordato nisabında dikkate alınması gerektiği yönünde bulunmaktaydı¹⁶.

7101 sayılı yasa ile yapılan düzenlemelerle iflas erteleme kurumunun kaldırılarak, mevzuatta yer alan konkordatoya ilişkin hükümlerin esaslı olarak değişmesinden sonra bu konuda doktrinde ve yargı kararlarındaki görüş birliği bozulmuş ve alacağı temin eden rehinli mal üçüncü kişiye ait olsa bile bu alacağın konkordato kapsamında da rehinli alacak kabul edilmesi gerektiği fikri ortaya çıkmış olsa da bu görüş azınlıkta kalmıştır¹⁷.

Atalay/ Atalı/ Erdoğan'ın görüşüne göre¹⁸; İİK'de yer alan 23. maddenin tanım maddesi olarak hüküm altına alındığı ve madde metninde kanunda yer alan tanımın bütün rehinleri kapsadığını, üçüncü şahıs ipoteği ile teminat altına alınan alacaklar bakımından bir ayırım yapılmadığını İİK m. 308/h ve

FOOTNOTE

11 Selçuk Öztekin/ Ali Cem Budak/ Müjgan Tunç Yücel/ Serdar Kale/ Bilgehan Yeşilova, Yeni Konkordato Hukuku, 2nd Edition, İstanbul 2019, p. 373.

12 Nesibe Kurt Konca/ Seyhan Selçuk, "Adi Konkordatoda Rehlinli Malın Satış Yasağı Ve İstisnaları", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 18, December 2021, p. 164.

13 Pekcanitez/ Erdönmez, p. 34.

14 Yargıtay 12. H.D. T 10/04/2015, E. 2015/9115, K. 2015/9290.

15 Yargıtay HGK. T. 02/07/2019, E. 2017/12-760, K. 2017/838.

16 Kumak, <https://blog.lexpera.com.tr/konkordato-bakimindan-ucuncu-sahis-ipoteği-ile-teminat-altına-alınan-alacakların-adi-alacak-sayılmamasına-dair-yargıtay-değerlendirmesi/> (Date Accessed: 25.10.2022).

17 Müjgan Tunç Yücel, "Üçüncü Kişinin Mali Üzerindeki Rehlinle Temin Edilen Alacağın Konkordatodaki Durumu", <https://blog.lexpera.com.tr/ucuncu-kisinin-mali-uzerindeki-rehinle-temin-edilen-alacağın-konkordatodaki-durumu/#fn39> (Date Accessed: 25.10.2022).

18 Oğuz Atalay/ Murat Atalı/ Ersin Erdoğan, <https://legal.com.tr/blog/genel/adi-konkordatoda-ucuncu-kisi-rehininin-akibeti-hakkında-bazı-düşünceler/> (Date Accessed: 25.10.2022).

DİPNOT

11 Selçuk Öztekin/ Ali Cem Budak/ Müjgan Tunç Yücel/ Serdar Kale/ Bilgehan Yeşilova, Yeni Konkordato Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2019, s. 373.

12 Nesibe Kurt Konca/ Seyhan Selçuk, "Adi Konkordatoda Rehlinli Malın Satış Yasağı Ve İstisnaları", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 18, Aralık 2021, s. 164.

13 Pekcanitez/ Erdönmez, s. 34.

14 Yargıtay 12. H.D. T 10/04/2015, E. 2015/9115, K. 2015/9290.

15 Yargıtay HGK. T. 02/07/2019, E. 2017/12-760, K. 2017/838.

16 Kumak, <https://blog.lexpera.com.tr/konkordato-bakimindan-ucuncu-sahis-ipoteği-ile-teminat-altına-alınan-alacakların-adi-alacak-sayılmamasına-dair-yargıtay-değerlendirmesi/> (Erişim Tarihi: 25.10.2022).

17 Tunç Yücel, "Üçüncü Kişinin Mali Üzerindeki Rehlinle Temin Edilen Alacağın Konkordatodaki Durumu", <https://blog.lexpera.com.tr/ucuncu-kisinin-mali-uzerindeki-rehinle-temin-edilen-alacağın-konkordatodaki-durumu/#fn39> (Erişim Tarihi: 25.10.2022).

18 Oğuz Atalay/ Murat Atalı/ Ersin Erdoğan, <https://legal.com.tr/blog/genel/adi-konkordatoda-ucuncu-kisi-rehininin-akibeti-hakkında-bazı-düşünceler/> (Erişim Tarihi: 25.10.2022).

PART 8

pledges in the DEBC, and no distinction is made in terms of claims secured by third-party mortgages. At the same time, they stated that the inclusion of the provisions in DEBC article 308/h and article 295 in the 2/3 respite quorum stipulated for the restructuring of pledged claims within the scope of the concordat shall be a clear contradiction and inconsistency, and that it shall cover all pledged claims, regardless of who is the pledgee creditors¹⁹. According to them, before the legislation no. 7101, it was possible to protect the right of recourse, but with the new regulation, it is no longer possible to protect the right of recourse, and with article 308/h, a separate regulation and a separate respite quorum have been brought for the pledged claims. At the same time, Atalay/ Atalı/ Erdoğan stated that if the wording of DEBC article 302/4 and article 308/h are evaluated together, the creditor secured by a third-party pledge shall be prevented from being included in the concordat quorum. Atalay/ Atalı/ Erdoğan also stated that it would not be possible for the legislator to forget the pledge of the third-party, especially if we consider that the legislator giving explanation about the part of the claims that are not covered by pledge, while those who shall participate in the concordat quorum are clearly counted in article 302 of the DEBC²⁰.

According to Öztekin, that before the legal regulation made with the Debt Enforcement and Bankruptcy Code No. 4949 in 2003, it was possible for the creditor, who had been secured by the pledge of the third-party, to follow up by realization of pledge for this reason, the third person giving the pledge shall right to recourse to the debtor of the concordat, but with the regulation made in 2003, the third-party who gave the mortgage in his favor was no longer able to recourse. At the same time, he stated that the fact that the third-party's assets shall not (no longer) be unsecured after the regulation 7101 supported this result, and he argued that the claims secured by a third-party pledge shall not be considered as unsecured debts within the meaning of DEBC article 302²¹.

After the regulation no. 7101, the first judicial decision was made by the Bakırköy 1st Commercial Court of First Instance, in line with the opinion of the minority. According to the decision of the court of first instance, considering that the legislator aimed to prevent bankruptcies and to ensure the continuity of employment by ensuring the widespread

m. 295'te yer alan hükümlerin, konkordato kapsamında rehinli alacakların yapılandırılması için öngörülen 2/3 şeklindeki nisaba dahil edilmesinin açık bir çelişki ve tutarsızlık olacağını, rehinin kim tarafından verildiği dikkate alınmaksızın, bütün rehinli alacakları kapsayacağını hüküm altına aldığını belirtmiştir¹⁹. 7101 sayılı düzenlemeden önce rücu hakkının korunmasının düşünülebileceği ancak düzenlemeyle birlikte artık rücu hakkının korunmasından da bahsedilemeyeceği ve madde 308/h ile rehinli alacaklar için ayrı bir düzenleme ve ayrı bir nisap getirildiği, rehinli mal kime ait olursa olsun alacağın m.308/h hükmüne tabi olacağı düşünülmektedir. Aynı zamanda İİK m. 302/4 ve m. 308/h'nin lafzının birlikte değerlendirilmesi halinde üçüncü kişi ipoteği ile teminat altına alınmış alacaklının konkordato nisabına dahil edilmesine mâni olacağını, özellikle İİK m. 302 oylamaya katılacak olanların açıkça sayılırken, alacağının rehinle karşılanmayan kısmı için rehinli alacaklıdan söz ederken yani kanun koyucunun özellikle bu kadar istisna bir özellikli hali dikkate almışken üçüncü şahıs rehinini unutmamasının mümkün olmayacağını belirtmiştir²⁰.

Öztek'e göre; 2003 yılında 4949 sayılı Kanun'la yapılan yasal düzenlemeden önce alacağı üçüncü kişinin rehni ile teminat altına alınmış olan alacaklının, rehniin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmasının mümkün olduğunu bu sebeple ipotek veren üçüncü kişinin konkordato borçlusuna bunu rücu edebileceğini ancak 2003 yılında yapılan düzenlemeyle üçüncü lehine ipotek veren üçüncü kişinin alacağını rücu imkanı bulunmamasının, aynı zamanda 7101 sayılı düzenlemeyle rehin tesis eden üçüncü kişinin alacağının (artık) teminatsız kalmasının söz konusu olmamasının da bu sonucu desteklediğini belirterek, üçüncü kişi rehniyle güvence altına alınan alacakların İİK m. 302 anlamında adi alacak olarak görülemeyeceği görüşünü savunmuştur²¹.

7101 sayılı düzenleme sonrası azınlığın görüşü doğrultusunda ilk yargı kararı Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından verilmiştir. İlk derece mahkemesince verilen karara göre, kanun koyucunun 7101 sayılı kanun değişikliği ile konkordatonun yaygın şekilde uygulamasını sağlayarak iflasların önlenmesini, istihdam devamlılığını amaçladığı dikkate alınarak, üçüncü şahıs ipoteği ile teminat altına alınan alacakların adi alacak sayılıp adi alacaklılar toplantısı nisabına dahil edilmesinin, konkordato projelerinin kabul edilmelerine ve hayata geçmelerine

application of the concordat with the law no. 7101, it was stated that it shall not be possible to count the claims secured by third-party pledge and to be included in the quorum of the ordinary creditors meeting. The Court stated that the inclusion of ordinary debt in the quorum shall have a serious negative impact on the acceptance and implementation of concordat projects, for this reason, it shall not be compatible with the purpose of making the judgment, and the claims secured by a third-party pledge shall be accepted as pledged claims. At the same time, it evaluated these assets within the scope of DEBC article 308/h pledged claim procedure and did not include them in the concordat quorum of unsecured debt²². Circuit Courts of Appeal have also decided in the same direction, this provision has been amended and upheld by the Supreme Court of Appeal decision, which shall be explained below²³.

It is also possible for third parties to establish a pledge on their own property in favor of the debtor.

Üçüncü kişilerin de borçlu lehine kendi malları üzerinde rehin hakkı kurması mümkündür.

Majority opinion, which has been accepted by the doctrine lately and adopted by the Supreme Court of Appeals, is that only the claims that are secured within the scope of the property owned by the debtor in the concordat shall be accepted as pledged claim within the scope of article 308/h, and those secured by a third-party mortgage can be considered as unsecured debt in accordance with the concordat quorum. The main reason for this is the idea that if the creditor of the pledged claim is not included in the concordat quorum by accepting the pledged creditor, then the third-party, who will replace the creditor and recourse to the concordat debtor, will incur a loss in accordance with the principle of succession.

de ciddi anlamda olumsuz etki edeceğini, bu sebepten kanun koyucunun hükmün koyulma amacıyla bağdaşmayacağını, üçüncü şahıs rehniyle güvence altına alınan alacakları rehinli alacak kabul ederek, bu alacakları İİK m. 308/h rehinli alacak prosedürü kapsamında değerlendirmiş adi alacak kabul etmeyerek adi alacaklılar toplantısı nisabına da dahil etmemiştir²². Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesi de aynı yönde karar vermiş olsa da bu hüküm aşağıda izah edilecek Yargıtay kararıyla değiştirilerek onanmıştır²³.

Doktrin tarafından son dönemlerde ağırlıklı olarak kabul gören ve son kararlarla Yargıtay tarafından da benimsenen görüş; konkordato sadece borçlunun mülkiyetinde bulunan mallara ilişkin teminat altına alınan alacakların rehinli alacak olarak m. 308/h kapsamında kabul edilebileceği, üçüncü kişi

DİPNOT

19 Tunç Yücel, <https://blog.lexpera.com.tr/ucuncu-kisinin-mali-uzerindeki-rehinle-temin-edilen-alacagin-konkordatodaki-durumu/#fn39> (Erişim Tarihi: 25.10.2022).

20 Atalay/ Atalı/ Erdoğan, "Üçüncü Kişi Rehniyle Güvence Altına Alınmış Olan Alacakların Borçlunun Konkordato Nisabında Dikkate Alınıp Alınamayacağı Meselesi", 2020. <https://blog.lexpera.com.tr/ucuncu-kisi-rehniyle-guvence-altina-alinmis-olan-alacaklarin-borclunun-konkordato-nisabinda-dikkate-alinip-alinamayacagi-meselesi/> (Erişim Tarihi: 25.10.2022).

21 Selçuk Öztekin, "Adi Konkordato da Üçüncü Kişi Rehniin Akıbeti Hakkında Bazı Düşünceler", 2020. <https://legal.com.tr/blog/genel/adi-konkordato-ucuncu-kisi-rehniin-akibeti-hakkinda-bazi-dusunceler/> (Erişim Tarihi: 25.10.2022).

22 Bakırköy 1. ATM., T. 14.07.2020, E. 2018/426, K. 2020/447.

23 Ankara BAM., T. 04.11.2021, E. 2020/1403, K. 2020/1401.

24 Atalay/ Atalı/ Erdoğan, <https://legal.com.tr/blog/genel/adi-konkordatoda-ucuncu-kisi-rehniin-akibeti-hakkinda-bazi-dusunceler/> (Erişim Tarihi: 25.10.2022) naklen **Altay/ Eskiocak**, s. 366; Aynı şekilde (7101 sayılı Kanunla yapılan değişiklik öncesi) Deyneki de rehin tesis eden üçüncü kişinin, borcu ödemesi üzerine konkordato borçlusuna rücu edeceğini, alacağı üçüncü kişi rehniyle güvence altına alınan alacaklının nisaba dahil edilmemesi halinde, borcu ödemek zorunda kalan üçüncü kişinin rücu konusunda sıkıntı yaşayacağını belirtmektedir. Bkz. Deyneki, s. 255. Keza bkz. Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2.Baskı, Ankara 2013, s. 1483-1484.

Pekcanitez'e göre kanunda sözü geçen rehinli alacaklardan kasıt, mülkiyeti borçluya ait malların rehin verilmesi suretiyle temin

FOOTNOTE

19 Tunç Yücel, <https://blog.lexpera.com.tr/ucuncu-kisinin-mali-uzerindeki-rehinle-temin-edilen-alacagin-konkordatodaki-durumu/#fn39> (Date Accessed: 25.10.2022).

20 Atalay/ Atalı/ Erdoğan, "Üçüncü Kişi Rehniyle Güvence Altına Alınmış Olan Alacakların Borçlunun Konkordato Nisabında Dikkate Alınıp Alınamayacağı Meselesi", 2020. <https://blog.lexpera.com.tr/ucuncu-kisi-rehniyle-guvence-altina-alinmis-olan-alacaklarin-borclunun-konkordato-nisabinda-dikkate-alinip-alinamayacagi-meselesi/> (Date Accessed: 25.10.2022).

21 Selçuk Öztekin, "Adi Konkordato da Üçüncü Kişi Rehniin Akıbeti Hakkında Bazı Düşünceler", 2020. <https://legal.com.tr/blog/genel/adi-konkordatoda-ucuncu-kisi-rehniin-akibeti-hakkinda-bazi-dusunceler/> (Date Accessed: 25.10.2022).

22 Bakırköy 1. ATM., T. 14.07.2020, E. 2018/426, K. 2020/447.

23 Ankara BAM., T. 04.11.2021, E. 2020/1403, K. 2020/1401.

PART 8

FOOTNOTE

24 Atalay/ Atalı/ Erdoğan, <https://legal.com.tr/blog/genel/adi-konkordotada-ucuncu-kisi-rehнинin-akibeti-hakkında-bazi-dusunceler/> (Date Accessed: 25.10.2022) naklen Altay/ Eskiocak, p. 366; in the same way (Before the amendment made by Law No. 7101) Deyneki also states that the third-party, who establishes the pledge, shall have right to recourse to the debtor of the concordat upon payment of the debt, and if the creditor secured by the third-party pledge is not included in the quorum, the third person who has to pay the debt shall have difficulties in recourse. Bkz. Deyneki, p. 255. Keza bkz. Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2.Baskı, Ankara 2013, p. 1483-1484.

25 Pekcanitez/ Erdönmez, p. 72.

26 Yargıtay 6. H.D., T. 15.09.2021, E. 2021/1792, K. 2021/100.

27 Bkz. T.C. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2021/1389, K. 2021/275, T. 16.02.2021 "Mortgage was established in favor of the company requesting concordat on the immovable properties belonging to ... AŞ and ..., which is included in the concordat project, and the circuit courts of appeal have decided that there is no legal benefit in including these receivables as unsecured debts in the concordat quorum. In the reasoning of the decision, it is stated in the wording of article 295 of DEBC that the concept of "claims secured by pledge" also includes pledges given by a third-party in favor of the debtor. At the same time, it has been stated that the pledged claims shall only be sold after the concordat approval decision (DEBC 308 f 2). For this reason, it is generally accepted that there is no legal benefit for the third-party in considering the creditor, who does not have the possibility right of recourse until the approval decision is made, in the quorum of concordat. Pursuant to article 45 of DEBC, the creditor must first apply to the pledge. In the article, the case that the pledge is given by a third-party is not excluded. For this reason, the first application of the creditor to the pledge given by the third-party shall keep the property of the debtor demanding concordat under protection, and this shall be in line with the purpose of the concordat institution. In the light of these reasons, the debtor and the pledger third-party shall have to act within the framework of article 303 of the law, if the creditor's claims, which are secured by a third-party pledge, are included in the quorum as unsecured debt. In the concrete case, since mortgages were established on the immovables of ... AŞ and ... in favor of the requesting company, it was not right to exclude the creditor secured by these mortgages as unsecured in the quorum, for the wrong reason."

According to this idea, if the creditor of the pledged claims is deprived of the guarantee without being included in the quorum, the third-party is also exempt from the recourse rights as a requirement of succession²⁴.

Pekcanitez states that the pledged claims listed in the legislation are those whose property was obtained by the pledge of the debtor's assets. Also, that the creditor's assets are secured by a pledge of property belonging to a third-party, and if the debtor is personally responsible for this debt, the pledged claim will be fully considered in determining the quorum. As a result of this, it has adopted that those secured by third-party mortgages shall be considered as unsecured debt in the quorum of concordat²⁵.

The decisions of the 6th and the 15th Supreme Court of Appeal stated that the law no. 7101 shall not change the previous doctrines and case-laws in the event that the pledged property belongs to a third-party, claim shall be accepted as unsecured debt within the scope of the concordat. In the decision of the 6th Supreme Court of Appeal stated that the dispute shall be evaluated within the framework of the purpose of the concordat institution, and that the concordat ensures that all the unsecured debts of an honest debtor are liquidated within a certain period of time with the approval of the competent authority and the acceptance of the majority of the creditors. It has been stated that in order to realize the purpose of the concordat institution and in order for the concordat to be successful, the assets of the debtor must be protected, the provision of DEBC article 295 is intended for this purpose, and if the pledge is given by the third-party, the realization of pledged shall not affect the passive assets of the debtor. Also stated that the realization of pledged within the scope of the concordat shall not be considered as a result intended by the legislator. If the creditor, who is secured by the pledge of the third-party to be taken, follows up by realization of pledged without being bound by the restrictions in the law (sales ban), and then the debtor's concordat is accepted, it shall be demanded from the pledge for the amount pledgee creditors shall not meet, subject to concordat and that the third-party, whose goods are sold, shall take recourse only if it is included in the concordat quorum. In this respect, it has been stated that in accordance with article 303 of the DEBC, the creditor's ability to preserve all his/ her rights depends on voting

edilenlerdir. Müellif, alacaklının alacağıнын, mülkiyetinin üçüncü kişiye ait bir malın rehdilmesi yoluyla teminat altına alınmış olup borçlunun da bu borçtan dolayı şahsen sorumlu olması halinde, rehinli alacak nisabın belirlenmesinde tamamen hesaba katılacaktır şeklinde görüş bildirerek, üçüncü kişi ipoteği ile temin edilenlerin ise konkordato nisabında adi alacak olarak değerlendirilebileceğini benimsemiştir²⁵.

Yargıtay'ın 6. Hukuk Dairesi ve 15. Hukuk Dairesi vermiş olduğu kararlarda, alacağı temin eden rehinli malın üçüncü kişiye ait olması halinde 7101 sayılı yasanın esasında önceki doktrin ve içtihatları değiştirmeyeceğini, bu alacağın konkordato kapsamında adi alacak kabul edilmesi gerektiğine dair içtihadını korumuştur. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin kararında, uyumsuzluğun konkordato kurumunun amacı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği, konkordatonun dürüst bir borçlunun belli bir zaman kesiti içerisindeki bütün adi alacaklarını yetkili makamın onayı ve alacaklı çoğunluğunun kabulüyle tasfiyesini sağladığı belirtilmiştir. Konkordato kurumunun amacının gerçekleştirilmesi için yani konkordatonun başarıya ulaşması için borçlunun malvarlığının korunması gerektiği, İİK m. 295 hükmünün bu amaca yönelik olduğu, rehni üçüncü kişinin vermesi halinde bu rehni paraya çevrilmesinin konkordato talep eden borçlunun pasifine etki etmeyeceği dile getirilmiştir. Bu haliyle üçüncü kişi tarafından verilen rehni paraya çevrilmesinin konkordato kapsamında engellenmesinin kanun koyucunun amaçladığı bir sonuç olarak düşünülmemeyeceği ifade edilmiştir. Alacağı üçüncü kişinin rehni ile teminat altına alınan alacaklının kanundaki sınırlamalara bağlı kalmadan ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapması ve asıl borçlunun konkordato takibinin kabul edilmesi halinde rehinden karşılamadığı alacak için konkordatoya tabi olarak talep edilebileceğini, malı satılan üçüncü kişinin rücu alacağını ancak konkordato nisabına dahil edilmesi halinde talep edeceği belirtilmiştir. Bu itibarla, İİK m. 303 uyarınca alacaklının bütün haklarını muhafaza edebilmesinin ancak konkordato nisabına dahil edilerek oy kullanmasına bağlı olduğu belirtilmiştir. Söz konusu alacağın rehinli alacak olarak kabul edilerek alacaklıya oy hakkı vermediği durumda İİK'nın 303. maddesinin uygulanmasının mümkün olmayacağını, üçüncü kişi ipoteği ile teminat altına alınan alacakların, nisaba dahil edilmemesinin konkordato kurumunun işlerliği açısından uygun olmadığı, 7101 Sayılı Kanun öncesi Yargıtay

by being included in the concordat quorum. In the event that the mentioned claims are accepted as a pledged claim and shall not give the creditor the right to vote in the concordat quorum, it shall not be possible to apply article 303 of the DEBC, and that the inclusion of the claims secured by third-party mortgages in the quorum is not appropriate for the functioning of the concordat institution. Since there was no legal regulation requiring supreme court decision to change its decisions before DEBC No. 7101, a provision shall be made that the creditor's claim, which was secured by a third-party pledge, shall be included in the quorum as unsecured debt²⁶. As a matter of fact, the 15th Supreme Court of Appeal, in its decision on 16.02.2021, ruled that the creditor's claim, which was secured by a third-party pledge due to the same reasons, shall be included in the quorum as unsecured debt²⁷.

IV. CONCLUSION

When the relevant provisions regulated by the regulation no. 7101 are examined, it is seen that it is within the scope of the pledged claims obtained from the assets of the concordat debtor, that it does not include the pledges obtained from the assets of the pledger third-party, and therefore, there is no clear regulation for it to be subject to the provisions regarding unsecured debt. With the regulation that was brought forward titled "II. Negotiation with Pledgee Creditors and Structuring of Debts" DEBC article 308/h provision, it is clearly to show that the purpose of the legislator is to abandon the old law practice. There are literal statements in the article stating that the introduced regulation



uygulamalarının değiştirilmesini gerektirir kanuni bir düzenleme de bulunmaması nedeniyle üçüncü kişi rehniyle temin edilen alacaklının alacağının adi alacak olarak nisaba dahil edilmesi gerektiğine ilişkin hüküm kurulmuştur²⁶. Nitekim Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 16.02.2021 tarihinde vermiş olduğu kararında aynı gerekçeler nedeniyle üçüncü kişi rehniyle temin edilen alacaklının alacağının adi alacak olarak nisaba dahil edilmesi gerektiğini hüküm altına almıştır²⁷.

IV. SONUÇ

7101 sayılı düzenlemeyle getirilen rehinli alacaklarla ilgili hükümler incelendiğinde, hükümlerin özellikle konkordato borçlusunun malvarlığında sağlanan rehinli alacaklar kapsamında olduğu, rehin veren üçüncü şahsın malvarlığından sağlanan rehni kapsamadığı ve bu sebeple adi alacağına ilişkin hükümlere tabi olacağına dair açıkça bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir. Getirilen düzenleme ile "II. Rehlinli Alacaklılarla Müzakere ve Borçların Yapılandırılması" bölüm başlıklı İİK m. 308/h hükmü, açıkça kanun koyucunun amacının eski kanun uygulamasını terk etmek olduğunu göstermektedir. Getirilen düzenlemenin sadece konkordato borçlusunun malvarlığından

DİPNOT

25 Pekcanitez/ Erdönmez, s. 72.

26 Yargıtay 6. H.D., T. 15.09.2021, E. 2021/1792, K. 2021/100.

27 Bkz. T.C. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2021/1389, K. 2021/275, T. 16.02.2021 "Konkordato projesine dahil olan ve ... AŞ ve ...'ye ait taşınmazlar üzerinde konkordato talep eden şirket lehine ipotek tesis edilmiş, Bölge Adliye Mahkemesi bu alacakların adi alacak olarak konkordato nisabına dahil edilmesinde hukuki yarar bulunmadığına karar vermiştir. Kararın gerekçesinde İİK 295. maddesi lafzında "rehinle temin edilmiş alacak" kavramının 3. kişi tarafından borçlu lehine verilmiş rehni de kapsadığı, rehinli alacaklar hakkında ancak tasdik kararından sonra satış gerçekleştirilebileceği (İİK 308 f 2) bu nedenle tasdik kararı verilinceye kadar rücu hakkı doğması ihtimal bulunmayan alacaklının konkordato nisabında nazara alınmasında 3. kişi açısından hukuki yarar bulunmadığı ana hatlarıyla kabul edilmiştir. İİK 45. maddesi uyarınca alacaklı önce rehne müracaat etmelidir. Maddede rehni 3. kişi tarafından verilmiş olması durumu ayrı tutulmamıştır. Bu nedenle alacaklının 3. Kişi tarafından verilen rehne öncelikle müracaat etmesi, konkordato talep eden borçlunun malını koruma altında tutacak olup bu husus konkordato kurumunun amacına uygun olacaktır. Bu gerekçeler ışığında alacağı 3. kişi rehniyle temin edilen alacaklının alacağının adi alacak olarak nisaba dahil edilmesi borçlu ve rehin veren 3.kisinin kanununun 303. Maddesi çerçevesinde hareket etmesi gerekecektir. Somut olayda ... AŞ ve ... taşınmazları üzerine talep eden şirket lehine ipotek tesis edildiğinden bu ipoteklerle teminat altına alınan alacaklının nisapta adi alacak olarak göz önünde bulundurulması gerekirken yanlışlığı gerekçeyle nisap dışında tutulması doğru olmamıştır."

PART 8

shall not be applicable only if the assets of the concordat debtor are pledged. In the first paragraph of the provision, it is stated that “the creditor may request the restructuring of the debts that have been pledged in creditor favor in accordance with this article”²⁸. There is no doubt that the legal nature of a pledge given by a third-party is “pledged claims”. In the second paragraph of the article, the terms “all pledged claim” and in the eighth paragraph “every pledged claims” are included²⁹. As it can be understood from the provisions from regulations, it is obvious that the legislator’s purpose shall not only cover the debtor’s assets, but also covers all pledged claims.

There is no provision to distinguish the pledged claims as pledges provided by the debtor’s assets and the pledges provided by the third-party assets in the law and to ensure that the pledged claims obtained from the third-party’s assets are considered unsecured debts and subject to the procedure of unsecured debts in this way in concordat quorum and in other cases. It is understood from the wording and the last paragraph of DEBC article 308/h that the purpose of the legislator is not to subject the pledged claims to the unsecured debts concordat provisions, regardless of whether the pledged claims are from the debtor’s assets or from the assets of a third-party, unless there is a contrary regulation in the legislation.

Perhaps the most important reason for this decision of The Supreme Court of Appeals³⁰ is the protection of right of recourse. Before the change in the law no. 7101, the right of recourse of the pledgee, who shall pay with his personal assets, was protected and benefited from the guarantee. Prior to the law amendment, by force of the provision of article 298 of the EBL, a security deposit was required for the unprivileged and privileged creditors included in the concordat, unless the creditors gave up³¹. Since the claims secured by the pledge obtained from the third-party’s assets are also considered as unsecured debts, the debtor had to provide a guarantee for these as well, and the third-party used this guarantee when the debtor paid the debt. The right of recourse of third parties was protected in this way.

With the amendment of the law, with the reference made in article 305/1-d of DEBC, it has become obligatory to deposit collateral only for the privileged creditors in the first

rehin verilmesi halinde uygulama alanı bulmayacağına ilişkin madde içerisinde lafzi ifadeler bulunmaktadır. Hükmün ilk fıkrasında “alacaklı lehine rehin tesis edilmiş borçlarının yapılandırılmasını bu madde uyarınca talep edebilir” ifadesine yer verilmiştir²⁸. Üçüncü kişi tarafından verilen bir rehni hukuki niteliğinin “rehinli alacak” olduğunda şüphe yoktur. Maddenin ikinci fıkrasında “bütün rehlinli alacaklar” ve sekizinci fıkrasında “her rehlinli alacak” ifadelerine yer verilmiştir²⁹. Yasada yer alan hükümlerden de anlaşılacağı üzere yasa koyucunun amacının sadece borçlu malvarlığını kapsamayıp bütün rehlinli alacakları kapsadığı, bu hususun geniş düzenlendiği ortadadır.

Rehinli alacakların, borçlunun malvarlığı tarafından sağlanan ile üçüncü şahıs malvarlığı tarafından sağlanan rehni şeklinde bir ayrıma tabi tutularak, üçüncü şahsın malvarlığından sağlanmış olan rehlinli alacakların adı alacak sayılması ve bu itibarla nisapta ve diğer durumlarda adi alacağın prosedürüne tabi tutulmasını temin edecek bir hüküm bulunmamaktadır. İİK m. 308/h’nin lafzından ve son fıkrasından yasa koyucunun amacının, mevzuatta aksine bir düzenleme olmadığı sürece rehlinli alacaklarda, rehlinli alacağın borçlunun malvarlığından mı yoksa üçüncü kişinin malvarlığından mı olduğu dikkate alınmaksızın, rehlinli alacakların adı konkordato hükümlerine tabi tutulmaması olduğu anlaşılmaktadır.

Yargıtay’ın vermiş olduğu bu kararın³⁰ belki de en önemli nedeni olan husus rücu haklarının korunmasında ortaya çıkmaktadır. 7101 sayılı kanun değişikliği öncesinde kişisel malvarlığı ile ödeme yapabilecek olan rehni sahibinin rücu hakkı korunmakta ve rehni sahibi teminattan faydalanmaktaydı. Kanun değişikliği öncesinde mülga İİK m. 298 hükmü sayesinde konkordatoda yer alan imtiyazsız ve imtiyazlı alacaklılar için, alacaklılar vazgeçmediği sürece teminat yatırılması gereklidi³¹. Üçüncü şahıs malvarlığından sağlanan rehni ile güvence altına alınmış olan alacaklar da adi alacak olarak görüldüğünden, borçlunun bunlar için de teminat göstermesi gerekmekte, üçüncü şahıs borçlunun borcunu ödediğinde bu teminattan yararlanmaktaydı. Üçüncü şahısların rücu hakkı bu şekilde korunmaktaydı.

Yasa değişikliği ile İİK m. 305/1-d ile sadece İİK m. 206’nın ilk fıkrasındaki imtiyazlı alacaklılar ile mühlet içerisinde komiser izni ile akdedilen alacaklılar açısından teminat yatı-

paragraph of article 206 of the DEBC, and for the creditors who have concluded with the permission of the commissioner within the deadline. For this reason, claims secured by a third-party pledge shall not constitute a justification as they shall not be subject to collateral even if the opinion on the unsecured debts is accepted³².

rılması zorunlu hale getirilmiş ve bu sebeple üçüncü şahıs rehni ile teminat altına alınan alacaklar adi alacağına ilişkin görüş kabul edilse dahi teminata tabi olmayacağından haklı bir gerekçe teşkil etmeyecektir³².

BIBLIOGRAPHY

CENK AKİL, “Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları (28.02.2018 Tarih ve 7101 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişikliklere Göre).”, 2019, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2019-141-1833> (Date Accessed 25.10.2022).

HAKAN PEKCANITEZ/ GÜRAY ERDÖNMEZ, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, First Edition, İstanbul 2018.

MEHMET KUMAK, “Konkordato Bakımından Üçüncü Şahıs İpotegi ile Teminat Altına Alınan Alacakların Adi Alacak Sayılmasına Dair Yargıtay 6. Hukuk Dairesi’nin 2021/1792 E. 2021/100 K. 15.09.2021 Tarihli Kararının 7101 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, <https://blog.lexpera.com.tr/konkordato-bakimindan-ucuncu-sahis-ipoteği-ile-teminat-altina-alinan-alacaklarin-adi-alacak-sayilmasina-dair-yargitay-degerlendirmesi/> (Date Accessed: 25.10.2022).

MÜJGAN TUNÇ YÜCEL, “Üçüncü Kişinin Mali Üzerindeki Rehni ile Temin Edilen Alacağın Konkordatodaki Durumu”, <https://blog.lexpera.com.tr/ucuncu-kisinin-mali-uzerindeki-rehinle-temin-edilen-alacagin-konkordatodaki-durumu/#fn39> (Date Accessed: 25.10.2022).

NESİBE KURT KONCA/ SEYHAN SELÇUK, “Adi Konkordato Rehlinli Malın Satış Yasağı ve İstisnaları”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 9, S. 18, 2021.

OĞUZ ATALAY/ MURAT ATALI/ ERSİN ERDOĞAN, “Üçüncü Kişi Rehniyle Güvence Altına Alınmış Olan Alacakların Borçlunun Konkordato Nisabında Dikkate Alınıp Alınmayacağı Meselesi”, 2020 <https://blog.lexpera.com.tr/ucuncu-kisi-rehniyle-guvence-altina-alinmis-olan-alacaklarin-borclunun-konkordato-nisabinda-dikkate-alinip-alinamayacagi-meselesi/> (Date Accessed: 25.10.2022).

ONURCAN GÖKÇEN, Konkordato Rehlinli ve Finansal Kiralamaya Konu ve Mal Alacakların Hukuki Durumu, First Edition, İstanbul 2021.

ORHAN EROĞLU, Uygulamada Konkordato, Fourth, Ankara 2021.

SELÇUK ÖZTEK, “Adi Konkordatoda Üçüncü Kişi Rehni-nin Akibeti Hakkında Bazı Düşünceler”, 2020 <https://legal.com.tr/blog/genel/adi-konkordatoda-ucuncu-kisi-rehni-nin-akibeti-hakkinda-bazi-dusunceler/> (Date Accessed: 25.10.2022).

SELÇUK ÖZTEK/ ALİ CEM BUDAK/ MÜJGAN TUNÇ YÜCEL/ SERDAR KALE/ BİLGEHAN YEŞİLOVA, Yeni Konkordato Hukuku, Second Edition, İstanbul 2019.

KAYNAKÇA

CENK AKİL, “Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları (28.02.2018 Tarih ve 7101 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişikliklere Göre).”, 2019, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2019-141-1833> (Erişim Tarihi 25.10.2022).

HAKAN PEKCANITEZ/ GÜRAY ERDÖNMEZ, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, 1. Baskı, İstanbul 2018.

MEHMET KUMAK, “Konkordato Bakımından Üçüncü Şahıs İpotegi ile Teminat Altına Alınan Alacakların Adi Alacak Sayılmasına Dair Yargıtay 6. Hukuk Dairesi’nin 2021/1792 E. 2021/100 K. 15.09.2021 Tarihli Kararının 7101 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, <https://blog.lexpera.com.tr/konkordato-bakimindan-ucuncu-sahis-ipoteği-ile-teminat-altina-alinan-alacaklarin-adi-alacak-sayilmasina-dair-yargitay-degerlendirmesi/> (Erişim Tarihi: 25.10.2022).

MÜJGAN TUNÇ YÜCEL, “Üçüncü Kişinin Mali Üzerindeki Rehni ile Temin Edilen Alacağın Konkordatodaki Durumu”, <https://blog.lexpera.com.tr/ucuncu-kisinin-mali-uzerindeki-rehinle-temin-edilen-alacagin-konkordatodaki-durumu/#fn39> (Erişim Tarihi: 25.10.2022).

NESİBE KURT KONCA/ SEYHAN SELÇUK, “Adi Konkordato Rehlinli Malın Satış Yasağı ve İstisnaları”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 9, S. 18, 2021.

OĞUZ ATALAY/ MURAT ATALI/ ERSİN ERDOĞAN, “Üçüncü Kişi Rehniyle Güvence Altına Alınmış Olan Alacakların Borçlunun Konkordato Nisabında Dikkate Alınıp Alınmayacağı Meselesi”, 2020 <https://blog.lexpera.com.tr/ucuncu-kisi-rehniyle-guvence-altina-alinmis-olan-alacaklarin-borclunun-konkordato-nisabinda-dikkate-alinip-alinamayacagi-meselesi/> (Erişim Tarihi: 25.10.2022).

ONURCAN GÖKÇEN, Konkordato Rehlinli ve Finansal Kiralamaya Konu ve Mal Alacakların Hukuki Durumu, 1. Baskı, İstanbul 2021.

ORHAN EROĞLU, Uygulamada Konkordato, 4. Baskı, Ankara 2021.

SELÇUK ÖZTEK, “Adi Konkordatoda Üçüncü Kişi Rehni-nin Akibeti Hakkında Bazı Düşünceler”, 2020 <https://legal.com.tr/blog/genel/adi-konkordatoda-ucuncu-kisi-rehni-nin-akibeti-hakkinda-bazi-dusunceler/> (Erişim Tarihi: 25.10.2022).

SELÇUK ÖZTEK/ ALİ CEM BUDAK/ MÜJGAN TUNÇ YÜCEL/ SERDAR KALE/ BİLGEHAN YEŞİLOVA, Yeni Konkordato Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2019.

DİPNOT

28 İcra ve İflas Kanunu m. 308/h.

29 Kumak, <https://blog.lexpera.com.tr/konkordato-bakimindan-ucuncu-sahis-ipoteği-ile-teminat-altina-alinan-alacaklarin-adi-alacak-sayilmasina-dair-yargitay-degerlendirmesi/> (Erişim Tarihi: 25.10.2022).

30 Bkz.Yargıtay 6. H.D., T. 15.09.2021, E. 2021/1792, K. 2021/100.

31 Kumak, <https://blog.lexpera.com.tr/konkordato-bakimindan-ucuncu-sahis-ipoteği-ile-teminat-altina-alinan-alacaklarin-adi-alacak-sayilmasina-dair-yargitay-degerlendirmesi/> (Erişim Tarihi: 25.10.2022).

32 Kumak, <https://blog.lexpera.com.tr/konkordato-bakimindan-ucuncu-sahis-ipoteği-ile-teminat-altina-alinan-alacaklarin-adi-alacak-sayilmasina-dair-yargitay-degerlendirmesi/> (Erişim Tarihi: 25.10.2022).

EVALUATION OF LIABILITY WITHIN THE SCOPE OF MINING LEGISLATION

MADEN MEVZUATI KAPSAMINDA SORUMLULUK HUSUSUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

SUNA SELEN YAMAN
SELİNAY ŞUMNULU

ABSTRACT

To evaluate responsibility under Mining Law, it is imperative to initially analyze specific notions. It is necessary to conduct a thorough analysis of the titles "mine", "miner", "mine worker", and "mining sector" individually, in order to proceed in the right direction. It is possible to define the mining concept in different ways, both geographically and legally. Subsequently, it is possible to question whether the concepts of miner and mine worker are similar or even identical. Viewed from both a worldwide and national sectoral perspective, it is evident that mining holds a pivotal position in economic terms. Consequently, the concept of a mine operator assumes immense significance as the operation of mines necessitates an individual to take on the responsibility. The process of obtaining licenses and permissions is crucial in the context of mine operations. It is imperative to carefully examine the procedures for obtaining exploration and pre-operating licenses, the different stages involved in granting licenses and concessions, and the rights granted by special provincial administrations pertaining to the mine. Ignoring these crucial aspects could result in severe consequences that must be avoided at all costs. In the realm of mining law, the issue of legal liability at mining sites holds utmost significance, particularly the concept of hazard liability, which prevails as the dominant situation in mining activities. In this regard, Article 71 of the TCO is considered a guiding provision that sheds light on this form of liability. Hence, the present study aims to meticulously examine the potential situations that may emerge from mining operations and the implications of hazard liability, specifically in the context of mines. The royalty agreement is a crucial contract in mining law, as it involves the transfer of mining rights from the rightful owners to either natural or legal third parties for the exploration or operation of mines in designated areas. This consensual contract binds both parties to certain obligations, and its legal nature falls under the category of consensual agreements. It is noteworthy that these contracts are not subject to any specific form prescribed under the TCO.



KEYWORDS

MINING, MINE WORKER, MINING SECTOR, MINE OPERATOR'S RESPONSIBILITY, DANGER LIABILITY, ROYALTY CONTRACT.

ÖZET

Maden Hukuku anlamında sorumluluğu inceleyebilmek için öncelikle belli başlı kavramları incelemek gerekir. Bu doğrultuda ilk önce maden, madenci, maden işçisi ve maden sektörü başlıkları tek tek irdelenmelidir. Maden kavramını da gerek coğrafi gerekse hukuki açıdan farklı şekillerde tanımlamak mümkündür. Devamında madenci ve maden işçisi kavramlarının da kendi aralarında benzerlikleri ve hatta aynı şeyler olup olmadığını sorgulamak mümkündür. Sektörel açıdan dünya ve ülkemiz perspektiflerinden incelendiğinde de madenin; ekonomik açıdan önemli bir paya sahip olduğunu görmek mümkündür. Devamında, madenlerin kullanılabilmesi için elbette ki onları işleten bir kişi olması gerektiğinden, sorumluluk açısından maden işleten kavramı önem arz etmektedir. Bu açıdan maden işletme hususu bağlamında; sırasıyla işletme hakkı kazanabilmek için genel başvuru merciinin neresi olduğu, arama ruhsatının nasıl elde edildiği, bunun devamında ön işletme ruhsatı verilmesinin nasıl gerçekleştiği, ruhsat ve imtiyaz verme aşamaları ve il özel idareleri tarafından madene ilişkin verilen haklar, bu başlık altında incelenmesi gereken hususlardandır. Maden hukukuyla ilgili en önemli konulardan biri olan maden sahalarındaki hukuki sorumluluk hususunda ise maden faaliyetlerine egemen olan durumun tehlike sorumluluğu hali olduğunu söyleyebilmek mümkündür. Bu açıdan TBK m. 71'in hükmünün bu tarz bir sorumlulukta yol gösterici bir hüküm olduğunu söyleyebiliriz. Bu çalışmada da madenler açısından daha çok maden işletmesinden kaynaklanabilecek durumlar ve tehlike sorumluluğu üzerine yoğunlaşılacaktır. Maden hukuku açısından önemli olan sözleşmelerden biri olan rödovans sözleşmesi ise, maden sahalarında arama veya işletmeye ilişkin hak sahiplerinin gerçek veya tüzel üçüncü kişiler arasında maden ocağının işletmesinin devrine ilişkin anlaşmayı ifade eder. Hukuki niteliği ise tam iki tarafa borç yükleyen rızai bir sözleşmedir. Bu sözleşmeler TBK anlamında herhangi bir şekle tabi değildir.



ANAHTAR KELİMELER

MADEN, MADEN İŞÇİSİ, MADEN SEKTÖRÜ, MADEN İŞLETENİN SORUMLULUĞU, TEHLİKE SORUMLULUĞU, RÖDOVANS SÖZLEŞMESİ.

PART 9

The present study aims to meticulously examine the potential situations that may emerge from mining operations and the implications of hazard liability, specifically in the context of mines.

Bu çalışmada da madenler açısından daha çok maden işletmesinden kaynaklanabilecek durumlar ve tehlike sorumluluğu üzerine yoğunlaşılacaktır.

I. INTRODUCTION

This article presents a comprehensive analysis of one of the most vital natural resources - the mine. The exploration commences by examining the fundamental concept of a mine, followed by a comparison of the global and national approaches towards mining. The article also accentuates the critical role played by mine operators in the context of liability, including legal and hazard liability. The discussion further encompasses various topics, including the importance of royalty agreements, mining law in terms of damage claims, collusive royalty agreements and other related issues that have significant implications for mining operations. By offering a thorough examination of these topics, the article intends to provide a comprehensive conclusion that highlights the complex nature of mining and the associated legal framework.

II. MINING, MINER, THE CONCEPT MINE WORKER AND MINING INDUSTRY

A. The Concept of Mine

To gain a comprehensive understanding of the multifaceted nature of mining oper-

I. GİRİŞ

Bu makalede, en önemli doğal kaynaklardan olan madenin kavramsal olarak değerlendirilmesinin yapılmasıyla başlanarak; madene dünya ve ülkemiz açısından yaklaşımın nasıl olduğu, sorumluluk bağlamında madenin değerlendirilmesi açısından öncelikle maden işletmecisinin sorumluluğu, hukuki sorumluluk ve tehlike sorumluluğu hususları, rödovans sözleşmesi, çeşitli zarar kalemleri açısından maden hukuku, muvazaalı rödovans sözleşmesi ve rödovanslı sahalarda kaçak üretim hususlarına değinilerek bir sonuca varılacaktır.

II. MADEN, MADENCİ, MADEN İŞÇİSİ KAVRAMI VE MADEN SEKTÖRÜ

A. Maden Kavramı

İlk olarak maden kavramını inceleyerek başlamak gerekirse; tanım olarak "çeşitli iç



ations, it is crucial to begin with a strong definition of the term "mineral." Scientifically, minerals and fossils are formed over centuries due to various internal and external factors, and their extraction can have significant economic and commercial value¹. However, to establish a legal framework for mining operations, a definition that is consistent with the law is necessary. If the Mining Law² is examined for the definition of the concept; Article 2 provides a definition that clearly outlines minerals as, "All kinds of substances found naturally in the earth's crust and water resources, other than oil, natural gas, geothermal and water resources, which have economic and commercial value, are mines according to this Law." Article 3 titled "Definitions" in the same Law, the concept of resource; "in the earth's crust or in its depths; we see it as defined as solid, liquid and gas accumulations that will meet possible economic expectations in terms of form, quality and quantity". Once the definition of a mine is established, it becomes evident that there are two primary systems used globally to classify mines³. These are the counting system and the identification system. In the first system, the scope of minerals is limited and listed explicitly in the law, leaving no room for interpretation. However, the second system takes a broader approach and establishes a definition

ve dış etkenlerle, yüzyıllardır süren yeryüzü hareketleri ve döngü sonucunda, yerka- buğunun farklı katmanlarında oluşan fosil ve mineraller"¹ diyebilmek mümkündür. Kavramın tanımı için Maden Kanunu² incelenecek olursa; m. 2'de "Yer kabuğunda ve su kaynaklarında tabii olarak bulunan, ekonomik ve ticari değeri olan petrol, doğal gaz, jeotermal ve su kaynakları dışında kalan her türlü madde bu Kanuna göre madendir." şeklinde bir tanım görmek mümkündür. Aynı Kanun'da "Tanımlar" başlıklı m. 3'te ise kaynak kavramını; "yerka- buğunda veya derinliklerinde; biçim, nitelik ve nicelik olarak muhtemel ekonomik beklentileri karşılayacak katı, sıvı ve gaz birikimleri" şeklinde tanımlanmış olarak görürüz. Maden kavramını tanımladıktan sonra, dünyada madenlerin belirlenmesi açısından başlıca iki sistemin mevcut olduğunu söyleyebiliriz³. Bunlar sayma sistemi ve tanımlama sistemidir. İlkinde, maden sayılan ürünler kanunda sınırlı bir şekilde sayılmıştır ve bu şekilde tespit edilirler. İkinci sistem olan tanımlama sisteminde ise; madenin tanımı yapılır ve bu tanıma girenler maden sayılırken, tanıma uymayanlar maden sayılmazlar.

Maden kavramına hukuki açıdan bir tanımlama getirecek olursak; maden hukukunu "madenlerin ve taş ocaklarının zilyetliğine, mülkiyetine, bunların bulunması, açılması

FOOTNOTE

¹ Ece Nur Kesemen, Türk Hukukunda Maden İşletenin Hukuki Sorumluluğu (Maden İşletenin Sorumluluğu, Afyon Kocatepe University, Institute of Social Sciences, Department of Private Law, Master Thesis, Afyonkarahisar 2019, p. 55

² Mining Law No. 3213, Articles 2 and 3. 15.06.1985, Official Gazette No. 18785 (Official Gazette).

³ Tuğba Yavuz Marım, Madenlerin İşletilmesi ve Rödovans Sözleşmesi (Madenlerin İşletilmesi), Ankara University Institute of Social Sciences Department of Private Law, Master Thesis, Ankara 2021 p. 4.

DİPNOT

¹ Ece Nur Kesemen, Türk Hukukunda Maden İşletenin Hukuki Sorumluluğu (Maden İşletenin Sorumluluğu), Afyon Kocatepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuku Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Afyonkarahisar 2019, s. 5.

² 3213 sayılı Maden Kanunu m. 2 ve 3. 15.06.1985, 18785 sayılı Resmi Gazete (RG).

³ Tuğba Yavuz Marım, Madenlerin İşletilmesi ve Rödovans Sözleşmesi (Madenlerin İşletilmesi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2021 s. 4.

PART 9

for minerals. This definition is used to determine whether a product falls within the scope of the law as a mineral or not. Adopting the second approach allows for greater flexibility in defining minerals, and may help to ensure that no valuable minerals are left unregulated. Therefore, it is important to carefully consider which system is most appropriate for a particular jurisdiction in order to promote responsible and sustainable mining practices.

In legal terms, mining law can be defined as *"The body of law that governs the rules and regulations related to the possession, ownership, discovery, opening, and exploitation of mines and quarries, as well as the underlying principles that guide such activities"*⁴.

B. The Concepts of Miner and Mine Worker

Following the elucidation of the notion of mine, an examination of the concepts of miner and mine worker is imperative. While the legislation does not provide a specific definition of this occupational group, it can be construed that miners and mine workers refer to the workforce engaged in the extraction of mines and the subsequent processing. Notably, the mining sector is associated with various hazards and potential perils that may arise due to the nature of the profession, which primarily entails working underground. Throughout history and in modern times, numerous countries, including our own, have experienced devastating mining accidents resulting in significant loss

*ile işletilmesine ilişkin kanun ve diğer mevzuat hükümlerini, bunların dayandığı esasları düzenleyen hukuk dalı"*⁴ olarak açıklamak mümkündür.

B. Madenci ve Maden İşçisi Kavramları

Madene dair açıklamalar yapıldıktan sonra, madenci ve maden işçisi kavramlarını irdelemek gerekirse; öncelikle Kanun'da direkt olarak bu iş grubunun tanımı bulunmamasıyla birlikte, madenci ve maden işçilerinin madenin çıkarılmaktan başlayarak işlenme ve devam eden prosedürlerde yer alan insan gücü olduğunu söylemek mümkündür. Bu iş alanının en öne çıkan yönlerinden biri, bu mesleğin faaliyet alanı, diğer bir deyişle işyeri yeraltı olduğundan, içinde barındırdığı tehlikelilik unsuru ve yaşanabilecek olası kazalardır. Tarihe ve hatta günümüze bakıldığında dünyanın pek çok ülkesinde ve ülkemizde, yüksek can kaybı ve yaralanmaların gerçekleştiği maden kazalarını görebilmek müm-



FOOTNOTE

⁴ Serap Telli, *İdare Hukuku ve Uluslararası Hukuk Açısından Madenler* (Madenler), Ankara 1989 p. 69.

⁵ Dictionary of Turkish Language Institution <https://sozluk.gov.tr/> (Date of access, 23.10.2022).

of life and injury. The physically demanding and hazardous nature of mining work means that it is primarily performed by men. The forthcoming sections of this study will examine the topic of liability in the context of mining enterprises.

It has been previously noted that the Law does not provide explicit definitions of the terms "miner" and "mine worker". Before exploring how these concepts can be defined based on the Law's provisions, it is necessary to address whether there is a distinction between these terms and, if so, what that distinction might be. Dictionary of the Turkish Language Institution⁵ provides two definitions for "miner": one who operates a mine and a laborer who works in a mine. Therefore, it can be inferred that the term "miner" encompasses both the operator and the worker within a mine. Finally, if we need to take a look at the definitions related to our subject in the Mining Law Article 3, while mining operations are defined as *"preparatory work for production and activities for production"*; mining activities are defined as *"all activities related to exploration of minerals, preparation for production, production, shipment, ore preparation and enrichment, disposal of wastes, storage/to store operations in the license area, closure of mining operations and bringing them into harmony with the environment and the construction of temporary facilities for these activities"*. A definition was introduced as *"construction of facilities"*. In the light of these definitions, it is possible to see the scope of work of a miner in general terms.

C. Mining Industry

In terms of sectoral analysis of the mining industry, it's important to recognize that mineral resources can be a crucial factor in driving economic growth and development for nations that have the ability to harness their natural resources effectively. Given its capacity to create high-value products and generate employment, the mining industry has the potential to deter urban migration and spur regional development, particularly since it tends to be located near rural areas. The mining sector is a vital component of global economic development, and its impact can be seen in many countries worldwide, including our own. The United States, China, South Africa, Canada, Aus-

kündür. Dolayısıyla gerektirdiği beden gücü ve dayanıklılığında otürü, maden işçisi olarak çok büyük çoğunlukla erkekleri görmekteyiz. Bu çalışmanın ilerleyen kısımlarında, maden işletmeleri bağlamında sorumluluk hususu irdelenecektir.

Kanun'da doğrudan madenci ve maden işçisi kavramlarını açıklayan maddeler olmadığı yukarıda belirtilmişti. Bu kavramların içeriğinin Kanun'da yer alan tanımlamalarla nasıl doldurulabileceğini irdelemeden önce, bahsi geçen kavramlar (madenci-maden işçisi) arasında bir fark olup olmadığı, varsa nasıl bir fark olduğunu tartışmak gerekirse; şöyle ki Türk Dil Kurumu Sözlüğünde⁵ madenci kelimesinin ne anlama geldiği araştırıldığında iki tanımla karşılaşılmaktadır. Bunlar: *"maden işleten kimse"* ve *"maden ocaklarında çalışan işçi"*dir. Dolayısıyla burada madenci kavramından, o madeni işleten kişi anlamı çıkarılabileceği gibi, o madende çalışan işçi anlamını da çıkarmak mümkündür. Nihayet, Kanun'da yer alan konumuzla ilişkili tanımlara göz atmak gerekirse, *"Tanımlar"* başlıklı m. 3'te maden işletme faaliyetleri, *"üretim yönelik hazırlık çalışmaları ve üretim için yapılan faaliyetler"* olarak tanımlanmışken; madencilik faaliyetlerinin ise, *"madenlerin aranması, üretime yönelik hazırlık çalışmaları, üretilmesi, sevkiyatı, cevher hazırlama ve zenginleştirme, atıkların bertarafı, ruhsat sahasındaki stoklama/depolama işlemleri, maden işletmelerinin kapatılması ve çevre ile uyumlu hale getirilmesi ile ilgili tüm faaliyetler ve bu faaliyetlere yönelik geçici tesislerin yapılması"* şeklinde bir tanım getirilmiştir. Bu tanımlar ışığında bir madencinin iş kapsamının neler olduğunu genel hatlarıyla görmek mümkündür.

C. Maden Sektörü

Maden alanını, sektörel anlamda incelemek gerekirse; ilk olarak, doğal kaynaklarını etkili bir şekilde değerlendirebilen ülkeler açısından maden kaynağının ekonomik olarak kalkınma ve gelişmede önemli etkenlerden biri olduğunu söylemek mümkündür. Yüksek katma değeri ve yarattığı istihdam kapasitesiyle madencilik sektörü, çoğunlukla kırsal bölgelere yakın yerlerde gerçekleştiğinden kente göçü önlemekte ve bölgesel kalkınmayı da hızlandırmaktadır. Bu sektörün dünyadaki ve ülkemizdeki yansımalarını inceleyecek olursak; ilk olarak dünya bazında maden sektöründeki faaliyetleriyle ön plana çıkmış başlıca ülkeler ABD, Çin, Güney Afrika, Kanada, Avustralya ve Rusya olarak

DİPNOT

⁴ Serap Telli, *İdare Hukuku ve Uluslararası Hukuk Açısından Madenler* (Madenler), Ankara 1989 s. 69.

⁵ Türk Dil Kurumu Sözlüğü <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi, 23.10.2022).

PART 9

tralia, and Russia are the leading countries that have established themselves as major players in the mining industry. Alongside these nations, countries like Saudi Arabia, Kuwait, Iran, and the Turkic Republics boast significant reserves in the petroleum sector, which, although not technically a mineral, is an essential energy source for many countries. The extraction and utilization of these natural resources not only add significant value to a nation's economy but also have the potential to create job opportunities, especially in rural areas, and stimulate regional development. It is clear that the mining sector plays a crucial role in the growth and development of countries that have the potential to utilize their natural resources effectively. In the global trade market, crude oil, non-ferrous metals, and industrial minerals hold a significant position among the mining products. Recent statistics indicate a shift in demand towards advanced ceramic materials, plastic, and polymer-based materials, while there is a decrease in the use of traditional metals such as steel, copper, lead, and tin. The mining industry's contribution to the US economy is remarkable, with a total production value of 27.6 billion dollars and a total added value of 2.28 trillion dollars, making it a significant driver of the country's economic growth. As such, the mining sector plays a crucial role in shaping the future of the global economy. In the Canadian mining industry, which is highly prominent in the global market, the total production value amounted to approximately USD 45.3 billion as of 2009. Furthermore, the tax revenue generated by this sector in Canada reaches approximately USD 13.5 billion annually, indicative of the sector's economic significance. Moreover, the United States, Canada, and Australia stand out as countries that allocate the highest budgets for mineral exploration activities, further underscoring the vital role that mining plays in the global economy. It should be noted that prices in the mining sector, like in any other industry, are largely influenced by supply and demand dynamics. The mining industry has undergone an extraordinary expansion on a worldwide scale since 2001, with exceptional growth in nations like China, Brazil, and India, where economic prosperity has been substantial. Despite the adverse effects of the economic downturn in late 2008, the mining sector has made an astonishing resurgence, spurred on by favorable developments in the global economy and a surge in demand in the subsequent years.

belirtmek mümkündür. Bu ülkelerin yanında; maden grubuna girmeyen bir enerji türü olarak petrol sektöründe ise Suudi Arabistan, Kuveyt, İran, Rusya ve Türk Cumhuriyetleri sahip oldukları önemli rezervlerle bilinmektedir. Madencilik ürünlerinden ihracat bazında ham petrol, demir dışı metaller ve endüstriyel minerallerin dünya ticaretinde önemli bir payı mevcuttur. İstatistikler incelendiğinde; çelik, bakır, kurşun ve kalay gibi metallerin kullanımında bir azalma mevcutken, ileri seramik malzemeleri, plastik ve polimer kökenli malzemelerin kullanımının ise git gide yaygınlaştığı gözlemlenmektedir. Şu an dünyada ekonomik olarak en güçlü ülkelerden biri olan ABD ekonomisi incelendiğinde, maden sanayisine dayalı üretimin değerinin toplamda 27,6 milyar dolar ve ABD ekonomisine yaptığı toplam katma değer ise 2,28 trilyon dolara ulaştığı kaydedilmektedir. Maden sektörüyle ön plana çıkan diğer bir ülke olan Kanada'da ise madencilik dayalı toplam üretim değeri 2009 yılı verilerine göre 45,3 milyar dolar civarında ve bu sektörden elde edilen vergi geliri ise yıllık 13,5 milyar dolar civarındadır. Bu verilere paralel olarak, maden arama faaliyetlerine en çok bütçe ayıran ülkelerin başında da yine ABD, Kanada ve Avustralya gelmektedir. Her sektörde olduğu gibi, maden sektöründe de fiyatlar arz ve talebe göre şekillenmektedir. 2001 yılından beri özellikle Çin, Brezilya ve Hindistan gibi ekonomik açıdan büyüme sürecinde olan ülkelerde maden sektörüne olan yüksek talep, küresel bazda da madencilik sektörünün hızlı gelişiminde büyük bir etki sahibi olmuştur. Tüm bu gelişmelerin yanında 2008 yılı sonlarına doğru kendini gösteren ekonomik krizin beraberinde getirdiği olumsuz etkilere rağmen, sonrasındaki yıllarda dünya ekonomisindeki ileriye doğru gelişmeler ve talebin artmasıyla orantılı olarak maden sektörü de kendi içinde bir düzelmeye girmiştir.

Maden sektörünü Türkiye açısından irdeleyecek olursak; bilindiği üzere ülkemiz coğrafi açıdan jeolojik ve tektonik yapı özellikleri gereği pek çok maden yatağına sahiptir. Verilere göre tüm dünyada toplamda 90 farklı çeşitte maden üretimi yapılmaktayken, bu sayı ülkemizde 60'tır. Türkiye; endüstriyel ham maddeler başta olmak üzere, çeşitli metalik madenler, linyit ve jeotermal kaynaklar gibi enerji ham maddeleri açısından zengin bir ülkedir. Ülkemizin kaynaklar açısından zengin olduğu madenlerin başında bilindiği üzere, dünya rezervlerinin %72'si oranında bor minerallerine sahiptir. Sayısal verileri

By analyzing Türkiye's mining industry, it becomes evident that our nation possesses a multitude of mineral deposits, thanks to its distinctive geological and tectonic characteristics. Comparatively, while the global production of 90 diverse types of mines is notable, it pales in comparison to our country's output of 60. Türkiye boasts an abundance of raw materials for energy production, including industrial and metallic minerals, lignite, and geothermal resources. Notably, our country stands out for its remarkable reserves of boron minerals, owning an astonishing 72% of the global total. It is widely acknowledged that Türkiye's resource wealth is one of the richest in the world. When we examine the numerical data, it can be observed that Türkiye's export of mineral sector goods increased by 24% to reach 4.7 billion USD in 2017, in comparison to the previous year. For the year 2018, the overall export target for Türkiye is set at 170 billion USD, with the mineral sector aiming for a 20-25% increase compared to 2017, reaching 6 billion USD. In order to achieve the ambitious target of 15 billion USD by the year 2023, a growth rate of 20-25% is required⁶.

III. MINING LAW TRENDS IN THE WORLD AND IN TURKEY

To gain a broader understanding of global and Turkish mining law, it is important to recognize that mineral resources are not the only focus in today's world. Rather, there has been an incredible upsurge in sustainable development efforts that impact all aspects

incelemek gerekirse; Türkiye'nin 2017 yılında maden sektörüne ait ihracatı 2016 yılına kıyasla %24 artış göstermiş ve 4,7 Milyar USD'ye ulaşmıştır. 2018 yılı Türkiye ihracat hedefi 170 Milyar Dolar, maden sektörü hedefi ise 2017 yılına göre %20-25 artış ile 6 Milyar Dolardır. 2023 yılı için ise hedef 15 Milyar USD'dir ve buna ulaşabilmek için %20-25 bir artış sağlanması gerekmektedir⁶.

III. DÜNYA'DA VE TÜRKİYE'DE MADEN HUKUKU EĞİLİMLERİ

Maden hukukuna dünya ve Türkiye perspektifinden yaklaşımın ne şekilde olduğunu genel hatlarıyla incelemek gerekirse; öncelikle maden kaynaklarına dünyanın son zamanlardaki bakış açısı, sadece maden alanıyla sınırlı olmamakla birlikte, diğer bir deyişle



FOOTNOTE

⁶ Dünyada ve Türkiye'de Madencilik Sektörü https://www.corlutso.org.tr/uploads/docs/dunyada_ve_turkiyede_madencilik_sektoru.pdf (Date of access, 23.10.2022), p. 3.

DİPNOT

⁶ Dünyada ve Türkiye'de Madencilik Sektörü https://www.corlutso.org.tr/uploads/docs/dunyada_ve_turkiyede_madencilik_sektoru.pdf (Erişim tarihi, 23.10.2022), s. 3.

PART 9

of countries' industrial and commercial sectors. The world has undergone a significant shift in its approach towards mineral resources, with a focus on sustainability and environmentally responsible practices. This perspective is not only limited to mining, but is evident across a multitude of fields. Therefore, it is crucial to consider the wider context when examining mining law from a global and Turkish perspective⁷. As a general explanation of the concept of sustainable development; *"The basic philosophy of sustainable development is to evaluate the interaction of the economic and social structure and the environment in a holistic way and to ensure that present and future generations benefit from the opportunities brought by development in an equitable way"*⁸ can be given.

The world is reaching a critical tipping point in environmental protection and sustainable development, and countries must act to ensure that economic growth is achieved without compromising the health of the planet. As a result, there has been a notable shift in attitudes towards sustainable development in the mining sector, with many companies implementing codes of conduct that emphasize environmentally responsible practices. To remain competitive and future-proof, it is imperative for the mining industry to embrace sustainable development, which not only ensures the preservation of our planet, but also leads to a stronger and more prosperous economy in the long run. Thus, it is imperative for all players in the mining sector to embrace sustainable development and work towards achieving a balance between economic growth and environmental protection⁹. The principles governing the mining sector are closely aligned with initiatives like the Mining, Minerals, and Sustainable Development (MMSD) Project, which is being spearheaded by international organizations including the United Nations and the World Bank. It is arguable that countries are becoming more cognizant of the ecosystem, leading to a shift in their policies towards a greater reverence for the environment and climate, while considering the utilization of natural resources. One such approach is exemplified by the World Commission on Environment and Development's (WCED) report: *"development that meets the needs of the present without compromising the ability of the next generation to meet their own needs"*.

ülkelerin sanayi ve ticaret sahalarına temas eden hemen her alanda son yıllarda hızlı bir ivme kazanan sürdürülebilir kalkınma hareketini görmek mümkündür⁷. Sürdürülebilir kalkınma kavramına dair genel hatlarıyla bir açıklama olarak; *"ekonomik ve sosyal yapı ile çevre etkileşiminin bütüncül bir şekilde değerlendirilerek bugünkü ve gelecekteki nesillerin kalkınmanın getirdiği fırsatlardan hakkaniyetli bir şekilde yararlanmasının sağlanması, sürdürülebilir kalkınmanın temel felsefesini oluşturmaktadır."*⁸ verilebilir.

Dolayısıyla şunu söyleyebilmek mümkündür ki; ülkelerin, çevreyi koruma ve çevreye verilen zararını minimize etme yönündeki bilinçleri geliştikçe, buna paralel olarak ekonomik kalkınmaya ve bunu sürdürülebilir hale getirmeye yönelik tutumları da değişmektedir. Madencilik sektörüyle ilgili birçok firma bu dönüşümü kolaylaştırmak ve yerleştirmek için tavsiye kuralları (codes of conduct) oluşturmuşlardır⁹. Bu kurallar Birleşmiş Milletler ve Dünya Bankası gibi çok uluslu kuruluşlar tarafından geliştirilmeye çalışılan MMSD (Mining, Minerals and Sustainable Development Project) projesi gibi çalışmalarla paralellik göstermektedir. Bu bağlamda söyleyebilmek mümkündür ki ülkelerin ekosisteme dair farkındalıklarının artmasıyla birlikte, politikaları da çevreye ve iklime saygılı ve doğal kaynakları da bu prensipleri göz önünde bulundurarak değerlendirme eğilimine kaymaktadır. Bu yaklaşımın örneğini de WCED raporunda; *"bugünün ihtiyaçlarını gelecek neslin kendi ihtiyaçlarını karşılama olanaklarını tehlikeye atmadan karşılayan kalkınma"* şeklinde görmek mümkündür.

FOOTNOTE

⁷ Mustafa Topaloğlu, Dünyada Maden Hukukuyla İlgili Yeni Yaklaşımlar ve Bu Bağlamda Türk Maden Hukukunun Gelişimi (Maden Hukukuyla İlgili Yeni Yaklaşımlar), p. 1563.

⁸ Sürdürülebilir Kalkınma Hakkında Temel Bilgiler <http://www.surdurulebilir-kalkinma.gov.tr/temel-tanimlar/> (Date of access, 23.10.2022).

⁹ Topaloğlu, Maden Hukukuyla İlgili Yeni Yaklaşımlar, p. 1565'den from Dalupan, M.C.G., Mining and Sustainable Development: Insights from International Law, in: International and Comparative Mineral Law and Policy - Trends and Prospects, Kluwer Law International, The Hague 2005, p.151.

¹⁰ Regulation on the Implementation of the Mining Law, 22.08.1985, Official Gazette No. 18850.

¹¹ Demet Özdamar, "Maden Hakkının Verilmesi ve Bu Hakkın Devri" (Maden Hakkı), A Gift to Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce, İzmir, 2001, p. 119.

IV. THE CONCEPT OF MINE OPERATOR IN TERMS OF RIGHTS ON MINES

Upon reviewing the rights afforded to individuals who operate a mine, it should be emphasized that mining rights encompass various stages including the issuance of exploration, pre-operation, and operation licenses. Additionally, it should be noted that transferring this right is subject to specific provisions as set forth in the Mining Law No. 3213 and the accompanying Regulation for its implementation¹⁰. These legal frameworks provide a comprehensive set of guidelines for the granting and transfer of mining rights, ensuring that all activities related to the extraction of mineral resources are carried out in a lawful and transparent manner¹¹. The rights related to mining, such as the exploration, pre-operation, and operation licenses, as well as the right to discovery, can be transferred to real or legal entities that possess the necessary qualifications to exercise the rights outlined in Article 6 of the Mining Law, which pertains to "mining capacity," provided that there are "no legal obstacles". According to Article 6/2 of the Mining Law, the principle of indivisibility of the mining right dictates that the mining right can only be granted to a single natural or legal person. This provision ensures that the mining rights are granted in a manner that is consistent with the Mining Law and that the individual or entity receiving the rights is capable of carrying out the necessary mining activities.



IV. MADENLER ÜZERİNDEKİ HAKLAR BAKIMINDAN MADEN İŞLETEN KAVRAMI

Maden işleten kişinin, bu faaliyeti dolayısıyla madenler üzerinde ne gibi haklara sahip olduğunu irdeleyecek olursak; öncelikle belirtmek gerekir ki maden hakkı kendi içinde arama, ön işletme ve işletme ruhsatlarının verilmesi aşamalarını barındırır ve bu hakkın devri işlemleri 3213 sayılı Maden Kanunu ve bunun Uygulanmasına Dair Yönetmelik¹⁰'te özel hükümlere tâbi tutulmuştur¹¹. Yukarıda bahsedilen (arama ruhsatı, ön işletme ruhsatı, işletme ruhsatı) ve buluculuk hakkı gibi, kısacası tüm maden hakları, Maden Dairesi Başkanı tarafından, "kanuni sakınca" görülmediği takdirde Maden Kanunu'nu m. 6'da belirtilen haklarını kullanma kabiliyetini haiz, yani "maden ehliyeti"ne sahip gerçek veya tüzel kişilere devir edilebilir. Maden Kanunu m. 6/2'de, maden hakkının bölünmemesi ilkesinin doğal bir sonucu olarak, maden hakkının tek bir gerçek veya tüzel kişiye verilebileceği görülmektedir.

DİPNOT

⁷ Mustafa Topaloğlu, Dünyada Maden Hukukuyla İlgili Yeni Yaklaşımlar ve Bu Bağlamda Türk Maden Hukukunun Gelişimi (Maden Hukukuyla İlgili Yeni Yaklaşımlar), s. 1563.

⁸ Sürdürülebilir Kalkınma Hakkında Temel Bilgiler <http://www.surdurulebilir-kalkinma.gov.tr/temel-tanimlar/> (Erişim tarihi, 23.10.2022).

⁹ Topaloğlu, Maden Hukukuyla İlgili Yeni Yaklaşımlar, s. 1565'den naklen.

¹⁰ Maden Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik, 22.08.1985, 18850 sayılı Resmi Gazete.

¹¹ Demet Özdamar, "Maden Hakkının Verilmesi ve Bu Hakkın Devri" (Maden Hakkı), Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir, 2001, s. 119.

A. General Application Authority

To explain the process of obtaining mining rights, it is important to discuss the entity responsible for granting these rights. In general, it can be stated that the authorization for exploration, pre-operation, and operation licenses is considered an "administrative permit" from a legal perspective. The right to obtain these licenses is similar to the right of ownership and is considered a right in rem, as established by the Supreme Court of Cassation¹². As previously mentioned, the grant of mining rights is deemed an administrative act, therefore any disputes arising from it fall under the jurisdiction of administrative judicial review. In exchange for a certain fee, the private individual who acquires these rights is entitled to operate the mine solely for their own benefit. This represents a significant responsibility, as the exploitation of natural resources must be carried out in a responsible and sustainable manner to ensure the long-term health of the environment and the community.

B. Granting an Exploration License

If we examine the process of obtaining the exploitation right, the next stage is the granting of an exploration license. According to Article 3 of the Mining Law, an "exploration license" is an official permit to conduct mineral exploration activities in a designated area. As stipulated in Article 17 of the Mining Law, the power to issue this license lies with the Mining Department and may be issued for a maximum duration of 30 months.

C. Granting of Preliminary Operating License

After the exploration phase, the next step in obtaining the exploitation right is to secure a "pre-operating license", which is an authorization certificate granted for a maximum of three years. The pre-operating license allows for the continuity of mining activities and the preparation for the operation phase, including any additional research that may be necessary. It is governed by Article 19 of the Mining Law and serves as an essential link between the exploration and operation phases of mining operations, providing a clear regulatory framework to ensure compliance with legal requirements¹³.

A. Genel Başvuru Mercii

Maden haklarının verilmesi aşamalarını açıklamak gerekirse; ilk olarak genel başvuru merciinden bahsetmek gerekir. Bu doğrultuda; arama, ön işletme ve işletme ruhsatlarının verilmesinin hukuki açıdan bir "idari izin" olduğunu söylemek mümkündür. Yargıtay, bu hakkın tıpkı mülkiyet hakkı gibi bir aynı hak olduğunu içtihat etmiştir¹². Belirtildiği üzere bu hakkın verilme niteliği bir idari işlem olarak nitelendirildiğinden, ortaya çıkan uyuşmazlıklar da idari yargı denetimine tâbidir. Belli bir harç ödenmesinin sonucunda bu hakkı elde eden özel kişi, madeni kendi yararına işletme hakkını elde eder.

B. Arama Ruhsatı Verilmesi

İşletme hakkının elde edilme sürecinin devamındaki aşama, arama ruhsatının verilmesidir. Maden Kanunu m. 3'e göre "arama ruhsatı"; belirli bir alanda maden arama faaliyetlerinde bulunabilmesi için verilen yetki belgesidir. Bahsi geçen bu ruhsatı verme yetkisi, Maden Kanunu m. 17'de belirtildiği üzere Maden Dairesindedir ve en fazla 30 ay süre için verilmesi mümkündür.

C. Ön İşletme Ruhsatı Verilmesi

Arama ruhsatının verilmesini, ön işletme ruhsatı verilmesi aşaması takip eder. "Ön işletme ruhsatı"; arama safhasından sonra işletme dönemine hazırlık ve gerek duyulabilecek diğer araştırmaların yapılabilmesini sağlamak için, azami üç yıl süre ile faaliyetlerin devamlılığı amacı ile verilen yetki belgesidir. Ön işletme ruhsatı, Maden Kanunu m. 19'da düzenlenmiş olup, eski Maden Kanunu'nda yer almayan bir düzenlemedir ve maden işletmesi prosedüründe arama aşamasından sonra ve işletme safhasına geçmeden önceki dönemi düzenler¹³.

To secure a pre-operating license, the holder of an exploration license must submit a preliminary operation project to the Mining Department and formally request the license at the end of the exploration license period or during the exploration stage (Regulation Article 9). Once the requisite formalities have been completed, a pre-operating license is issued for a duration of three years, as mandated by Article 20 of the Mining Law.

D. Granting an Operating License

To conduct mining activities, an "operation license" is required, which is a legal certificate of authorization (Mining Law Article 3). Pursuant to the Mining Law No. 3213 and the Regulation on its Implementation Article 12, the license holder is required to apply to the Mining Department for an operating license by the end of the exploration or pre-operation license period (Article 24). By complying with this process, the right to an operation license is granted¹⁴.

E. Granting an Operating Concession

The Mining Law No. 3213 has introduced significant changes to the previous mining laws, including the exclusion of "operating concession" from the provisions. However, the provisional Articles 2 and 3 of the Law make it clear that any existing operating concessions, exploration and operating licenses on the date of the law's entry into force will continue to be valid in accordance with the provisions of the Law No. 3213, but only for the minerals for which they were granted by the Law No. 6309. This demonstrates a clear intention to regulate and control the mining industry by ensuring that all existing mining activities are subject to the new law's provisions, including those that were previously granted under different laws¹⁵.

F. Rights Granted by Special Provincial Administrations

Finally, to mention the rights granted by special provincial administrations, "the stones which are not capable of being cut and polished; rough construction or road construction works are excluded from the Mining Law (Article 2/3 of the Mining Law No. 3213) These are subject to the Quarries Regulations"¹⁶. Notwithstanding the foregoing,

Ön işletme ruhsatı alabilmek için, arama ruhsatı sahibinin, arama ruhsatı süresi sonunda veya arama ruhsatı safhasında, Maden Dairesi'ne ön işletme projesi vererek talepte bulunması gerekir (Yön.m.9). İşlemlerin tamamlanması halinde 3 yıl için ön işletme ruhsatı verilir (Mad.K.m.20).

D. İşletme Ruhsatı Verilmesi

"İşletme ruhsatı"; işletme faaliyetlerinin yürütülebilmesi için verilen yetki belgesidir. (Mad. K. m.3). 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 24. Maddesi ve bunun uygulanmasına dair Yönetmelik m. 12'de öngörülen usul uyarınca; ruhsat sahibinin, arama veya ön işletme ruhsatı sonuna kadar Maden Dairesi'ne başvurarak, işletme ruhsatı talebinde bulunması gerekir. Böylece, işletme ruhsatı hakkı doğar¹⁴.

E. İşletme İmtiyazı Verilmesi

Güncel yani 3213 sayılı Maden Kanunu, eski Maden Kanunlarının aksine "işletme imtiyazı"na yer vermemektedir. Ancak, Kanun'da geçici m. 2 ve 3'te bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan arama ve işletme ruhsatları gibi işletme imtiyazlarının da 6309 sayılı Kanun ile hangi maden için verilmişse, yalnız o madenlere ait olmak üzere kaldıkları yerden 3213 sayılı Kanun hükümlerine göre devam edeceğini hükme bağlamaktadır¹⁵.

F. İl Özel İdareleri Tarafından Verilen Haklar

Son olarak, il özel idareleri tarafından verilen haklardan bahsetmek gerekirse, "kesilip parlatılabilmeye özelliği taşımayan; kaba inşaat veya yol yapımı vs. işlerde kullanılan taşlar, Maden Kanunu dışındadır (3213 sayılı Maden Kanunu m. 2/3) Bunlar Taşocakları Nizamnamesi'ne¹⁶ tâbidir". Ancak, yürürlükte olan taşocağı ruhsatı sahasında işletmeye elveriş-

FOOTNOTE

¹² Supreme Court Jurisprudence Unification Decision, T. 04.05.1966., E.1996/6, K.1966/4.

¹³ Telli, Madenler, p. 69.

¹⁴ Telli, Madenler p. 107.

¹⁵ Telli, Madenler p. 110.

¹⁶ Quarries Regulation dated 6 June 1317, 1st Order Code C. 7, p. 49.

DİPNOT

¹² Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, T.04.05.1966., E.1996/6, K.1966/4.

¹³ Telli, Madenler, s. 69.

¹⁴ Telli, Madenler s. 107.

¹⁵ Telli, Madenler s. 110.

¹⁶ 6 Haziran 1317 tarihli Taşocakları Nizamnamesi, 1. Tertip Düstur C. 7, s. 49.

PART 9

in the event that the license holder provides certification indicating that the material in question is suitable for use in the industry or for export, and considering its reserve status, the substance may be incorporated within the scope of the Mining Law. However, such inclusion shall be subject to the proposal of the Ministry of Energy and Natural Resources and approval by the Council of Ministers (Mining Law Article. 2/3). Therefore, in this context; if a person operates a quarry for his own needs in his own possession or on the land he owns, he does not need to get permission from the state (Quarries Regulations Article 3). However, if he is going to open and operate the quarry for commercial purposes, then the owner or the tenant must apply to the special provincial administration with a petition and get permission (Quarries Regulations Article 4).

V. MINE OPERATOR'S RESPONSIBILITY

As previously mentioned, mining operations involve a variety of inherent risks, which in turn entail various responsibilities for the mine operator. These responsibilities can be traced to a number of legal sources, including but not limited to the Mining Law, the Criminal Code, the Code of Obligations, and the Labour Law. The legal and practical aspects of mining sites are regulated by a combination of laws, such as the Mining Law No. 6309, the Public Hygiene Law No. 1593, and the Labour Law No. 3008. Once again, the General Hygiene Law and Labour Law No. 3008 contain provisions pertaining to occupational health and safety. Additionally, the 1953 by-law concerning safety measures in mining operations mandates that any incidents of accidents, fire, explosion, or cave-ins that occur in the quarry must be promptly reported to the relevant ministry. It also requires that machinery be maintained in proper working order to ensure the health and safety of workers, and that all necessary clothing and protective gear be provided for worker protection. Furthermore, it is required that personnel who identify potential hazards take necessary precautions and report the situation to the authorities. In case of danger, workers must be safely evacuated from the quarry, and they must be trained on all entry and exit points¹⁷.

During mineral exploration activities, it is necessary to drill wells and galleries on the land to determine the reserve and establish

li olan maddenin rezerv durumu da dikkate alınarak sanayinin hammaddesi veya ihraç konusu olduğunun, ruhsat sahibince belgelenmesi halinde bu madde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın teklifi ve Bakanlar Kurulu kararı ile Maden Kanunu kapsamına alınabilir (Maden Kanunu m. 2/3). Dolayısıyla bu bağlamda belirtmek gerekirse; bir kimse kendi tasarrufu altında veya sahibi olduğu arazide kendi ihtiyacı için taşocağı işletirse, bunun için devletten izin almasına gerek yoktur (Taşocakları Nizamnamesi, m. 3). Ancak, taşocağını ticari bir amaçla açıp işletecekse, bu durumda malik veya kiracının il özel idaresine dilekçe ile başvurup izin almak zorundadır. (Taş.N. m.4).

V. MADEN İŞLETENİN SORUMLULUĞU

Maden işletenin sorumluluğu hususunu inceleyecek olursak; ilk başta belirtildiği üzere, bu faaliyet alanı doğası gereği içinde pek çok riski barındırdığından, türlü sorumlulukları da beraberinde getirmektedir. Bu sorumluluğun mevzuat anlamında kaynaklarını; başta Maden Kanunu olmak üzere Ceza Kanunu, Borçlar Kanunu ve İş Kanunu gibi çeşitli kanunlarda görmek mümkündür. Maden iş yerlerinin hukuki ve fiili durumları, 6309 sayılı Maden Kanunu'nda, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda ve 3008 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmiştir. Yine Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda ve 3008 sayılı İş Kanunu'nda, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili tedbirlerin alınması öngörülmüştür. Bu konuyla alakalı olarak 1953 tarihinde maden işletmelerinde alınacak olan emniyet tedbirleri ile alakalı tüzükte; ocakta oluşacak herhangi bir kaza, yangın, patlama ve göçük durumunun ilgili bakanlığa bildirilmesi, işçilerin sağlığı ve güvenliği için makinelerin arızasız ve çalışır vaziyette tutulması, işçinin korunması için gerekli tüm giyim ve koruyucu malzeme sağlanması, tehlike gören personelin önlem alınması ve yetkililere haber vermesi, tehlike anında işçilerin ocağın güvenli şekilde çıkarılması ve işçilere tüm giriş ve çıkışların öğretilmesi düzenlenmiştir¹⁷.

Maden arama faaliyetleri esnasında meydana gelen zararlar hususuna değinmek gerekirse; bu faaliyetlerin gerçekleştirildiği esnada üzerinde çalışılan arazide bozulmalar gerçekleşmesi ve araziye müdahale edilmek

operational facilities. Additionally, the land where mineral exploration is conducted, as well as neighboring lands, may be utilized for transportation purposes¹⁸. In the field where, mineral exploration is carried out, there is the possibility of opening a well, gallery for the determination of the reserve, establishing the necessary facility for the operation activity, and making use of the land where the mineral exploration is made and the neighboring lands for transportation¹⁹. According to Article 46 of Mining Law No. 3213, in situations where private property is required for mining activities, the law permits the granting of easement and usufruct rights on such properties, subject to the purpose of the mining activity. These rights may be extended for the duration of the operation license. As a result, miners are entitled to acquire easement and usufruct rights over immovable properties relevant to both exploration and operation periods, in accordance with the law.

VI. LEGAL RESPONSIBILITY IN MINING AREAS

Before delving into the concept of legal liability in mining sites, it is crucial to gain a thorough understanding of the broader definition of legal liability. In simple terms, it is an established principle that if a person causes harm to another person, they are bound to compensate for the damage. However, this definition alone is insufficient to fully explain the complexity of legal liability. In legal terms, liability can be interpreted in two distinct ways - narrow and broad senses. Legal liability is crucial in mining and is broadly categorized into contractual and extra-contractual liability. The former pertains to contractual obligations, while the latter involves legal responsibility for harm or loss caused to an individual or entity. Liability in the broad sense is more comprehensive than liability in the narrow sense, which only pertains to non-contractual liability²⁰. In legal terms, it is highly likely that tort liability arises in such cases, as tort is a significant source of obligation in law. While tortious acts may not always stem from faults, the Turkish Code of Obligations upholds the principle of fault liability. Article 49 of the Turkish Code of Obligations, which pertains to torts, states that "any individual who causes damage to another through an unlawful and negligent act is responsible for compensating for such damage"²¹. To establish fault liability in ac-

zorunda kalınması bu faaliyet alanının kaçınılmaz bir gerçeğidir. Dolayısıyla, arama ve işletme faaliyetleri sırasında, madenin bulunduğu taşınmaz malikine, komşu malike, başka maden hakkı sahibine zarar verilmesi durumunun ortaya çıkma olasılığı mevcuttur¹⁸. Maden araması yapılan arazide, rezerv tespiti için kuyu, galeri açılması ve işletme faaliyeti için gerekli tesisin kurulması, yine maden araması yapılan araziden ve komşu arazilerden ulaşım için faydalanma durumu vardır¹⁹. Bu gibi durumlar için 3213 sayılı Maden Kanunu m. 46'da maden araması yapan kimseye, maden faaliyetinin amacına uygun olarak özel mülkiyet üzerinde irtifak ve intifa hakkı verilmesini öngörmüştür. Bahsi geçen irtifak ve intifa haklarının süresinin, işletme ruhsatı süresince uzatılması mümkündür. Dolayısıyla kanunda, hem arama hem işletme döneminde madenciye, ilgili taşınmazlar üzerinde intifa ve irtifak haklarının tanınabileceği düzenlenmiştir.

VI. MADEN SAHALARINDAKİ HUKUKİ SORUMLULUK

Maden sahalarındaki hukuki sorumluluk kavramını incelemeyen önce genel olarak hukuki sorumluluk kavramının ne anlama geldiğini irdelemek gerekirse; genel bir tanım olarak bir kişinin başkasına zarar vermesi durumunda, bu zararı karşılamak mecburiyetinde olması verilebilir. Bu tanım elbette hukuki sorumluluğu tam anlamıyla açıklamaya yetmemektedir. Hukuksal açıdan sorumluluğu; dar ve geniş anlamda olmak üzere iki türlü incelemek mümkündür. Öncelikle geniş anlamda sorumluluk gerek sözleşme dışı gerekse sözleşmesel sorumluluğu ifade eder ve bu anlamda dar anlamda sorumluluğa kıyasla daha kapsamlıdır. Dar anlamda sorumluluktan anlaşılan ise sözleşme dışı sorumluluktur²⁰. Burada bir haksız fiilden doğan sorumluluk olduğunu söylemek mümkündür. Bildiğimiz üzere, borcun kaynaklarından biri de haksız fiillerdir. Haksız fiillerin her zaman bir kusur sonucu meydana geldiğini söylemek mümkün değildir. Fakat hukukumuzda esas olan kusur sorumluluğudur ve bunu, Türk Borçlar Kanunu'nunda²¹ haksız fiilleri düzenleyen m. 49'da; "kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür" görmek mümkündür. Dolayısıyla bu maddeden kusur sorumluluğu halinin mevcut olması için; hukuka aykırı bir fiil, ortaya çıkan zarar,

FOOTNOTE

¹⁷ Demet Özdamar, Maden Hakkı, p. 445.

¹⁸ Topaloğlu, Maden Hukukuyla İlgili Yeni Yaklaşımlar, p. 13.

¹⁹ Topaloğlu, Maden Hukukuyla İlgili Yeni Yaklaşımlar, p. 25.

²⁰ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Borçlar Hukuku), 21th Edition, İstanbul, Beta, 2017, p. 508.

²¹ Turkish Code of Obligations Article 49, Official Gazette dated 04.02.2011 and numbered 27836.

DİPNOT

¹⁷ Demet Özdamar, Maden Hakkı, s. 445.

¹⁸ Topaloğlu, Maden Hukukuyla İlgili Yeni Yaklaşımlar, s. 13.

¹⁹ Topaloğlu, Maden Hukukuyla İlgili Yeni Yaklaşımlar, s. 25.

²⁰ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Borçlar Hukuku), 21.Baskı, İstanbul, Beta, 2017, s. 508.

²¹ Türk Borçlar Kanunu m. 49, 04.02.2011 tarihli, 27836 sayılı Resmî Gazete.

PART 9

cordance with this article, it is necessary to demonstrate the presence of four key elements: firstly, an illegal action; secondly, resultant harm; thirdly, the illegal action must have been carried out in a faulty manner; and fourthly, a clear causal connection must exist between the action and the harm suffered.

As stated previously, not all cases of liability arise from fault, as strict liability can also apply. The principles underlying the acceptance of strict liability are the principles of care and diligence, equity, and danger. *While the general rule is one of fault liability, it is essential to note that there are exceptional circumstances in which liability may arise in the absence of fault. For instance, liability may arise where an individual causes damage as a result of an act that they themselves did not perform, but which they nonetheless benefited from. Additionally, liability may arise where there exists a legal connection between the individual and the person who carried out the damaging act, even where the individual had no direct involvement in the act itself. It is important to understand that liability in such cases may be imposed, notwithstanding the absence of any fault on the part of the individual concerned, as stipulated by law*²². It should be noted that within the domain of mining law, one may encounter instances where strict liability applies.

It is pertinent to observe that in the sphere of mining operations, a delicate balance exists between the benefits and the drawbacks of such activities. Put simply, the operator of a mine should not solely profit from the advantages that are afforded by the area in question, but should also bear the responsibility for any problems or damages that may arise as a result of their activities. When it comes to compensating for these damages, the primary consideration is to ensure that an equitable balance is maintained between the various interests at play. It is crucial to maintain a balance between the responsibilities imposed on mining operators and the need to avoid discouraging entrepreneurs from engaging in mining activities, as overly burdensome regulations may impede the development of the industry. Conversely, failure to adequately compensate injured parties for damages suffered may cause undue harm and injustice. Therefore, it is of paramount importance to strike a fair and equitable balance between these competing interests.

hukuka aykırı fiilin kusurlu şekilde gerçekleştirilmesi, fiille zarar arasında uygun illiyet bağı bulunması gerekir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, sorumluluk hallerinin tamamı kusurdan kaynaklanan durumlar değildir, kusursuz sorumluluk halleri de mevcuttur. Kusursuz sorumluluğun kabul edilmesinde göz önüne alınan ilkeler; dikkat ve özen ilkesi, hakkaniyet ilkesi ve tehlike ilkesidir. *“Kural kusurlu sorumluluk olsa da istisnai olarak kişi gerçekleştirdiği fiilin sonucunda zararın ortaya çıkmasına neden olmuşsa ya da fiili kendisi gerçekleştirmese bile zarar doğuran fiilden fayda sağlamışsa veya bu fiili gerçekleştiren ile kanunda öngörülen bağlantısı varsa zararın meydana gelmesinde kusuru olmasa bile sorumluluğu söz konusu olabilir”*²². Bu bağlamda söylemek gerekir ki maden hukuku alanında da kusursuz sorumluluk halleriyle karşılaşılması mümkündür.

Bu doğrultuda, maden işletmesine ilişkin olarak ortada bir nimet-külfet dengesi olduğunu, diğer bir deyişe işletmecinin o bölgenin getirilerinden faydalandığı gibi, ortada çıkan çeşitli sorunlara ve zararlara da katlanması gerekir. Bu zararların tazmini esnasında dikkat edilmesi gereken husus, hakkaniyetli bir dengenin sağlanabilmesidir. Zira, işletmeciyeye çok büyük ölçüde bir sorumluluk yüklenmesi durumu, girişimcilerin faaliyetlerinde çekinmelerine ve bunun sonucu olarak bu daldaki gelişmenin yavaşlamasına sebebiyet verebileceği gibi, zarar görenin zararının yeterince tazmin edilmemesi durumu da zarar görenin mağdur bir duruma düşürülmesine neden olur. Dolayısıyla aradaki dengenin adaletli bir biçimde sağlanması hususu önemlidir.

VII. MINE OPERATOR'S RESPONSIBILITY IN CONTEXT OF DANGER LIABILITY

As previously outlined, an infringement upon an individual's rights need not always result from a defective or negligent act. There exist situations in which the party causing the harm may be held liable for their actions, even in the absence of any fault or negligence. The evolution of such a legal framework was undeniably influenced by the advent of the Industrial Revolution, which brought about a proliferation of cases involving strict liability. The rationale behind this legal framework is rooted in the fact that the substantial risks associated with the large enterprises that emerged from the commercial and industrial activities of the post-Industrial Revolution era. To this end, the concept of “Danger Liability,” which is enshrined in the Turkish Code of Obligations, serves to assign responsibility to the owner or operator of a particularly hazardous enterprise for any damages resulting from the operation of said enterprise.

To provide a general definition of the principle of danger liability, we can refer to the explanation given by Ulusan, which states²³:

“Hazard liability is the phenomenon of being held liable for the damages arising from the dangerous nature of enterprises, undertakings, facilities and things, which are economically and socially necessary to be established and constructed as a result of the compulsory conditions of social life, even if the persons who have control over these dangerous objects are not at fault and have taken every care to prevent the danger.”

The main objective of introducing a liability provision in cases where there is no fault is to ensure fairness and provide relief to the injured party. The concept of hazard liability can be classified into two categories, namely enterprise liability and non-enterprise liability. The former, which is the more significant of the two, is a primary source of hazard liability²⁴.

A. Concept

The legal definition of hazard liability refers to the responsibility that arises when hazards are inherent in a specific enterprise,

VII. TEHLİKE SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA MADEN İŞLETENİN SORUMLULUĞU

Yukarıda da açıklandığı üzere, kişiye ait bir hakka zarar meydana gelmesi her zaman kusurlu bir eylem sonucunda ortaya çıkmak zorunda değildir. Zarar verenin kendi eyleminden, kusuru olmasa dahi sorumlu olduğu haller mevcuttur. Bu tarz bir hukuki yaklaşımın gelişiminde, şüphesiz ki Sanayi Devrimi ile ortaya çıkan gelişmelerin etkisi büyüktür ve beraberinde kusursuz sorumluluk hallerini de getirmiştir. Zira, bu devrimden sonra gelişen sanayi ve ticaret faaliyetleri ile ortaya çıkan büyük işletmeler, büyük risklerle beraber gelmiştir. Bu bağlamda hukukumuzda Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenme alanı bulan “Tehlike Sorumluluğu” maddesi, önemli ölçüde tehlike taşıyan işletmeden doğan zararların tazmini için işletme sahibi veya işletenin görevlendirilmesi anlamına gelir.

Tehlike sorumluluğunu genel olarak tanımlamak gerekirse Ulusan'ın şu şekilde bir tanım getirdiğini görebiliriz²³.

“Tehlike sorumluluğu toplum yaşantısının zorunlu koşulları sonucu kurulması, yapılması ekonomik ve sosyal açıdan gerekli bulunan işletme, girişim, tesis ve şeylerin kullanılması veya işletilmesiyle beliren, tehlikeli mahiyetinden doğan zararlardan, bu tehlikeli nesnelere üzerinde egemen olan kimselerin kusuru bulunmasa ve tehlikenin önlenmesi amacıyla her türlü özeni göstermiş olsalar dahi sorumlu tutulmaları olayıdır.”

Bu düzenlemenin amacının, yani ortada bir kusur bulunmasa dahi bir sorumluluk kalemi düzenlenmesinin amacı, hakkaniyete uygun davranmak ve zarar görenin mağduriyetini karşılamaktır. Tehlike sorumluluğunun kaynaklarını işletme sorumluluğu ve işletme dışı sorumluluk olarak iki başlıkta incelemek mümkündür ve esas olan işletme sorumluluğudur²⁴.

A. Kavram

Tehlike sorumluluğunun anlamı; bir işletme, faaliyet veya nesneye özgü tehlikelerin meydana gelmesi ile oluşan sorumluluktur²⁵. Son

FOOTNOTE

²² Ece Nur Kesemen, Maden İşletenin Sorumluluğu, p. 10.

²³ İlhan Ulusan, “Tehlike Sorumluluğu Üstüne”, Journal of Comparative Legal Studies, C.4, P.6, 1970, p. 23.

²⁴ Eren, Borçlar Hukuku, p. 689.

DİPNOT

²² Ece Nur Kesemen, Maden İşletenin Sorumluluğu, s. 10.

²³ İlhan Ulusan, “Tehlike Sorumluluğu Üstüne”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.4, S.6, 1970, s. 23.

²⁴ Eren, Borçlar Hukuku, s. 689.

²⁵ Süleyman Yılmaz, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluğuna İlişkin Yeni Hükümler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.59, S.3, 2010, s. 551 <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/> (Erişim tarihi, 25.10.2022).

PART 9

activity, or object, and an accident or harm occurs as a result²⁵. The concept of hazard liability has become increasingly important in modern times due to the proliferation of dangerous industrial activities and advances in technology. In light of this, those who engage in such activities or possess, store, or use hazardous objects must be held responsible for any damages that result from the realization of a particular danger. In general, this form of liability mandates that individuals involved in hazardous undertakings are responsible for any resulting damages regardless of their fault. One notable aspect of hazard liability that distinguishes it from

zamanlarda gelişen teknoloji ve tehlike arz eden sanayi faaliyetlerinin artması ile birlikte, bu sorumluluk türünün de önemi artmıştır. Buna göre, ağır tehlike arz eden faaliyette bulunanlar veya böyle bir nesneyi elinde bulunduranlar, depolayanlar ya da kullananlar, bu özel tehlikenin gerçekleşmesinden doğan zararını telafi etmekle yükümlü tutulmalıdırlar. Bu sorumluluk kaleminin, genel anlamda, tehlikeli bir girişimde bulunan kişinin, kusuru olsun olmasın, bu faaliyetleri sebebiyle bir zarar meydana gelirse, sebep olduğu zararlardan sorumlu olmasını sağlar. Tehlike sorumluluğunu, diğer kusursuz sorumluluk türlerinden ayıran ve daha ağır bir sorumlu-

It is the employer's primary responsibility to take all necessary measures to prevent occupational hazards and to ensure that the workplace is safe for their workers.

Maden sahalarında çalışan işçilerin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması açısından işveren sahada gerçekleştirilecek tehlikeler kapsamında çalışanlarını eğitmek ve bilgilendirmek durumundadır.

other forms of strict liability is the absence of any means to evade or escape the consequences of this type of liability²⁶. In the realm of legal liability, hazard liability is the most stringent form of liability that cannot be escaped unless the causal link is severed. Regardless of whether the enterprise has obtained all required permits and licenses and its experts have demonstrated due diligence, if an activity poses a considerable risk, then it is unquestionable that sufficient care has been taken. It is noteworthy that hazard liability is distinct from the duty of care and is applicable to any individual or entity that engages in, stores, or employs hazardous materials. Consequently, those who undertake dangerous activities are strictly accountable for any ensuing damages, irrespective of whether they acted negligently or not.

luk türü kılan önemli hususlardan biri, tehlike sorumluluğundan kurtulma imkanı olmamasıdır²⁶. Dolayısıyla tehlike sorumluluğundan kurtulmak, illiyet bağı kesilmediği sürece mümkün değildir. Bu sebeple, uzman kişiler kendilerinden beklenen özeni göstermiş, faaliyet için gerekli tüm izin ve ruhsatları almış olsalar bile tehlike sorumluluğundan kaçmaları mümkün değildir. Belirtmek gerekir ki tehlike sorumluluğu doğası itibarıyla özen sorumluluğundan farklı olduğundan, işletme belli bir ölçüde tehlike arz ediyorsa, bu noktada yeterli özenin gösterilip gösterilmediği tartışılmaz. Bu tür sorumluluğun, sorumluluk türleri arasında en ağırı olduğunu söylemek mümkündür.

B. Hazard Liability According to Article 71 of the Turkish Code of Obligations

Prior to the enactment of the New Code of Obligations, a general liability for hazardous activities was not clearly established in Turkish law. Article 71 of the Turkish Code of Obligations sets out the necessary conditions for the existence of such liability, which are as follows:

- The presence of a business that poses a significant danger,
- The damage caused by the activity of the business that poses a significant danger,
- The ability of the business to cause frequent and severe damage
- The inevitability of the harm despite all reasonable precautions taken by experts,
- The authorization of the activity by the legal order,
- Joint liability for losses on the part of the business owner and operator,
- Compensation of the injured party with an appropriate price,
- The application of special liability provisions in the case of a specific danger situation regulated by special laws.

In this context, it is important to highlight that the final paragraph of the aforementioned article refers to the idea of compensating the injured party with a suitable price for damages incurred due to the activity of a hazardous business, even if the operation is authorized by legal regulations. It is noteworthy that this concept of compensation is distinct from that of compensating for harm caused by wrongful intent, as is the case in liability for intentional torts. The latter involves damages caused deliberately by the responsible party, while in hazard liability, the damages incurred are unintended.

After listing the elements of the danger responsibility above, if we need to draw a general framework about this responsibility; first of all, it can be said that the concept of posing a significant danger should be understood that the operation in question tends to cause frequent and heavy losses, and the subject-

B. Türk Borçlar Kanunu Madde 71'e Göre Tehlike Sorumluluğu

Yeni Borçlar Kanunu'na kadar hukukumuzda tanımlanmış bir genel tehlike sorumluluğunu görmek mümkün değildi. TBK m. 71'e göre tehlike sorumluluğunun varlığından bahsedilebilmesi için gerekli şartlar:

- Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olmalıdır,
- Meydana gelen zarar önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin faaliyetinden kaynaklanmalıdır,
- İşletme sıkça ve ağır zarar doğurmaya elverişli olmalıdır,
- Zarar uzman kişiden beklenen her türlü özen gösterilse bile önlenemeyecek olmalıdır,
- Önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin faaliyetine hukuk düzeni tarafından izin verilmiş olması gerekir,
- İşletmenin faaliyetinden faydalanan işletme sahibi ve varsa işleten zarardan müteselsilen sorumludur,
- Zarar görenin zararı uygun bir bedelle denkleştirilir,
- Belirli bir tehlike hali için özel bir kanun düzenlemesi varsa özel sorumluluk hükümleri uygulanır.

Burada belirtmek gerekir ki maddenin son fıkrasında "önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler" şeklinde bir ifadeyle denkleştirme kavramından bahsetmiştir. Bahsi geçen denkleştirme kavramı, fedakarlığın denkleştirilmesinden farklıdır. Zira, fedakarlığın denkleştirilmesinde zarar, zarar veren tarafından bilerek ve istenerek verilmesine karşılık, tehlike sorumluluğunda bu durum istemeden ortaya çıkmaktadır.

Yukarıda tehlike sorumluluğunun unsurlarını sıraladıktan sonra, bu sorumluluk hakkında genel bir çerçeve çizmek gerekirse; ilk başta söylenebilir ki önemli ölçüde tehlike arz etmek kavramından anlaşılması gereken, söz konusu işletmenin sık sık ve ağır zararlar do-

FOOTNOTE

25 Süleyman Yılmaz, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluğuna İlişkin Yeni Hükümler", Journal of Ankara University Faculty of Law, C.59, P.3, 2010, p. 551. <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/> (Date of access, 25.10.2022).

26 Güzin Üçışık, "Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi", Gazi University Faculty of Law Liability and Compensation Law Symposium, Ankara, 2009, p. 127.

DİPNOT

26 Güzin Üçışık, "Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2009, s.127.

PART 9

tive element is that the damage will still occur despite all the care expected from an expert. When the element of danger is evaluated on an objective basis, it is understood that the danger is permanent and the damage that may arise is severe. As it is known regarding the damage, the damage must occur in order for a legal liability to arise. In terms of mining activities, this damage can be material or moral. The important point here is that the damage is caused by the activity of the enterprise that poses a significant danger and without the fault of the enterprise. In the legal context, it is essential to establish a clear causal link between the event that occurred and the resulting damage in order to establish liability. This causal link is crucial and cannot be broken by any means, including the defective acts of the injured party or a third party, or force majeure. When the causal link is severed, the responsibility of the enterprise may be removed, especially in cases of force majeure or gross negligence on the part of the injured party. To establish liability for a workplace accident, the accident must have occurred in the workplace, and there must be an unmistakable causal link between the operation of the workplace or the hazards arising therefrom and the resulting damage. Therefore, it is of utmost importance to identify the causal link to determine the existence of hazard liability, as it is a critical factor in determining the liability of the enterprise.

VIII. ROYALTY CONTRACT

A. Definition, Legal Nature and Form of Royalty Contract

1. Definition of Royalty Contract

In the context of mining activities, a royalty agreement refers to a contractual arrangement between a license holder who holds the right to explore or exploit minerals in a mining area and a third party, either an individual or a legal entity, for the transfer of the mine operation. The terms and conditions of the royalty agreement are governed by the Turkish Code of Obligations No. 6098 ("TCO"), particularly the provisions related to product rent. Under a royalty agreement, the third party agrees to pay a fee to the license

holder, who holds the right in the mining areas, for each ton of mineral produced. The TCO's provisions on product rent apply by analogy to the royalty agreement²⁷. On the other hand, royalty contracts are accepted as subcontracting contracts within the scope of some Supreme Court of Cassation Decisions. The term "royalty" refers to "the amount that a private or legal person who operates a mine, under contract with the right holder for a limited period of time, agrees to pay to the original license holder for each ton of mineral produced, while the legal rights and responsibilities of the mining areas remain with the right holder. This payment is made in return for the right to operate the mine, which is temporarily transferred to the private or legal person by the right holder"²⁸.

ğurmaya eğilimli olması ve sübjektif unsuru da, uzman bir kişiden beklenen tüm özene rağmen yine de zararın meydana gelecek olmasıdır. Objektif esasa göre tehlike unsuru değerlendirildiğinde, tehlikenin devamlı ve ortaya çıkabilecek zararın da ağır olması anlaşılır. Zarar hususunda bilindiği üzere, hukuki bir sorumluluk doğabilmesi için zarar meydana gelmelidir. Maden faaliyetleri açısından bu zarar, maddi veya manevi olabilir. Burada önemli husus, zararın önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin faaliyetinden ve işletmenin kusuru olmaksızın meydana gelmesidir. İlliyet bağı noktasında, elbette meydana gelen olay ile ortaya çıkan zarar arasında bir nedensellik aranır. İlliyet bağının kesildiği durumlar, tüm sorumluluk hallerinde olduğu gibi burada da görülür. Mücbir sebep, zarar görenin ağır kusurunun olması gibi hallerde artık illiyet bağının kesildiğini söylemek duruma göre mümkün olacaktır ve bu haller işletmenin sorumluluğunu kaldırır. Dolayısıyla genel ifadeyle söylenebilir ki tehlike sorumluluğunun varlığından bahsedebilmek için; kaza işyerinde gerçekleşmiş olmalı, bu hususun yanında işyerinin işletilmesi veya bundan doğan tehlikelerle zarar arasında uygun bir illiyet bağı bulunmalı ve bu illiyet bağının, zarar görenin veya üçüncü kişinin kusurlu hareketleri veya mücbir sebeple kesilmemiş olması gerekmektedir.

VIII. RÖDOVANS SÖZLEŞMESİ

A. Rödovans Sözleşmesinin Tanımı, Hukuki Niteliği ve Şekli

1. Rödovans Sözleşmesi Tanımı

Rödovans Sözleşmesi maden sahalarındaki maden arama veya işletme ruhsat sahipleri ile gerçek veya tüzel üçüncü kişiler arasında maden ocağının işletilmesinin devri için gerçekleştirilen sözleşme anlamına gelmektedir. Üçüncü kişilerin maden sahalarında hak sahibi konumunda olan ruhsat sahibine karşı, üretilen her bir ton maden karşılığında bir bedel ödemeyi taahhüt ettiği rödovans sözleşmesine ilişkin 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun ("TBK") ürün kirasına ilişkin hükümleri kıyasen uygulanır²⁷. Buna karşılık

holder, who holds the right in the mining areas, for each ton of mineral produced. The TCO's provisions on product rent apply by analogy to the royalty agreement²⁷. On the other hand, royalty contracts are accepted as subcontracting contracts within the scope of some Supreme Court of Cassation Decisions.

The term "royalty" refers to "the amount that a private or legal person who operates a mine, under contract with the right holder for a limited period of time, agrees to pay to the original license holder for each ton of mineral produced, while the legal rights and responsibilities of the mining areas remain with the right holder. This payment is made in return for the right to operate the mine, which is temporarily transferred to the private or legal person by the right holder"²⁸.

2. Legal Character of the Royalty Contract

In accordance with the provisions of the TCO, royalty agreements are a legal relationship that arises from the mutual declarations of will of the contracting parties. Such agreements involve the license holder transferring the right to operate the mine for a fixed duration, while the royalty payer agrees to pay the agreed portion of the production to the license holder. Thus, royalty agreements are a consensual contract that places obligations on both parties. It should be noted that such agreements impose an immediate performance obligation on the royalty payer and a continuous performance obligation on the license holder²⁹.



bazı Yargıtay Kararları kapsamında rödovans sözleşmeleri bir alt işverenlik sözleşmesi olarak kabul edilmektedir.

Rödovans kavramı "Maden ruhsat alanlarının, hukuki hak ve sorumlulukları kendisinde kalması koşuluyla hak sahibi tarafından sözleşme ile özel veya tüzel bir kişiye, bir süre tahsis edilmesi durumunda, maden ocağının işletilmesini üstlenen özel veya tüzel kişinin, esas ruhsat sahibine, ürettiği her bir ton maden için ödemeyi taahhüt ettiği meblağ" olarak tanımlanmaktadır²⁸.

2. Rödovans Sözleşmesi Hukuki Niteliği

TBK'da açıkça belirtildiği üzere sözleşmenin taraflarının karşılıklı irade beyanlarına dayalı olarak kurulan bir hukuki ilişki olan rödovans sözleşmeleri, ruhsat sahibinin belirli bir süre ile maden işletme hakkını devretmesi ve bunun karşılığında rödovans verenin yaptığı üretimin kararlaştırılan kısmını ruhsat sahibine ödemesine dayanan hukuki ilişkidir. Yukarıda anlatılanlar ışığında rödovans sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen rızai bir sözleşme olup rödovans veren bakımından ani edim ruhsat sahibi bakımından ise sürekli edim borcu söz konusudur²⁹.

FOOTNOTE

²⁷ Topaloğlu, Maden Hukuku ile İlgili Makaleler, İstanbul 2021, p. 351.

²⁸ Supreme Court 10. HD. 17.10.2014, M. 2014/16695, K. 2014/19906 (www.kazanci.com.tr, Access Date: 26.10.2022).

²⁹ Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, İstanbul 2012, s. 312, 335.

DİPNOT

²⁷ Topaloğlu, Maden Hukuku ile İlgili Makaleler, İstanbul 2021, s. 351.

²⁸ Yargıtay 10. HD. 17.10.2014, E. 2014/16695, K. 2014/19906 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 26.10.2022).

²⁹ Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, İstanbul 2012, s. 312, 335.

PART 9

3. Form of Royalty Contract

In light of the fact that royalty agreements do not entail the transfer of mining licenses, but rather the transfer of rights to a third party for a predetermined period under the terms of the agreement, such agreements are not required to adhere to any specific form according to the Turkish Code of Obligations. The parties are free to conclude the agreement through a simple written contract or by notarizing it, as long as they mutually agree to the chosen form.

B. Damages Caused by Occupational Health and Safety Provisions

In the realm of workplace safety, employees working on job sites face daily risks of occupational accidents. In the case of mining sites, the risk of occupational accidents is particularly high. It is the employer's primary responsibility to take all necessary measures to prevent occupational hazards and to ensure that the workplace is safe for their workers. The employer's duty does not end with taking these measures; they are also accountable for ensuring that their workers comply with them. Additionally, the employer is obligated to supervise their workers at the worksite, as failure to do so may result in legal and criminal liability. It is therefore imperative that employers take all necessary precautions and remain vigilant in their efforts to promote workplace safety.

The safety of workers in mining sites is of utmost importance and employers have a legal obligation to ensure it. To this end, employers must provide adequate training and information to their workers regarding the potential hazards associated with their jobs. In high-risk areas, employers must appoint an occupational health and safety expert holding a Class A occupational safety expertise certificate to identify and mitigate potential hazards³⁰. The expert must warn the employer, in writing, of the risks associated with the workplace, and it is the employer's responsibility to take all necessary measures to ensure the safety of the site³¹.

As per the requirement of Article 21 of the Mining Law for a license holder to appoint a permanent supervisor, mining activities in the fields must be carried out under the supervision of a qualified mining engineer. This legal obligation ensures that mining op-

3. Rödovans Sözleşmesinin Şekli

Rödovans sözleşmelerinde maden ruhsatının devri değil hakkın üçüncü kişiye sözleşme kapsamında belirlenmiş süre boyunca devri söz konusu olduğundan TBK uyarınca rödovans sözleşmeleri herhangi bir şekle tabi değildir. Taraflar aralarında mutabık kaldıkları sürece basit yazılı şekilde sözleşmeyi akdebilecekleri gibi noterde düzenleyerek bu sözleşmeye resmîyet kazandırabileceklerdir.

B. İş Sağlığı Ve Güvenliği Hükümlerince Ortaya Çıkan Zararlar

İş sahalarında çalışan işçiler her gün iş kazası geçirme riski ile karşı karşıya olmakla bu durum işveren açısından hukuki ve cezai sorumluluk doğurabilmektedir. Özellikle maden sahalarında çalışan işçiler için iş kazası geçirme riski daha da yüksek oranlarda görülmektedir. Öncelikle mesleki riskleri önlemek amacıyla gerekli tedbirleri alınması ve iş sahasının işçiler için güvenli hale getirilmesi işverene verilen yükümlülüklerdendir. Bu tedbirlerin alınmasının yanı sıra alınan tedbirlere uyulması hususunda da işverene sorumluluk tanınmıştır. İşveren iş sahasında çalıştırdığı işçileri gözetmekle yükümlüdür.

Maden sahalarında çalışan işçilerin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması açısından işveren sahada gerçekleştirebilecek tehlikeler kapsamında çalışanlarını eğitmek ve bilgilendirmek durumundadır. Tehlike olasılığı yüksek olan alanlarda işveren tarafından A sınıfı iş güvenliği uzmanlığı belgesine sahip bir iş sağlığı ve güvenliği uzmanı görevlendirilir³⁰. Görevlendirilen uzmanca iş sağlığı ve güvenliği kapsamında doğabilecek olan riskler hakkında işveren yazılı olarak uyarılır, sahanın güvenliğinin sağlanabilmesi için alınabilecek önlemlerin gerçekleştirilmesi işverenin sorumluluğundadır³¹.

Ruhsat sahibinin Maden Kanunu m. 21 nezdinde daimi nezaretçi bulundurma yükümlülüğü uyarınca sahalarda yapılan faaliyetler maden mühendisi eşliğinde gerçekleştirilmektedir³². Maden mühendislerinin asli görevi sahada gerçekleştirilen faaliyetlerin iş sağlığı ve güvenliği açısından tetkiki değil sahanın teknik işletmesinin kontrolü üzerindedir. Maden sahalarında rödovansçının sunduğu kişiler ruhsat sahibince daimi nezaretçi olarak atanmakla birlikte ruhsat sahibinin çalışanı

erations are conducted in compliance with applicable laws and regulations, promoting safe and responsible mining practices³². Mining engineers are primarily responsible for controlling the technical operation of mining fields and are not obligated to inspect the activities carried out in the field in terms of occupational health and safety. In mining sites, the license holder must appoint a permanent supervisor from candidates proposed by the royalty owner. The supervisor, although appearing as an employee of the license holder, has their expenses covered by the royalty owner. In the decision of the 21st Chamber of the Court of Cassation Decision No: 2005/791, 2005/6574 it is stated that *"If the royalty owner's opportunity to act independently is restricted and if the license holder has the opportunity to intervene in production, then the existence of the main employer sub-relation is mentioned"*³³.

Employer liability for accidents in a mine site is based on fault liability, and competent authorities are responsible for determining whether such liability exists. To claim compensation from the employer, a causal link between the accident and the work performed by the employer must be established. If the worker has suffered physical or mental harm, a material compensation lawsuit may be filed, in addition to receiving health aid from the SSI. Under the Turkish Code of Obligations, Article 56 allows workers who have suffered physical or mental harm as a result of occupational accidents or diseases to seek moral compensation if they have endured pain and suffering in addition to material damages. This means that in addition to the financial compensation, workers may also be entitled to compensation for the emotional distress they have experienced. Furthermore, in the unfortunate event of a worker's death, their family may also be eligible for moral compensation to help them cope with the pain and suffering of losing a loved one. Such provisions not only ensure that workers' rights are protected but also reinforce the accountability of employers in maintaining safe working conditions.

C. Simulated Royalty Contracts

The license holders of mining enterprises delegate the operations performed on site to the royalty owner, who then directs the mine production. The royalty agent is not an autonomous entity and provides labor ser-

olarak görünen nezaretçinin masrafları rödovansçı tarafından karşılanmaktadır. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 2005/791 Esas 2005/6574 Karar sayılı kararında *"Rödovansçının bağımsız hareket etme imkânı kısıtlanmış ve ruhsat sahibinin üretime müdahalede bulunma imkânı varsa bu durumda asıl işveren alt ilişkisinin varlığından söz edilir"* denilmektedir³³.

İşverenin sorumluluğu kusur sorumluluğu olup bu kusurun varlığı yetkili makamlarca tayin edilmektedir. Maden sahasında yaşanan bir kazadan dolayı işçinin işverene karşı tazminat talebi olabilmesi için kaza ile işveren tarafından gerçekleştirilen iş arasında bir illiyet bağı bulunmalıdır. İşçinin uğradığı bedensel veya ruhsal zarara istinaden maddi tazminat davası açılabilir, SGK tarafından yapılan sağlık yardımının yanı sıra işverenden maddi talep söz konusudur. Maddi zararın tazmininin yanı sıra Türk Borçlar Kanunu m. 56 uyarınca *"iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle bedensel ya da ruhsal zarara uğrayan işçi maddi zarardan başka elem ve acı çekerek manevi zarara da uğramışsa manevi tazminat isteyebilmesi mümkündür"* denilmektedir. Tüm bunlara ek olarak işçinin ölmü halinde ailesine, ölüm nedeniyle yaşadığı acı ve ıstırap dolayısıyla manevi tazminat ödenebilecektir.

C. Muvazaalı Rödovans Sözleşmeleri

Maden işletmelerinde ruhsat sahipleri sahada gerçekleştirilen faaliyetlerini rödovansçıya devrederek kendi direktifleri doğrultusunda maden üretimini gerçekleştirmektedirler. Rödovansçı ruhsat sahibinden bağımsız de-

FOOTNOTE

³⁰ Topaloğlu, Maden Hukuku ile İlgili Makaleler, p. 351.

³¹ Topaloğlu, Maden Hukuku ile İlgili Makaleler, p. 353.

³² Topaloğlu, Maden Hukuku ile İlgili Makaleler, p. 357.

³³ Supreme Court 21.HD. E.2005/791 K.2005/6474 (www.karararama.yargitay.gov.tr, Access Date: 06.11.2022).

DİPNOT

³⁰ Topaloğlu, Maden Hukuku ile İlgili Makaleler, s. 351.

³¹ Topaloğlu, Maden Hukuku ile İlgili Makaleler, s. 353.

³² Topaloğlu, Maden Hukuku ile İlgili Makaleler, s. 357.

³³ Yargıtay 21.HD. E.2005/791 K.2005/6474 (www.karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.11.2022).

PART 9

DESPITE THE INCREASED LIKELIHOOD OF OCCUPATIONAL ACCIDENTS IN MINING SITES, EMPLOYERS HAVE A PARAMOUNT RESPONSIBILITY TO GUARANTEE THE SAFETY OF THEIR WORKERS.

vices to the license holder's location³⁴. In the context of providing workers to the license holder, the use of the royalty system is often viewed as a collusive transaction due to the dependency of the workers on the license holder. This dependency makes it challenging to establish a clear subcontractor and principal employer relationship, particularly in the case of fields operated with royalty. When the royalty operator is identified as a sub-employer and the workers in the field are recognized as employees of the license holder, the workers are entitled to labor rights provided by the license holder. Given this scenario, it is crucial to ensure that the employment relationship between the workers and the license holder is accurately defined and that the workers are protected by the applicable labor laws.

In the decision of the 10th Civil Chamber of the Court of Cassation No: 1992/11117, 1993/3693 it is stated that *"in the event that a portion or all of the shareholders of the royalty company are transferred to another company, which is operated under a royalty agreement, a subsidiary company relationship is established, and the legal entity veil between the second acquiring company and the first company is lifted. As a result, the workers are entitled to their labor rights and the second acquiring company is held responsible for fulfilling these obligations"*³⁵.

IX. CONCLUSION

In the context of mining activities, there exist various employment opportunities that fall under the ambit of occupational health and safety as well as the Labour Law No. 4857. Despite the increased likelihood of occupational accidents in mining sites, employers have a paramount responsibility to guarantee the safety of their workers. Employers are required to take necessary measures to ensure the safety of their workers in mining sites, in line with the extensive regulations governing mine workers in our law. Given the importance of this issue, the relevant legislation has been detailed, and employers are subject to the principle of perfect liability in case of any liability arising in this context. In accordance with the legal requirements discussed previously, the employer is under a legal obligation not only to implement the prescribed occupational health and safety measures but also to monitor their implementation within the relevant work site. It is crucial for employ-

ers to recognize and comply with this obligation in order to safeguard the safety of their employees. Failure to adhere to these obligations may result in both tortious and contractual liability for the employer, as they would be in breach of their legal responsibilities towards their workers.

ğildir ve ruhsat sahibinin sahasına işçi temin etmektedir³⁴. Ruhsat sahibine işçi temin edilmesi durumu, çalışan işçiler ruhsat sahibine bağlı olarak değerlendirildiğinden ve rödovansla işletilen sahalarda alt işveren ve asıl işveren ilişkisinin kurulmasının zorluğundan hareketle bu sistem muvazaalı işlem olarak görülmektedir. Rödovansçının alt işveren olarak görüldüğü ve sahada çalışan işçilerin ruhsat sahibinin işçileri olarak sayıldığı durumda işçiler, ruhsat sahibinin işçilik haklarından yararlanırlar.

Yargıtay 10 Hukuk Dairesi 1992/11117 Esas 1993/3693 Karar sayılı kararında *"rödovans sözleşmesi ile işletilen bir sahayı rödovansçı şirketin ortakların bir kısmı ya da tamamı aynı başka bir şirkete devredilmesi halinde işletme bütünlüğü - kardeş şirket ilişkisi oluştuğunu ve devralan ikinci şirketle birinci şirket arasındaki tüzel kişilik perdesi kaldırılarak devralan ikinci şirketin devreden birinci şirketin işçilerinin işçilik haklarından sorumlu olduğuna"* karar vermiştir³⁵.

IX. SONUÇ

Sonuç olarak; geniş bir istihdamda yer veren maden sahalarında maden işçileri ile ilgili gerek iş sağlığı ve güvenliği kapsamında gerekse 4857 Sayılı İş Kanunu kapsamında birçok düzenleme yer almaktadır. Maden sahaları yapıları gereği iş kazalarına daha çok mahal vermekle beraber işçilerin faaliyet alanlarında güvenliğinin sağlanmasının ne kadar elzem olduğu işverenlerce dikkate alınmalıdır. İşbu kapsamda alınacak önlemler işverenler tarafından gerekli görülmeli ve mutlaka iş sahalarında uygulanmalıdır. Hukukumuzda bu durumun öneme binaen ilgili mevzuat detaylıca düzenlenmiş dolayısıyla işverenin sorumluluğu kusursuz sorumluluk kapsamında değerlendirilmiştir. Yukarıda da anlatıldığı üzere işverenin anılan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini almasının yanı sıra bu önlemlerin faaliyet alanında uygulanıp uygulanmadığının denetimini de sağlamakta da yükümlüdür. İşbu yükümlülüklerle uymaması halinde işveren

çin hem haksız fiilden doğan sorumluluk hem de sözleşmesel sorumluluk söz konusu olacaktır.

MADEN SAHALARI YAPILARI GEREĞİ İŞ KAZALARINA DAHA ÇOK MAHAL VERMEKLE BERABER İŞÇİLERİN FAALİYET ALANLARINDA GÜVENLİĞİNİN SAĞLANMASININ NE KADAR ELZEM OLDUĞU İŞVERENLERCE DİKKATE ALINMALIDIR.

BIBLIOGRAPHY

DEMET ÖZDAMAR, Maden Hakkının Verilmesi ve Bu Hakkın Devri.

Dünyada ve Türkiye'de Madencilik Sektörü https://www.corlutso.org.tr/uploads/docs/dunyada_ve_turkiyede_madencilik_sektoru.pdf (Date of access, 23.10.2022).

ECE NUR KESEMEN, "Türk Hukukunda Maden İşletenin Hukuki Sorumluluğu".

FİKRET EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21th Edition, İstanbul, Beta, 2017.

GÜZİN ÜÇİŞİK, "Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi", Gazi University Faculty of Law Liability and Compensation Law Symposium, Ankara, 2009.

<https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/> (Date of access, 25.10.2022).

Regulation on the Implementation of the Mining Law, 22.08.1985, Official Gazette No. 18850.

MUSTAFA ALPER GÜMÜŞ, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, İstanbul 2012.

MUSTAFA TOPALOĞLU, Dünyada Maden Hukukuyla İlgili Yeni Yaklaşımlar ve Bu Bağlamda Türk Maden Hukukunun Gelişimi.

MUSTAFA TOPALOĞLU, Maden Hukuku ile İlgili Makaleler, İstanbul 2021.

SERAP TELLİ, İdare Hukuku ve Uluslararası Hukuk Açısından Madenler (Madenler), Ankara 1989.

SÜLEYMAN YILDIZ, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluğuna İlişkin Yeni Hükümler", Journal of Ankara University Faculty of Law, Vol. 59, P. 3, 2010.

Sürdürülebilir Kalkınma Hakkında Temel Bilgiler <http://www.surdurulebilir kalkinma.gov.tr/temel-tanimlar/> (Date of access, 23.10.2022).

TUĞBA YAVUZ MARIM, "Madenlerin İşletilmesi ve Rödovans Sözleşmesi", 2021.

Dictionary of Turkish Language Institution <https://sozluk.gov.tr/> (Date of access, 23.10.2022).

İLHAN ULUSAN, "Tehlike Sorumluluğu Üstüne", Journal of Comparative Law Studies.

KAYNAKÇA

DEMET ÖZDAMAR, Maden Hakkının Verilmesi ve Bu Hakkın Devri.

Dünyada ve Türkiye'de Madencilik Sektörü https://www.corlutso.org.tr/uploads/docs/dunyada_ve_turkiyede_madencilik_sektoru.pdf (Erişim tarihi, 23.10.2022).

ECE NUR KESEMEN, "Türk Hukukunda Maden İşletenin Hukuki Sorumluluğu".

FİKRET EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21.Baskı, İstanbul, Beta, 2017.

GÜZİN ÜÇİŞİK, "Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2009.

<https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/> (Erişim tarihi, 25.10.2022).

Maden Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik, 22.08.1985, 18850 sayılı Resmi Gazete.

MUSTAFA ALPER GÜMÜŞ, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, İstanbul 2012.

MUSTAFA TOPALOĞLU, Dünyada Maden Hukukuyla İlgili Yeni Yaklaşımlar ve Bu Bağlamda Türk Maden Hukukunun Gelişimi.

MUSTAFA TOPALOĞLU, Maden Hukuku ile İlgili Makaleler, İstanbul 2021.

SERAP TELLİ, İdare Hukuku ve Uluslararası Hukuk Açısından Madenler (Madenler), Ankara 1989.

SÜLEYMAN YILDIZ, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluğuna İlişkin Yeni Hükümler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 59, S. 3, 2010.

Sürdürülebilir Kalkınma Hakkında Temel Bilgiler <http://www.surdurulebilir kalkinma.gov.tr/temel-tanimlar/> (Erişim tarihi, 23.10.2022).

TUĞBA YAVUZ MARIM, "Madenlerin İşletilmesi ve Rödovans Sözleşmesi", 2021.

Türk Dil Kurumu Sözlüğü <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi, 23.10.2022).

İLHAN ULUSAN, "Tehlike Sorumluluğu Üstüne", Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi.

FOOTNOTE

³⁴ Topaloğlu, Maden Hukuku ile İlgili Makaleler, p. 381.

³⁵ Supreme Court 10.HD. E.1992/11117 K.1993/3693 (www.karararama.yargitay.gov.tr, Access Date: 06.11.2022).

DİPNOT

³⁴ Topaloğlu, Maden Hukuku ile İlgili Makaleler, s. 381.

³⁵ Yargıtay 10.HD. E.1992/11117 K.1993/3693 (www.karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.11.2022).

CARBON EMISSION TRADE IN TURKISH AND INTERNATIONAL LAW

TÜRK HUKUKUNDA VE ULUSLARARASI HUKUKTA KARBON EMİSYONU TİCARETİ

DERYA AYSİMA KANTARCI
MERT ÇİMÇEK
MEHMET NUMAN ÖZDEMİR

ABSTRACT

Carbon trading is a market-based tool and is based on the certification of reduced greenhouse gas emissions and the trading of these certificates in the markets. Carbon trading has not yet been implemented in Türkiye, except for voluntary programs. With the release of greenhouse gases, which has been on the rise with the industrial revolution and the accompanying global warming, especially in recent years, it has been on the agenda of many countries including Türkiye. Although carbon trading is relatively new in Turkish law, it has been especially utilized for years in the European Union. In this study, the carbon trading and emissions trading system, the European Union Emission Trading System (the largest carbon market in the world), and the extension of this system in voluntary emission trade system of our country will be analysed in terms of draft legislation.

ÖZET

Karbon ticareti piyasa temelli bir araçtır ve azaltılan sera gazı salınımlarının sertifikalandırılması ile bu sertifikaların piyasalarda alım satımının yapılması esasına dayanır. Karbon ticaretinin Türkiye’de gönüllü programlar dışında henüz uygulaması yoktur. Türk hukuku nezdinde nispeten yeni olsa da özellikle Avrupa Birliği bünyesinde yıllardır uygulama alanı bulan karbon ticareti, sanayi devrimiyle birlikte keskin bir yükselişte olan sera gazlarının salınımı ve beraberinde gelen küresel ısınmayla birlikte özellikle son yıllarda Türkiye de dahil olmak üzere birçok ülkenin gündeminde yer edinmektedir. Bu çalışmada karbon ticareti ve emisyon ticaret sistemi, halihazırda dünyanın en büyük karbon piyasası olan Avrupa Birliği Emisyon Ticaret Sistemi ve bu sistemin ülkemizdeki uzantısı olan gönüllü emisyon ticaret sistemi ve taslak mevzuat açısından incelenecektir.



KEYWORDS

CARBON TRADE, CARBON PRICING, EMISSION TRADING SYSTEM, KYOTO PROTOCOL, CARBON EMISSION, EU EMISSIONS TRADING SYSTEM, VOLUNTARY EMISSION MARKETS, CARBON TAX.



ANAHTAR KELİMELELER

KARBON TİCARETİ, KARBON FİYATLANDIRMASI, EMİSYON TİCARETİ SİSTEMİ, KYOTO PROTOKOLÜ, KARBON SALINIMI, AB EMİSYON TİCARETİ SİSTEMİ, GÖNÜLLÜ EMİSYON PİYASALARI, KARBON VERGİSİ.

PART 10

In this study, the carbon trading and emissions trading system, the European Union Emission Trading System (the largest carbon market in the world), and the extension of this system in voluntary emission trade system of our country will be analysed in terms of draft legislation.

Bu çalışmada karbon ticareti ve emisyon ticaret sistemi, halihazırda dünyanın en büyük karbon piyasası olan Avrupa Birliği Emisyon Ticaret Sistemi ve bu sistemin ülkemizdeki uzantısı olan gönüllü emisyon ticaret sistemi ve taslak mevzuat açısından incelenecektir.

I. INTRODUCTION

One of the most significant issues of our day and the future, climate change has prompted nations to take significant action to combat the harmful impacts of carbon dioxide gas, which is the main greenhouse gas produced into the atmosphere as a result of production and consuming activities. Amongst other solutions, carbon trade sits as one of the most effective. The global carbon markets formed in connection with carbon trade and the mechanisms developed from these markets have also been under discussion in Türkiye in recent years. These mechanisms, which are not yet fully clarified and in the draft stage, have the potential to become a market with high transaction volume when they come into effect. However, it is necessary to analyse the history of this practice and its appearance in other countries to ensure its integration into various systems of our country and to find solutions to the legal or economic problems encountered.

I. GİRİŞ

Günümüzün ve geleceğimizin en önemli sorunlarından bir tanesi olan iklim değişikliği, ülkeleri üretim ve tüketim faaliyetleri sonucu atmosfere salınan sera gazları içinde miktar olarak başı çeken karbondioksit gazının yarattığı olumsuz etkilere karşı ciddi tedbirler almaya yöneltmiştir. Ortaya çıkan çözümlerin en etkililerinden biri ise karbon ticaretidir. Karbon ticaretine bağlı olarak oluşan dünya karbon piyasaları ve bu piyasalara bağlı olarak geliştirilen mekanizmalar son yıllarda Türkiye’de de konuşulmaya başlanmıştır. Henüz tamamen netlik kazanmamış ve taslak aşamasında olan bu mekanizmalar yürürlüğe girdiklerinde yüksek işlem hacmine sahip bir piyasa haline gelme potansiyeline sahiptir. Ancak öncelikle bu uygulamanın tarihinin ve diğer ülkelerdeki görünümünün iyi şekilde analiz edilerek, ülkemiz sistemlerine entegrasyonunun sağlanması ve karşılaşılan hukuki veya ekonomik sorunlara çözüm üretilmesi gerekmektedir.



II. WHAT IS CARBON TRADING?

A. In General

Antoine Lavoisier used the term carbon for the first time in the scientific world in his work called *Traité Élémentaire de Chimie* (A Study of Basic Chemistry) published in 1789. This word is derived from the Latin word *carbonem*, meaning coal. As the process progressed, carbon evolved out of the science literature and started to play a different role in daily use with the reality of global warming. United Nations Framework Convention on Climate Change is the first concrete development on the globally effective prevention for the consequences of climate change, while holding developed countries responsible for greenhouse gas emissions that cause climate change, and it also imposes some obligations on developed countries. As a matter of fact, in the Kyoto Protocol, which is described as the continuation of this convention and entered into force in 2005, developed countries were requested to reduce their greenhouse gas emissions within the scope of their common but differentiated responsibilities, and if they could not do this, they were requested to adopt carbon trading practices. These de-

II. KARBON TİCARETİ NEDİR?

A. Genel Olarak

Karbon terimini, bilim dünyasında ilk kez 1789’da yayınladığı *Traité Élémentaire de Chimie* (Temel Kimya İncelemesi) adlı yapıtında Antoine Lavoisier kullanmıştır. Bu kelime, Latince’de kömür anlamına gelen *carbonem* kelimesinden türetilmiştir. Karbon, süreç ilerledikçe pozitif bilim literatürünün dışına çıkarak, küresel ısınma gerçeği ile birlikte günlük kullanımda farklı bir rol üstlenmeye başlamıştır. İklim değişikliğinin yol açtığı etkilerin önlenmesine yönelik küresel açıdan etkili ilk somut gelişme olan Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi, iklim değişikliğine neden olan sera gazı salınımlarından gelişmiş ülkeleri sorumlu tutarken aynı zamanda gelişmiş ülkelere bazı yükümlülükler getirmektedir. Nitekim bu sözleşmenin bağlantısı, devamı olarak nitelendirilen ve 2005 yılında yürürlüğe giren Kyoto Protokolü’nde de gelişmiş ülkelerin ortak fakat farklılaştırılmış sorumlulukları kapsamında sera gazı emisyon miktarlarını azaltmalarını, bunu yapamıyorsa karbon ticareti uygulamalarını benimsemeleri talep edilmiştir. Bu gelişmeler sera gazı salınımlarını azaltma hedeflerine ulaşmak isteyen ülkelere teknoloji

PART 10

velopments have imposed additional costs for countries that want to achieve their goals of reducing greenhouse gas emissions such as developing technologies and making new investments. In order to facilitate and expand the implementation of the measures taken in this process, a carbon pricing system was designed and put into practice within the scope of the protocol.

B. Carbon Pricing

In today's everchanging and developing world, various striking consequences of climate change are encountered such as global warming problems, temperature increases, drought, prolonged of seasons, frequent natural disasters which constitute a major problem both nationally and internationally. In line with these results, it can be said that the carbon pricing system plays a critical role in reducing greenhouse gas emissions in order to prevent the extinction of degraded ecosystems and endangered creatures. Carbon pricing can be defined as a market practice based on the "polluter pays" principle created to promote the clean energy transition and reduce greenhouse gas emissions. This practice was applied for the first time in 2005, when countries or companies that did not use their carbon emission quotas and sold their rights (and therefore the certificates) to countries or companies that used their quotas. The signatory countries of Kyoto protocol have undertaken to stay below these quotas. Parties that fail to fulfil their commitment to stay under the quota and fulfil their carbon emission rights have had the opportunity to obtain the right to emit carbon emissions from the countries below this quota.

Carbon pricing is based on the "carbon tax" practices and the "emissions trading system (ETS)", which are characterized as two main market instruments. In addition to these two practices, non-direct or more consequential methods are applied as well as carbon tax and emission trading system practices such as fuel taxes and removal of fossil fuel subsidies for carbon pricing. On the other hand, the emission of greenhouse gases released to the environment can also be priced by the emission offset method. Accordingly, companies or countries can obtain result-oriented financing to minimize their emissions in order to offset their emissions to the environment, or they can purchase and use emission quotas to support their activities.

sistemlerini geliştirme, yeni yatırımlar yapma gibi ilave maliyetler yüklemiştir. Bu süreçte alınan önlemlerin uygulanmasını kolaylaştırmak ve yaygınlaştırmak amacıyla protokol kapsamında karbon fiyatlandırması sistemi tasarlanarak uygulamaya sunulmuştur.

B. Karbon Fiyatlandırması

Her geçen gün değişen ve gelişen günümüz dünyasında, hem ulusal hem de uluslararası alanda büyük bir sorun teşkil eden küresel ısınma sorunları, sıcaklık artışları, kuraklık, mevsim sürelerinin uzaması, sık sık yaşanan doğal afetler gibi iklim değişikliğinin çeşitli çarpıcı sonuçlarıyla karşılaşılmaktadır. Bu sonuçlar doğrultusunda bozulan ekosistemlerin ve tehlikede olan canlıların nesillerinin tükenmesini önlemek için sera gazı emisyonlarının azaltılması hususunda karbon fiyatlandırması sisteminin kritik bir rol üstlendiği söylenebilir. Karbon fiyatlandırması, temiz enerji geçişini teşvik etmek ve sera gazı salınımını azaltmak için oluşturulan "kirlenen öder" ilkesini temel alan bir piyasa uygulaması olarak tanımlanabilir. Bu uygulama, karbon salınım kotasını doldurmayan ülkelerin veya firmaların bu haklarını, bunu belgeleyen sertifikalarını kendi kotalarını doldurmuş ülke veya firmalara satması ile ilk kez 2005 tarihinde gerçekleşmiştir. Kyoto Protokolü'nün taraf devletleri bu kotaların altında kalmayı taahhüt etmişlerdir. Kota altında kalma taahhüdünü yerine getiremeyen, karbon salınım haklarını dolduran taraf devletler bu kotaların altında kalan ülkelere karbon ticareti ile salınım hakkı elde etme imkânı bulmuşlardır.

Karbon fiyatlandırması, iki temel piyasa aracı olarak nitelendirilen "karbon vergisi" uygulamaları ve "emiyon ticaret sistemi (ETS)" üzerine kuruludur. Bu iki uygulamaya ek olarak karbon fiyatlandırmasına yönelik yakıt vergileri, fosil yakıt sübvansiyonlarının kaldırılması gibi karbon vergisi ve emiyon ticaret sistemi uygulamaları kadar direkt olmayan veya daha sonuca yönelik yöntemler de uygulanmaktadır. Diğer yandan, çevreye salınan sera gazlarının emiyonu, emiyon denkleştirme yöntemi ile de fiyatlandırılabilir. Buna göre şirketler veya ülkeler çevreye yaydıkları emiyonlarını denkleştirmek amacıyla emiyonlarını minimuma indirmeye yönelik sonuç odaklı finansmanlar edinebilir veya faaliyetlerine destek çıkmak için emis-

yon kotaları satın alıp kullanabilirler.

Karbon vergisi sisteminde çevreye salınan karbon emisyonlarının üzerine karbon miktarına göre belirlenen doğrudan bir maliyet eklenerek hesaplama yapılır ve yayılan her bir ton karbon kirliliği için vergi olarak ödeme yapılmasını gerektirir¹. Böylece daha verimli süreçlere veya daha temiz yakıtlara geçerek kirlenenlerin emiyonlarını düşürmesi için mali bir teşvik yaratılır. Bu yaklaşım, ton bazlı fiyat sabit olduğu için fiyat konusunda öngörülebilirlik sağlar.

ETS ise "sınır ve ticaret" sistemi (cap-and-trade system veya CTS) ve "taban ve tahsisat" sistemi (baseline and credit scheme veya BCS) olarak ikiye ayrılmaktadır. Emiyon ticareti sisteminde emiyon miktarı önceden belirlenmekle birlikte sistem, bu önceden belirlenen üst salınım limitinin aşılması esasına dayanır. Bu yaklaşım, kirlenmelerin emiyon azaltma hedeflerini esnek bir şekilde ve en düşük maliyetle karşılamasını sağlarken aynı zamanda emiyon azaltımları hakkındaki planlarda kesinlik sağlar, ancak piyasaya göre dalgalanan emiyon fiyatı arz-talep ilişkisi ile birlikte diğer etkenler tarafından belirlenir. Sonuç olarak emiyon ticareti sisteminin (ETS) iklim değişikliğinin sebep olacağı olumsuz etkileri en aza indirmek için, yapılan emiyon salınımını sınırlayacak bir piyasa oluşturma gayesinde olduğu söylenebilir.

III. TARİHÇE

İklim değişikliğinin tüm dünya üzerindeki olumsuz etkisinin iyiden iyiye hissedilmeye başlamasıyla beraber, 20. yüzyılda bazı ülkeler bu etkileri azaltıcı aksiyonlar almaya başlamıştır. Bu aksiyonların ilki 1992'de ülkelerin Birleşmiş Milletler (BM) çatısı altında Rio de Janeiro'da toplanıp, Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'ni (BMİDÇS) hayata geçirmeleridir. İlgili sözleşme içerisinde, yükümlülükleri açısından ülkeler üç gruba ayrılmışlardır. Ek-1 ülkeleri sera gazı emiyonlarını sınırlandırmak, sera gazı yutaklarını korumak ve geliştirmek, ayrıca, iklim değişikliğini önlemek için aldıkları önlemleri ve izledikleri politikaları bildirmek ve mevcut sera gazı emiyonlarını ve emiyonlarla ilgili verileri iletmekle; Ek-2 ülkeleri bunlara ilaveten çevreye uyumlu teknolojilerin özellikle gelişme yolundaki taraf ülkelere aktarılması veya bu teknolojilere erişimin teşvik edilmesi, kolaylaştırılması ve finanse edilmesi hususlarında her türlü adımı atmakla yükümlüken Ek Dışı Ülkeler sera

In the carbon tax system, the carbon emissions released to the environment are calculated by adding a direct cost determined according to the amount of carbon, and it requires payment as a tax for each ton of carbon pollution emitted¹. This creates a financial incentive for polluters to reduce their emissions by switching to more efficient processes or cleaner fuels. This approach provides price predictability as the price per tonne basis is fixed.

The ETS, on the other hand, is divided into two as a "border and trade" system (cap-and-trade system or CTS) and a "baseline and credit scheme or BCS) system. Although the emission amount is determined in advance in the emission trading system, the system is based on the principle that participants not exceeding this predetermined upper emission limit. This approach allows pollutants to meet emission reduction targets flexibly and at the lowest cost, while providing certainty in plans for emission reductions, but the fluctuating emissions price by market is determined by the supply-demand relationship as well as other factors. As a result, it can be said that the emission trading system (ETS) aims to create a market that will limit the emissions in order to minimize the negative effects of climate change.

III. HISTORY

As climate change's negative impact on the whole world is felt more and more, in the 20th century, some countries started to act to reduce these effects. The first of which was the meeting of the countries in Rio de Janeiro under the umbrella of the United Nations (UN) in 1992 and the implementation of the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC). Within this convention, countries are divided into three groups in terms of their obligations. Countries listed in Annex-1 are responsible for limiting greenhouse gas emissions, protecting and developing greenhouse gas sinks, as well as reporting the measures they take and the policies they follow to prevent climate change, and transmitting current greenhouse gas emissions and data on emissions, while Annex-2 countries are also obliged to take all kinds of steps to transfer environmentally compatible technologies, especially to developing countries, or to encourage, facilitate and finance access to

FOOTNOTE

¹ Seyfi Yıldız, "Sürdürülebilir Kalkınma İçin Karbon Vergisi", Muhasebe ve Vergi Uygulamaları Dergisi, C. 10, S. 3, Kasım 2017, p. 368.

DİPNOT

¹ Seyfi Yıldız, "Sürdürülebilir Kalkınma İçin Karbon Vergisi", Muhasebe ve Vergi Uygulamaları Dergisi, C. 10, S. 3, Kasım 2017, s. 368.

PART 10

these Technologies and Countries that are listed neither of the Annexes are encouraged to reduce their greenhouse gas emissions, cooperate in research and technology transfer, and protect their greenhouse gas sinks, but are not under any specific obligations. Although Türkiye is among the countries listed in Annex-1, due to its special conditions, it has a privileged status among the countries in this group which was emphasized in the Marrakech Decision 26/CP.7. This privileged status was also referred to at the 16th Conference of the Parties held in Cancun, Mexico in 2010, and it was acknowledged that Türkiye is different from Annex-1 countries and it was pointed out that it is suitable for benefiting from finance, capacity building and technology transfer opportunities. The Ad Hoc Working Group has been requested to continue considering finance, capacity building and access to technology.

Although the UNFCCC is the first considerable step taken on the subject in the international platform, the failure of the parties to fulfil their obligations in the relevant contract and the inability to determine digitized reduction commitments for greenhouse gas reduction led to the need for new legal regulations². Thereupon, a meeting was held in Japan for the Kyoto Protocol in 1997, and responsibilities were imposed on the countries for the reduction of greenhouse gases. With this protocol, countries have set numerical targets for the reduction of greenhouse gases.

These targets have been determined differently for each group specified in the UNFCCC. For Annex-1 countries, an arrangement was brought regarding the obligation to reduce their emission levels from 2008 until 2012 by 5% compared to 1990. For 2013-2020, this rate was determined as 18%. The greenhouse gases aimed to be reduced are listed as carbon dioxide, methane, nitrous oxide, hydrofluorocarbons, perfluorocarbons and sulphur hexafluoride in the Protocol³.

Along with the Kyoto Protocol, the Conference of the Parties (COP) is held every year. At COP 21 held in Paris in 2015, for the first time after 2020, all countries on a global scale made a commitment to reduce greenhouse gas emissions. Along with this commitment, the Paris Agreement regulating the post-2020 climate regime was adopted at COP 21⁴.

gazı emisyonlarını azaltmaya, araştırma ve teknoloji transferine ilişkin işbirliği yapmaya ve sera gazı yutaklarını korumaya teşvik edilmekte, ancak belirli bir yükümlülük altına alınmamaktadırlar. Türkiye ise Ek-1 ülkeleri içinde bulunmakla beraber, özel koşulları nedeniyle, bu gruptaki ülkeler arasında ayrıcalıklı bir statüye sahip olduğu hususunda da 26/CP.7 sayılı Marakeş Kararı'nda vurgulanmıştır. 2010 yılında Cancun, Meksika'da düzenlenen 16. Taraflar Konferansı'nda da bu karara atıf yapılmış ve Türkiye'nin, Ek-1 ülkelerinden farklı olduğu kabul edilerek finans, kapasite geliştirme ve teknoloji transferi imkânlarından yararlanmaya elverişli olduğuna işaret edilmiş ve Uzun Dönemli İşbirliği Faaliyeti Geçici Çalışma Grubu'nun finans, kapasite geliştirme ve teknolojiye erişiminin sağlanması konusunu değerlendirmeye devam etmesi talep edilmiştir.

BMİDÇS, uluslararası platformda konuyla ilgili atılan ilk önemli adım olmakla beraber, taraf ülkelerin ilgili sözleşmedeki yükümlülüklerini yerine getirmemesi ve sera gazı azaltımı için sayısallaştırılmış azaltım taahhütleri belirleyememesi yeni hukuki düzenlemelere ihtiyaç doğurmuştur². Bunun üzerine 1997'de Japonya'da Kyoto Protokolü için toplanılmış ve yine sera gazlarının azaltımı için ülkelere sorumluluklar yüklenmiştir. Bu protokolle ülkelere sera gazlarının azaltımı için sayısal hedefler konmuştur.

Bu sayısal hedefler, BMİDÇS'de belirtilen her bir gruba farklı olacak şekilde belirlenmiştir. Ek-1 ülkeleri için, 2008'den 2012 yılına kadar emisyon miktarlarını %5 azaltma yükümlülüğü getirilmiştir. 2013-2020 içinse bu oran %18 olarak belirlenmiştir. Azaltımı hedeflenen sera gazları Protokol'de; karbondioksit, metan, diazotmonoksit, hidroflorokarbonlar, perfluorokarbonlar ve sülfür heksafluorid olarak sayılmıştır³.

Kyoto Protokolü ile birlikte, her yıl Taraflar Konferansı (COP) düzenlenmektedir. 2015 yılında Paris'te yapılan COP 21'de, 2020 sonrası için ilk kez küresel ölçekte bütün ülkeler sera gazı emisyon azaltımı taahhüdünde bulunmuşlardır. Bu taahhüt ile birlikte, 2020 sonrası iklim rejimini düzenleyen Paris Anlaşması COP 21'de kabul edilmiştir⁴.

Paris Anlaşması'nın nihai amacı, küresel ortalama sıcaklık artışını sanayi öncesi seviyelerden 2 °C ile sınırlamak, mümkün olduğu müddetçe de altında tutmaktır. Bu amaca

The ultimate goal of the Paris Agreement is to limit the global average temperature rise to 2 °C above pre-industrial levels, and to keep it below as long as possible. In order to achieve this goal, greenhouse gas emissions should be reduced and fossil fuels should not be used. However, since the Paris Agreement does not impose an obligation on the party countries as to how much greenhouse gas emissions they can emit in a certain amount of time, this issue is handled by the national contribution declarations of the countries. Among the national contribution statements that can be put forward through absolute reduction, ceiling emission year, reduction from the reference scenario and emission intensity target, Türkiye prefers the reduction path from the reference scenario, which is the reference scenario where the greenhouse gas amount to be released into the atmosphere by the countries under the current policies is accepted as the reference scenario and the emissions are reduced below the level in this scenario⁵.

IV. CARBON PRICING IN EUROPE

Carbon pricing in European Union countries is also generally based on carbon tax and emissions trading system. Apart from these two tools, more indirect ways such as fuel taxes for carbon pricing and removal of fossil fuel subsidies are also used⁶.

While the European Union implements its own ETS system at the Union level, member states can apply carbon tax within their own

ulaşabilmek için sera gazı emisyonlarının azaltılması ve fosil yakıtların kullanılmaması gerekmektedir. Ancak Paris Anlaşması, taraf ülkelere ne kadar zamanda ne kadar sera gazı emisyonu salabileceklerine dair bir yükümlülük getirmediği için bu konu, ülkelerin ulusal katkı beyanlarıyla işlemektedir. Mutlak azaltım, tavan emisyon yılı, referans senaryodan azaltım ve emisyon yoğunluğu hedefi yollarıyla ortaya konulabilecek ulusal katkı beyanlarından Türkiye, ülkelerin mevcut politikaları altında atmosfere salacakları sera gazı miktarını referans senaryo kabul edip emisyonların bu senaryodaki seviyesinin altına indirilmesi şeklinde ortaya konan referans senaryodan azaltım yolunu tercih etmektedir⁵.

IV. AVRUPA'DA KARBON FİYATLANDIRMASI

Avrupa Birliği ülkelerinde karbon fiyatlandırması da genel olarak karbon vergisi ve emisyon ticaret sistemine dayanır. Bu iki aracın dışında karbon fiyatlandırmasına yönelik yakıt vergileri, fosil yakıt sübvansiyonlarının kaldırılması gibi daha dolaylı yollar da kullanılmaktadır⁶.

Avrupa Birliği, Birlik düzeyinde kendi ETS sistemini uygularken, üye ülkeler kendi devlet

FOOTNOTE

2 Birol Ubay, "Karbon Fiyatlandırmasında Emisyon Ticaret Sistemi ve Önemi", Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2021, p. 63.

3 Ubay, p. 58.

4 Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, "BM İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi", Access Date: 25.10.2022, <https://www.mfa.gov.tr/bm-iklim-degisikligi-cerceve-sozlesmesi.tr.mfa>.

5 350Türkiye, "10 Soruda Paris İklim Anlaşması", Access Date: 25.10.2022, <https://350turkiye.org/parisionayla/#soru1>.

6 Ubay, p. 49.

DİPNOT

2 Birol Ubay, "Karbon Fiyatlandırmasında Emisyon Ticaret Sistemi ve Önemi", Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2021, s. 63.

3 Ubay, s. 58.

4 Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, "BM İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi", Erişim Tarihi: 25.10.2022, <https://www.mfa.gov.tr/bm-iklim-degisikligi-cerceve-sozlesmesi.tr.mfa>.

5 350Türkiye, "10 Soruda Paris İklim Anlaşması", Erişim Tarihi: 25.10.2022, <https://350turkiye.org/parisionayla/#soru1>.

6 Ubay, s. 49.



PART 10

state borders. Countries determine which instrument or instruments will be used according to their own specific situations. Both the carbon tax and the emissions trading system are market-based methods and their success depends on the efficient functioning of the market system⁷.

In the ETS system, a country-wide or industry-wide cap is set by a central authority. In addition, this authority allocates carbon allowances to emitters so that they do not exceed this cap. Carbon allowances can be distributed by tender or without expecting any compensation. A mixed system is used in Europe, which includes both these distribution types. As a result, the ETS system consists of two main factors: the cap that emitters must not exceed, and the tradable allowances that allow emitters to emit carbon up to a certain amount⁸.

The ETS system in Europe, the world's largest multinational carbon market, is the most effective and widely practiced system of emissions allowance trading. Today, 32 of the 42 countries that implement this system are members of the European Union ETS system⁹. Along with EU member states, England, Norway, Liechtenstein and Iceland are also included in this system. The EU ETS is Europe's number one tool to combat global warming and reduce greenhouse gas emissions. The EU ETS covers carbon dioxide emissions, nitrogen oxide emissions from all nitric, adipic, glyoxylic acid and glyoxal production, and perfluorocarbon (PFC) emissions from aluminium production¹⁰.

The European Union has divided the system into a few periods. The first period lasted 3 years, from January 2005 to December 2007. The second period started in January 2008 and ended in December 2012. The third period lasted from January 2013 to December 2020. The fourth period started in January 2021 and will continue until December 2030. Research reveals that carbon emissions in 2020 decreased by 21% compared to 2005, which is a concrete indicator of the effectiveness of the ETS system.

The controlling authority grants free of charge or by auction the European Union Allowances (EUA), which are carbon allowances, to the emitters involved in the system. In the first two periods, the free and large amount of supply of carbon allowances to emitters caused allowance prices to fall to

sınırları içerisinde karbon vergisi uygulayabilmektedir. Hangi aracın veya araçların kullanılacağını, ülkeler kendi özel durumlarına göre belirlerler. Hem karbon vergisi hem de emisyon ticareti sistemi piyasa temelli yöntemlerdir ve başarıyla sonuçlanabilmeleri piyasa sisteminin etkin bir şekilde işleyişine bağlıdır⁷.

ETS sisteminde, ülke veya belirli bir sektör çapında bir üst sınır, merkezi bir otorite tarafından belirlenir. Ayrıca bu otorite, bu üst sınıra geçmeyecek şekilde yayıcılara karbon tahsisatları dağıtır. Karbon tahsisatları ihaleyle veya herhangi bir karşılık beklenmeden dağıtılabilir. Avrupa'da bu iki dağıtım şeklini de kapsayan karma bir sistem kullanılmaktadır. Sonuç olarak ETS sistemi iki ana etmeden oluşur: yayıcıların geçmemekle yükümlü oldukları emisyon üst sınırı ve yayıcılara belirli bir miktara kadar karbon emisyonu yapmalarına izin veren, ticareti yapılabilir tahsisatlar⁸.

Dünyanın en büyük çok uluslu karbon piyasası olan Avrupa'daki ETS sistemi, emisyon tahsisatı ticaretinin en etkin ve yaygın olarak uygulandığı sistemdir. Bugün bu sistemi uygulayan 42 ülkenin 32'si Avrupa Birliği ETS sisteminin üyesidir⁹. AB üye ülkeleriyle birlikte, İngiltere, Norveç, Lihtenştayn ve İzlanda da bu sisteme dahildir. AB ETS, Avrupa'nın küresel ısınmayla mücadelede ve sera gazı emisyonlarını azaltmada kullandığı bir numaralı araçtır. AB ETS'nin kapsamına karbondioksit emisyonları, bütün nitrik, adipik, glioksilik asit ve glioksal üretiminden kaynaklanan azot oksit emisyonları ve alüminyum üretiminden gelen perflorokarbon (PFC) emisyonları girmektedir¹⁰.

Avrupa Birliği, sistemi bazı dönemlere bölmüştür. İlk dönem Ocak 2005'ten Aralık 2007'ye kadar 3 yıl sürmüştür. İkinci dönem, Ocak 2008'de başlayıp Aralık 2012'de bitmiştir. Üçüncü dönemse, Ocak 2013'ten Aralık 2020'ye kadar sürmüştür. Dördüncü dönem ise Ocak 2021'de başlamıştır ve Aralık 2030'a kadar devam edecektir. Araştırmalar 2020'deki karbon emisyonunun 2005 yılına oranla %21 azaldığını ortaya koymaktadır, ki bu sonuç da ETS sisteminin etkinliğinin somut bir göstergesidir.

Sisteme dahil olan yayıcılara, görevli otorite karbon tahsisatı olan Avrupa Birliği tahsisatlarını (EUA) ücretsiz olarak veya ihale yoluyla verir. İlk iki dönemde, karbon tahsisatlarının yayıcılara ücretsiz olarak ve bol miktarda verilmesi, tahsisat fiyatlarının 2007'de sifıra düş-

zero in 2007. As a precaution, the European Union gave 40% of the allowances to the emitters through auction in the third period and made it obligatory for electricity producers to purchase allowances through tender, with the exception of some exceptional countries¹¹.

Emitters must submit one EUA per tonne of CO₂ they release into the atmosphere. Until 3rd of January 2018, European Parliament Directive 2004/39/EC on Markets for Financial Instruments (MiFID II) did not include emission allowances in financial instruments. However, since this date, emission allowances have been evaluated as financial instruments and included within the scope. This has resulted in emissions allowances being subject to financial market rules¹².

The main method of awarding emission allowances to emitters in the EU ETS is currently the bidding procedure, but the procedure for granting free allowances still continues today. There are also some differences in practice between sectors. For example, no free allowances have been distributed to the electricity sector since 2013.

Total revenue earned from auctions of ETS allowances to emission generators; the sum exceeded EUR 21 billion in 2012-2017, this amount exceeded EUR 14 billion in 2018 and EUR 14.6 billion in 2019¹³. The ETS Directive requires governments to spend at least 50% of their procurement revenues, or the financial equivalent, on issues related to climate change and energy. According to the statistics of the EU Commission, between 2013 and 2018, states spent close to 80% of their income from the auction sale of allowances on these issues¹⁴.

V. GLOBAL CARBON MARKETS

A. Mandatory Carbon Markets

The markets where the allowances are obtained as a result of the flexibility mechanisms of the countries that are party to the Kyoto Protocol are bought and sold are called compulsory carbon markets. With the Kyoto Protocol entering into force in 2005, various mechanisms have been developed that will encourage and contribute positively to the reduction of carbon emissions so that the

mesine sebep olmuştur. Avrupa Birliği önlem olarak üçüncü dönemde tahsisatların %40'ını açık arttırmayla yayıcılara vermiş ve elektrik üreticileri için, bazı istisna ülkeler hariç olmak üzere, tahsisatları ihale yoluyla satın alma zorunluluğu getirmiştir¹¹.

Yayıcılar, atmosfere saldıkları her ton CO₂ başına bir EUA'yı otoriteye teslim etmek zorundadır. 3 Ocak 2018'e kadar, Finansal Enstrüman Piyasaları (MiFID II) hakkında 2004/39/EC sayılı Avrupa Parlamentosu Direktifi emisyon tahsisatlarını finansal araç kapsamına almamıştı. Ancak bu tarihten itibaren emisyon tahsisatları finansal araç olarak değerlendirilerek kapsamın içine sokulmuştur. Bu da emisyon tahsisatlarının finansal piyasa kurallarına tabi olması sonucunu doğurmuştur¹².

AB ETS'de emisyon tahsisatlarının yayıcılara verilmesinde ana yöntem hali hazırda ihale usulüdür, ancak ücretsiz tahsisat verilmesi usulü de günümüzde halen devam etmektedir. Sektörler arası uygulamada da birtakım farklılıklar mevcuttur. Örneğin, 2013 yılından bu yana elektrik sektörüne ücretsiz tahsilat dağıtılmamaktadır.

ETS tahsisatlarının ihale yoluyla emisyon üreticilerine satışlarından kazanılan toplam gelir tutarı; 2012-2017 tarihlerinde 21 milyar Avroyu geçerken, bu miktar 2018'de 14 milyar Avro ve 2019'da 14,6 milyar Avroyu aşmıştır¹³. ETS Direktifi, devletlerin ihale yoluyla elde ettikleri gelirlerin en az %50'sini veya finansal açıdan denk miktarı iklim değişimi ve enerji ile bağlantılı konular için harcanmasını istemektedir. AB Komisyonunun istatistiklerine göre, 2013-2018 yılları arasında, devletler tahsisatların açık arttırma yoluyla satışından elde ettikleri gelirin %80'ine yakın bir miktarı bu konularda kullanmışlardır¹⁴.

V. KÜRESEL KARBON PİYASALARI

A. Zorunlu Karbon Piyasaları

Kyoto Protokolü'ne taraf sıfatını haiz olan ülkelerin esneklik mekanizmaları sonucu elde ettikleri tahsisatların alımının ve satımının yapıldığı piyasalar zorunlu karbon piyasaları olarak adlandırılır. 2005 yılında Kyoto Protokolü'nün yürürlüğe girmesiyle protokole taraf olan ülkelerin emisyonlarını sınırlama ve azaltma yükümlülüklerini yerine getirebilmeleri için karbon salınım miktarının azaltımını

DİPNOT

7 Paul Ekins/ Terry Barker, "Carbon Taxes and Carbon Emissions Trading" Journal of Economic Surveys, C. 15 S. 3, 2001, p. 370.

8 EPA (United States Environmental Protection Agency) "What is emissions trading?" 2020.

9 Ubay, s. 58.

10 Carbon Market Watch, "A Guide to European Climate Policy Vol. 1 - EU's Emissions Trading System", 2016, s. 9.

11 Clean Energy Wire, "Understanding the European Union's Emissions Trading System (EU ETS)", Erişim Tarihi: 25.10.2022, <https://www.cleanenergywire.org/factsheets/understanding-european-unions-emissions-trading-system>.

12 Emissions-EUETS, "Legal nature of emission allowances", Erişim Tarihi: 25.10.2022, <https://www.emissions-euets.com/carbon-market-glossary/968-legal-nature-of-emission-allowances>.

13 European Commission, "Climate Action", Erişim Tarihi: 25.10.2022, https://ec.europa.eu/clima/policies/ets/auctioning_en.

14 Ubay, s. 62.

PART 10

countries that are party to the protocol can fulfil their obligations to limit and reduce their emissions. These clean development mechanisms are called joint enforcement and emissions trading system. ETS is one of the most prominent of these mechanisms. The common goals of these mechanisms are to promote sustainable development through technology transfer and investment, to help countries reduce their emissions or remove carbon from the atmosphere in a financially effective way in achieving their goals under the Kyoto Protocol, and to encourage the private sector and developing countries to contribute to their carbon emission reduction efforts.

teşvik edecek ve buna olumlu yönde katkı sağlayacak çeşitli mekanizmalar geliştirilmiştir. Bu mekanizmalar; temiz kalkınma mekanizmaları, ortak yürütme ve emisyon ticaret sistemi olarak adlandırılmaktadır. ETS, bu mekanizmaların en önde gelenlerindedir. Bu mekanizmaların ortak hedefleri teknoloji transferi ve yatırım aracılığıyla sürdürülebilir kalkınmayı teşvik etmek, ülkelerin Kyoto Protokolü tahtındaki amaçlarını gerçekleştirmelerinde mali etkin yolla emisyonlarını azaltmalarına veya atmosferden karbonu uzaklaştırmalarına yardımcı olmak, özel sektörü ve de gelişmekte olan ülkeleri karbon emisyonu azaltımı çabalarına katkı sağlamaları için özendirilmiştir.

There are no rules or standards that must be followed in voluntary carbon markets.

Gönüllü karbon piyasalarında yaptırıma bağlanmış kurallar veya uyulması şart olan bir standart yoktur.

B. Voluntary Carbon Markets

Voluntary markets are constituted by purchasing and selling certificates obtained from carbon and greenhouse gas emission reduction projects that individuals, businesses, institutions or organizations put forward in accordance with the rules of non-governmental organizations, without any pressure or imposition from the states in which they are located, in markets where legal rules have not yet been established. Voluntary carbon markets, unlike the Kyoto Protocol, have a more independent structure. There are no rules or standards that must be followed in voluntary carbon markets. Emission certificates that can be approved by different standards in different countries can be requested by different buyers in the voluntary carbon market¹⁵. Voluntary markets are different from compulsory carbon markets in countries that have signed the Kyoto Protocol but have not promised emission reductions in

B. Gönüllü Karbon Piyasaları

Kişilerin, işletmelerin, kurum veya kuruluşların, buldukları devletlerin herhangi bir baskısı veya dayatması olmaksızın, sivil toplum örgütlerinin düzenlemeleri ışığında ortaya koydukları karbon ve sera gazı emisyonunun azaltımı projelerinden aldıkları sertifikaların, yasal kuralları belirlenmemiş piyasalarda alınıp satılması gönüllü piyasaları oluşturur. Gönüllü karbon piyasaları, Kyoto Protokolü'nün sisteminden farklı olarak, daha bağımsız işleyen bir yapıya sahiptir. Gönüllü karbon piyasalarında yaptırıma bağlanmış kurallar veya uyulması şart olan bir standart yoktur. Farklı ülkelerde değişik standartlarla onaylanabilen emisyon sertifikaları gönüllü karbon piyasasında farklı alıcılar tarafından talep edilebilmektedir¹⁵. Gönüllü piyasalar, Kyoto Protokolü'nü imzalamış, ancak bu çerçevede emisyon azaltım sözü vermemiş ülkelerde zorunlu karbon piyasalarından farklı olarak oluşturulmuştur.

this framework. The basis of this system is the voluntary purchase of the carbon emission limit, which must be complied with within the framework of greenhouse gas emission reduction projects and related projects, which are completely voluntary.

VI. OUTLOOK IN TÜRKİYE

A. International Treaties

Türkiye, which became a party to the Kyoto Protocol in 2009, cannot benefit from flexibility mechanisms and carbon trading markets, since its greenhouse gas emission values are not high, it is not yet under a greenhouse gas reduction obligation. Nevertheless, it can be said that our country plays a very active role in voluntary markets. Rising to the position of the third country hosting the most projects in the voluntary carbon market in 2015, Türkiye has an important position in the global market today. With the increase in awareness of these projects over time, the number and variety of voluntary carbon projects naturally increased.

In the following process, while Türkiye presented its first national notification in 2007, it also presented the second, third, fourth and fifth notifications together in the 5th National Communication on Climate Change in 2013, to the UN Secretariat¹⁶. In 2009, the Strategy and Action Plan of the Istanbul International Financial Centre was officially published in the Official Gazette numbered 27364. The purpose was stated as: "To create the necessary infrastructure for financial products and services that have a high development potential, that are not yet offered in the Turkish markets or that have not reached sufficient trading volume, that can make Istanbul an attractive financial centre" and to create carbon trading markets by starting carbon emissions trading (2012-2015)¹⁷. Thus, the first official step towards the establishment of the emissions trading system was taken in this strategy and action plan. Since 2010, Sabancı University Corporate Governance Forum has started to organize and run the Carbon Disclosure Project (CDP) in Türkiye¹⁸. Companies that take part in Borsa Istanbul (BIST) 100 and participate voluntarily have the chance to respond to CDP Türkiye and share their policies and emission calculations with international institutional investors

Bu sistemin dayanağı, tamamen gönüllülük esasına dayanan sera gazı emisyonlarını azaltım projeleri ve ilgili projeler çerçevesinde uyulması gereken karbon emisyonu sınırının yine gönüllü olarak satın alınmasıdır.

VI. TÜRKİYE'DEKİ GÖRÜNÜM

A. Uluslararası Anlaşmalar

Kyoto Protokolü'ne 2009 yılında taraf olan Türkiye, emisyon salınım değerleri yüksek olmadığı için henüz bir sera gazı azaltım yükümlülüğü altında olmamasından dolayı esneklik mekanizmalarından ve karbon ticareti piyasalarından yararlanamamaktadır. Yine de ülkemizin gönüllü piyasalarda oldukça aktif bir rol aldığı söylenebilir. 2015 yılında gönüllü karbon piyasasında en çok projeye ev sahipliği yapan üçüncü ülke konumuna yükselen Türkiye, bugün küresel piyasada kendisine önemli bir konum edinmiş durumdadır. Zamanla bu projelerdeki farkındalığın artmasıyla gönüllü karbon proje sayısı ve çeşitliliği de doğal olarak artmıştır.

İlerleyen süreçte Türkiye, 2007 yılında ilk ulusal bildirimini sunarken buna müteakip ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci bildirimlerinin birlikte sunulduğu İklim Değişikliği 5. Ulusal Bildirimi'ni de BMİD Sekreteryası'na 2013 tarihinde takdim etmiştir¹⁶. 2009 yılında, 27364 sayılı Resmi Gazete ile İstanbul Uluslararası Finans Merkezi Stratejisi ve Eylem Planı resmen paylaşılmıştır. Amaç: "Türkiye piyasalarında henüz sunulmayan veya yeterli işlem hacmine ulaşmamış, İstanbul'u cazip bir finans merkezi haline getirebilecek, gelişme potansiyeli yüksek finansal ürün ve hizmetler için gerekli altyapı oluşturmak" ve karbon salınım ticaretine başlanarak (2012-2015) karbon ticareti piyasalarının oluşturulmasıdır¹⁷. Böylece emisyon ticaret sisteminin kurulmasına yönelik ilk resmi adım bu strateji ve eylem planında atılmıştır. 2010 yılından beri, Sabancı Üniversitesi Kurumsal Yönetim Forumu, Karbon Saydamlık Projesi'ni (CDP) Türkiye'de de organize etmeye ve yürütmeye başlamıştır¹⁸. Borsa İstanbul (BİST) 100'de yer alan ve gönüllü olarak katılım sağlayan şirketler, CDP Türkiye'ye yanıt vererek iklim değişikliği riskleri ve fırsatları bakımından politikalarını ve de emisyon hesaplarını uluslararası kurumsal yatırımcılarla da paylaşma şansı bulmaktadır. Ülkemizden CDP'ye yanıt veren şirketlerin sayısı her geçen yıl artmak-

FOOTNOTE

¹⁵ Steffen Böhm, "Clean Conscience Mechanism: A Case from Uruguay", *Upsetting the Offset: The Political Economy of Carbon Markets*, 2009, p. 13.

¹⁶ T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, "Türkiye İklim Değişikliği 5. Bildirimi", 2013.

¹⁷ Devlet Planlama Teşkilatı, "Faaliyet Raporu 2009", Nisan 2010.

¹⁸ Sabancı Üniversitesi Kurumsal Yönetim Forumu Türkiye, "CDP Türkiye İklim Değişikliği 2015 Raporu", 2015.

DİPNOT

¹⁵ Steffen Böhm, "Clean Conscience Mechanism: A Case from Uruguay", *Upsetting the Offset: The Political Economy of Carbon Markets*, 2009, s. 13.

¹⁶ T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, "Türkiye İklim Değişikliği 5. Bildirimi", 2013.

¹⁷ Devlet Planlama Teşkilatı, "Faaliyet Raporu 2009", Nisan 2010.

¹⁸ Sabancı Üniversitesi Kurumsal Yönetim Forumu Türkiye, "CDP Türkiye İklim Değişikliği 2015 Raporu", 2015.

PART 10

in terms of climate change risks and opportunities. The number of companies responding to CDP from our country is increasing every year. This is a positive sign that companies have improved themselves on climate change and are in an effort to integrate risks and opportunities into their company strategies. In 2011, the "Climate Change Action Plan" was prepared. This plan includes a total of forty-nine purposes, one hundred and seven goals, and five hundred and forty-one actions to achieve these goals¹⁹.

B. Domestic Regulations

In addition to the steps taken and regulations in the international arena, Türkiye has also turned to some regulations in its domestic practice. In the paragraph (h) of the third article of the Environmental Law, titled Principles, amended by Law No. 7153 in 2018, "Mandatory standards for environmental protection, prevention and elimination of environmental pollution, taxes, fees, participation fees, incentives for renewable energy sources and clean technologies, recycling Market-based mechanisms such as participation fee, reduction of the use of plastic bags and plastic packaging, deposit application, emission fee, pollution cost and assurance for the prevention of pollution, and carbon trading, as well as economic tools and incentives will be used. Accordingly, it can be said that the legal basis for the use of market-based instruments aimed at protecting the environment has been established in our legislation.

tadır. Bu da şirketlerin iklim değişikliği konusunda kendilerini geliştirdiklerini, riskleri ve fırsatları şirket stratejilerine uygun şekilde entegre etme çabası içerisinde olduklarını gösteren olumlu bir işarettir. 2011 yılında ise "İklim Değişikliği Eylem Planı" hazırlanmıştır. Bu planda toplam kırk dokuz amaç, yüz yedi hedef ve bu hedefleri sağlamak üzere beş yüz kırk bir eylem yer almaktadır¹⁹.

B. Ülke İçi Düzenlemeler

Türkiye, ayrıca uluslararası alanda atılan adımlar ve getirilen düzenlemelerle beraber iç uygulamasında da birtakım düzenlemelere yönelmiştir. Çevre Kanunu'nun İlkeler başlıklı üçüncü maddesinin 2018 yılında 7153 sayılı Kanun ile değiştirilen (h) bendinde "çevrenin korunması, çevre kirliliğinin önlenmesi ve giderilmesi için uyulması zorunlu standartlar ile vergi, harç, katılma payı, yenilenebilir enerji kaynaklarının ve temiz teknolojilerin teşviki, geri kazanım katılım payı, plastik poşet ve plastik ambalaj kullanımının azaltılması, depozito uygulaması, emisyon ücreti, kirlenme bedeli ve kirliliğin önlenmesine yönelik teminat alınması ve karbon ticareti gibi piyasaya dayalı mekanizmalar ile ekonomik araçlar ve teşvikler kullanılacağı" belirtilmektedir. Buna binaen, mevzuatımızda çevrenin korunmasını amaçlayan piyasa temelli araçların kullanılmasının yasal dayanağının oluşturulduğu söylenebilir.

In addition, the Ministry of Environment, Urbanization and Climate Change and the World Bank carry out a joint program called the Partnership for Carbon Markets Readiness Türkiye Program (PMR). Within this program, Türkiye aims to ensure the capacity growth necessary for developing countries and emerging economies to participate more actively in market mechanisms and to share experiences. According to Monitoring Türkiye's Greenhouse Gas Emissions (Monitoring, Reporting and Verification or MRV) legislation, it aims to, developing monitoring plans for greenhouse gas emissions for the electricity, refinery and cement sectors within the scope of the pilot project in line with Making emission calculations and conducting the necessary trainings and seminars on this subject and carrying out the studies for the development of technical capacity.

Together with the PMR, studies are carried out on both the draft Climate Law and the draft Emissions Trading System Regulation. The purpose of the Draft Climate Law is as stated in the law: "keeping the global average temperature increase limit below 2°C compared to the pre-industrial period; In addition, to contribute to limiting this increase below 1.5°C, to reduce greenhouse gas emissions gradually and to create the necessary legal and institutional framework for adaptation to climate change in order to protect current and future generations from the negative effects of climate change in line with the principle of sustainable development; identify relevant technical and financial requirements; the necessary procedure for the transition to a low-carbon economy based on scientific knowledge, and the achievement of nationwide greenhouse gas reduction targets and climate change resilience and adaptation, by considering environmental, social and economic benefits and by promoting the use of renewable energy sources, energy efficiency, renewable energy investments and set the fundamentals"²⁰.

According to the draft regulation, the purpose of the draft Emissions Trading System Regulation is: "In order to reduce greenhouse gas emissions throughout the country in a cost-effective and measurable, reportable and verifiable manner, it works on the principle of setting a limit (upper cap) on greenhouse gas emissions and directly or indirectly reduces greenhouse gas emissions by buying and selling greenhouse gas emission allowances; and To determine the procedures

Ayrıca Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı ve Dünya Bankası Karbon Piyasalarına Hazırlık Ortaklığı Türkiye Programı (PMR) adında ortak bir program yürütmektedir. Bu program dahilinde Türkiye, gelişmekte olan ülkeler ve yükselen ekonomilerin piyasa mekanizmalarına daha aktif olarak katılması için gerekli olan kapasite büyümesini sağlamayı ve deneyimlerin paylaşılmasını hedeflemektedir. Türkiye'nin Sera Gazı Emisyonlarının Takibi (İzleme, Raporlama ve Doğrulama veya MRV) mevzuatı doğrultusunda elektrik, rafineri ve çimento sektörlerine yönelik sera gazı emisyonlarının pilot proje kapsamında izleme planlarının oluşturulması, emisyon hesaplarının yapılması ve bu konuda gereken eğitimler ve seminerler düzenlenerek teknik kapasitenin geliştirilmesi çalışmalarının yürütülmesi gibi hedefleri mevcuttur.

PMR ile birlikte hem taslak İklim Kanunu hem de taslak Emisyon Ticareti Sistemi Yönetmeliği'ne ilişkin çalışmalar yürütülmektedir. Taslak İklim Kanunu'nun amacı kanunda belirtildiği üzere: "küresel ortalama sıcaklık artışı limitinin sanayi öncesi döneme göre 2°C'nin altında tutmak; ilave olarak ise bu artışın 1,5°C'nin altında sınırlandırılmasına katkı sağlamak, sürdürülebilir kalkınma ilkesi doğrultusunda mevcut ve gelecek nesillerin iklim değişikliğinin olumsuz etkilerinden korunmasını temin etmek amacıyla sera gazı emisyonlarının kademeli olarak azaltılması ve iklim değişikliğine uyum için gerekli yasal ve kurumsal çerçeveyi oluşturmak; ilgili teknik ve finansal gereksinimleri belirlemek; çevresel, sosyal ve ekonomik faydaları gözeterek ve yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanımını, enerji verimliliğini, yenilenebilir enerji yatırımlarını teşvik ederek, bilimsel bilgi temeline dayalı olarak düşük karbonlu ekonomiye geçiş ve ülke çapındaki sera gazı azaltım hedeflerinin gerçekleştirilmesi ve iklim değişikliğine dirençliliğin ve uyumun sağlanması için gerekli usul ve esasları belirlemektir"²⁰.

Yönetmelik taslağına göre ise taslak Emisyon Ticareti Sistemi Yönetmeliği'nin amacı: "ülke çapındaki sera gazı emisyonlarının maliyet etkin bir şekilde ve ölçülebilir, raporlanabilir ve doğrulanabilir bir biçimde azaltılması amacıyla, sera gazı emisyonlarına bir limit (üst sınır) belirlenmesi prensibine dayalı olarak çalışan ve sera gazı emisyon tahsisatlarının alınıp satılması suretiyle doğrudan veya dolaylı olarak sera gazı emisyonunu ve sera gazına sebep olan faaliyetleri sınırlandıran, sınırlandırmayı teşvik eden bir sera gazı emisyon ticaret sisteminin kurulmasına ilişkin usul ve esasları be-



FOOTNOTE

¹⁹ Önder Algedik, "İklim Değişikliği Eylem Planı Değerlendirme Raporu", Tüketicisi ve İklimi Koruma Derneği (TÜVİK-DER), 2013.

²⁰ Taslak İklim Değişikliği Kanunu, m. 1.

DİPNOT

¹⁹ Önder Algedik, «İklim Değişikliği Eylem Planı Değerlendirme Raporu», Tüketicisi ve İklimi Koruma Derneği (TÜVİK-DER), 2013.

²⁰ Taslak İklim Değişikliği Kanunu, m. 1.

PART 10

THE DETAILED EXAMINATION AND DETERMINATION OF WHETHER THE EMISSION PERMITS WILL BE DISTRIBUTED BASED ON FREE DISTRIBUTION, BENCHMARKING METHOD OR AUCTION METHODS, AND ENSURING THE SECURITY OF THE RECORDING SYSTEM, IN WHICH THE RECORDS OF THE EMISSIONS WITH CERTAIN ACCURACY ARE KEPT AND THESE EMISSIONS WILL BE TRANSFERRED, ALSO PLAY A CRITICAL ROLE.

and principles regarding the establishment of a greenhouse gas emission trading system that limits and encourages the activities that cause greenhouse gasses²¹. In the 6th article of the Draft Emissions Trading System Regulation, it is stated that the planned emission trading system will be implemented in two stages as the pilot implementation period and the second implementation period. The first phase, called the pilot implementation period, will cover the first three years starting from the date of establishment of the system. It is stated that the second phase, called the second implementation period, will start after the start of the pilot implementation period and will progress in five-year periods.

First of all, in the concrete implementation of the emission trading system planned to be established in Türkiye; it is important that the sectors emitting large amounts of emissions to participate in the MRV process and the scope of their emissions are determined accurately and without confusion. In addition, the detailed examination and determination of whether the emission permits will be distributed based on free distribution, benchmarking method or auction methods, and ensuring the security of the recording system, in which the records of the emissions with certain accuracy are kept and these emissions will be transferred, also play a critical role.

VII. CONCLUSION

Although the Draft Climate Law and the Draft Emissions Trading System Regulation were inspired by the main concepts and practices in the system in the European Union, it will be clear in the process how the details of these regulations, which will be a part of our legislation in the future, will take shape and look like. Considering the limitations, additional costs and additional taxes that may arise in international trade within the scope of the concrete steps taken or to be taken in the future in the fight against the climate crisis, both the sector actors that are likely to be included in the emissions trading system and the actors doing cross-border trade have an idea of the new order they will soon encounter. Institutional preparations, as well as the attitude of the regulatory institutions that will implement this system in our country, are of great importance in terms of the planned efficiency and benefit from the system.

lirlemektir²¹. Taslak Emisyon Ticareti Sistemi Yönetmeliği'nin 6'ncı maddesinde ise planlanan emisyon ticaret sisteminin pilot uygulama dönemi ve ikinci uygulama dönemi olmak üzere iki aşamada uygulanacağı ve pilot uygulama dönemi olarak adlandırılan ilk aşamanın, sistemin kurulduğu tarihten başlayan ilk üç yılı kapsayacağı, ikinci uygulama dönemi olarak adlandırılan ikinci aşamanın ise, pilot uygulama döneminin tamamlanmasını müteakiben, pilot uygulama döneminin başlangıcından sonra başlayacağı ve beşer yıllık dönemler şeklinde ilerleyeceği belirtilmiştir.

Türkiye'de kurulması planlanan emisyon ticareti sisteminin somut uygulamasında öncelikle; MRV sürecine katılacak fazla miktarda emisyon salınımı yapan sektörlerin ve emisyonlarının kapsamalarının doğru şekilde ve kafa karışıklığına mahal vermeyecek şekilde belirlenmesi önemlidir. Ayrıca emisyon izinlerinin ücretsiz dağıtım, kıyas metodu veya açık arttırma yollarından hangisi baz alınarak dağıtımının yapılacağına ayrıntılı incelenmesi ve tespit edilmesi, doğruluğu kesinleşmiş emisyonların kayıtlarının tutulduğu ve bu emisyonların transfer edileceği kayıt sisteminin güvenliğinin sağlanması da kritik bir rol üstlenmektedir.

VII. SONUÇ

Taslak İklim Kanunu ve Taslak Emisyon Ticareti Sistemi Yönetmeliği, her ne kadar Avrupa Birliği'ndeki sistemde yer alan ana kavramlardan ve uygulamalardan esinlenerek hazırlanmışsa da gelecekte mevzuatımızın bir parçası olacak bu düzenlemelerdeki ayrıntıların nasıl şekilleneceği, nasıl bir görünüme bürüneceği süreç içerisinde belli olacaktır. İnsanın iklim kriziyle mücadelesinde atılan veya ileride atılacak olan somut adımlar kapsamında sınırlamalar, ilave maliyetler ve uluslararası ticarete söz konusu olabilecek ek vergiler de hesaba katıldığında hem emisyon ticaret sistemine dahil edilmesi muhtemel sektör aktörlerinin ve sınır ötesi ticaret yapan aktörlerin yakında karşılaşacakları yeni düzene dair fikir sahibi olması ve kurumsal açıdan hazırlıklarını yapması hem de bu sistemi ülkemizde uygulayacak olan düzenleyici kurumların tutumu sistemden elde edilmesi planlanan verim ve fayda yönünden büyük önem taşımaktadır.

BIBLIOGRAPHY

350TÜRKİYE, "10 Soruda Paris İklim Anlaşması", (Access Date: 25.10.2022), <https://350turkiye.org/parisionayla/#soru1>.

BİROL UBAY, "Karbon Fiyatlandırmasında Emisyon Ticaret Sistemi ve Önemi", Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2021.

CARBON MARKET WATCH, "A Guide to European Climate Policy Vol. 1 - EU's Emissions Trading System", 2016.

CLEAN ENERGY WIRE, "Understanding the European Union's Emissions Trading System (EU ETS)", (Access Date: 25.10.2022), <https://www.cleanenergywire.org/factsheets/understanding-european-unions-emissions-trading-system>.

DEVLET PLANLAMA TEŞKİLATI, "Faaliyet Raporu 2009", Nisan 2010.

EMISSIONS-EUETS, "Legal nature of emission allowances", (Access Date: 25.10.2022), <https://www.emissions-euets.com/carbon-market-glossary/968-legal-nature-of-emission-allowances>.

EPA (United States Environmental Protection Agency) "What is emissions trading?" 2020.

EUROPEAN COMMISSION, "Climate Action", (Access Date: 25.10.2022), https://ec.europa.eu/clima/policies/ets/auctioning_en.

ÖNDER ALGEDİK, "İklim Değişikliği Eylem Planı Değerlendirme Raporu", Tüketicileri ve İklimi Koruma Derneği (TÜ-VİK-DER), 2013.

PAUL EKINS/ TERRY BARKER, "Carbon Taxes and Carbon Emissions Trading" Journal of Economic Surveys, C. 15 S. 3, 2001.

SABANCI ÜNİVERSİTESİ KURUMSAL YÖNETİM FORUMU TÜRKİYE, "CDP Türkiye İklim Değişikliği 2015 Raporu", 2015.

SEYFİ YILDIZ, "Sürdürülebilir Kalkınma İçin Karbon Vergisi", Muhasebe ve Vergi Uygulamaları Dergisi, C. 10, S. 3, Kasım 2017.

STEFFEN BÖHM, "Clean Conscience Mechanism: A Case from Uruguay", Upsetting the Offset: The Political Economy of Carbon Markets, 2009.

T.C. ÇEVRE VE ŞEHİRCİLİK BAKANLIĞI, "Türkiye İklim Değişikliği 5. Bildirimi", 2013

TASLAK EMİSYON TİCARETİ SİSTEMİ YÖNETMELİĞİ, (Access Date: 18.12.2022), <https://pmturkiye.csb.gov.tr/wp-content/uploads/2020/12/Taslak-ETS-Yonetmeliği-1.pdf>.

TASLAK İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ KANUNU, (Access Date: 18.12.2022), <https://pmturkiye.csb.gov.tr/wp-content/uploads/2020/12/Taslak-Iklim-Kanunu-1.pdf>.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ DIŞİŞLERİ BAKANLIĞI, "BM İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi", (Access Date: 25.10.2022), <https://www.mfa.gov.tr/bm-iklim-degisikligi-cerceve-sozlesmesi.tr.mfa>.

İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ ÇERÇEVESİNDE 25. TARAFILAR KONFERANSI, (Access Date: 20.12.2022), <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1056353>.

KAYNAKÇA

350TÜRKİYE, "10 Soruda Paris İklim Anlaşması", (Erişim Tarihi: 25.10.2022), <https://350turkiye.org/parisionayla/#soru1>.

BİROL UBAY, "Karbon Fiyatlandırmasında Emisyon Ticaret Sistemi ve Önemi", Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2021.

CARBON MARKET WATCH, "A Guide to European Climate Policy Vol. 1 - EU's Emissions Trading System", 2016.

CLEAN ENERGY WIRE, "Understanding the European Union's Emissions Trading System (EU ETS)", (Erişim Tarihi: 25.10.2022), <https://www.cleanenergywire.org/factsheets/understanding-european-unions-emissions-trading-system>.

DEVLET PLANLAMA TEŞKİLATI, "Faaliyet Raporu 2009", Nisan 2010.

EMISSIONS-EUETS, "Legal nature of emission allowances", (Erişim Tarihi: 25.10.2022), <https://www.emissions-euets.com/carbon-market-glossary/968-legal-nature-of-emission-allowances>.

EPA (United States Environmental Protection Agency) "What is emissions trading?" 2020.

EUROPEAN COMMISSION, "Climate Action", (Erişim Tarihi: 25.10.2022), https://ec.europa.eu/clima/policies/ets/auctioning_en.

ÖNDER ALGEDİK, "İklim Değişikliği Eylem Planı Değerlendirme Raporu", Tüketicileri ve İklimi Koruma Derneği (TÜ-VİK-DER), 2013.

PAUL EKINS/ TERRY BARKER, "Carbon Taxes and Carbon Emissions Trading" Journal of Economic Surveys, C. 15 S. 3, 2001.

SABANCI ÜNİVERSİTESİ KURUMSAL YÖNETİM FORUMU TÜRKİYE, "CDP Türkiye İklim Değişikliği 2015 Raporu", 2015.

SEYFİ YILDIZ, "Sürdürülebilir Kalkınma İçin Karbon Vergisi", Muhasebe ve Vergi Uygulamaları Dergisi, C. 10, S. 3, Kasım 2017.

STEFFEN BÖHM, "Clean Conscience Mechanism: A Case from Uruguay", Upsetting the Offset: The Political Economy of Carbon Markets, 2009.

T.C. ÇEVRE VE ŞEHİRCİLİK BAKANLIĞI, "Türkiye İklim Değişikliği 5. Bildirimi", 2013

TASLAK EMİSYON TİCARETİ SİSTEMİ YÖNETMELİĞİ, (Erişim Tarihi: 18.12.2022), <https://pmturkiye.csb.gov.tr/wp-content/uploads/2020/12/Taslak-ETS-Yonetmeliği-1.pdf>

TASLAK İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ KANUNU, (Erişim Tarihi: 18.12.2022), <https://pmturkiye.csb.gov.tr/wp-content/uploads/2020/12/Taslak-Iklim-Kanunu-1.pdf>

TÜRKİYE CUMHURİYETİ DIŞİŞLERİ BAKANLIĞI, "BM İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi", (Erişim Tarihi: 25.10.2022), <https://www.mfa.gov.tr/bm-iklim-degisikligi-cerceve-sozlesmesi.tr.mfa>.

İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ ÇERÇEVESİNDE 25. TARAFILAR KONFERANSI, (Erişim Tarihi: 20.12.2022), <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1056353>

EMİSYON İZİNLERİNİN ÜCRETSİZ DAĞITIM, KİYAS METODU VEYA AÇIK ARTTIRMA YOLLARINDAN HANGİSİ BAZ ALINARAK DAĞITIMININ YAPILACAĞININ AYRINTILI İNCELENMESİ VE TESPİT EDİLMESİ, DOĞRULUĞU KESİNLEŞMİŞ EMİSYONLARIN KAYITLARININ TUTULDUĞU VE BU EMİSYONLARIN TRANSFER EDİLECEĞİ KAYIT SİSTEMİNİN GÜVENLİĞİNİN SAĞLANMASI DA KRİTİK BİR ROL ÜSTLENMEKTEDİR.

FOOTNOTE

²¹ Taslak Emisyon Ticareti Sistemi Yönetmeliği, m. 1.

DİPNOT

²¹ Taslak Emisyon Ticareti Sistemi Yönetmeliği, m. 1.

THE RIGHT TO REQUEST AND REVIEW INFORMATION OF THE MEMBERS OF THE BOARD OF DIRECTORS IN JOINT STOCK COMPANIES

ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN BİLGİ ALMA VE İNCELEME HAKKI

ENİS EYYÜP MİNGSAR

ABSTRACT

It is essential that the business of joint stock companies established in accordance with the Turkish Commercial Code No. 6102 ("TCC") be carried out continuously and in a stable manner. In joint stock companies, the board of directors, which is the management and representation body of the company, is one of the most important organs of the company. The board of directors, which is obligatory in joint stock companies, take strategically important decisions regarding the company's business and transactions and ensure that the company continues its existence. The board of directors must also be informed about its responsibilities. At this point, the issue of whether the members of the board of directors have the right to receive information about the business and transactions of the company and to examine the corporate books and documents, and how and when they can exercise these rights, constitutes one of the key points of the strategy that the members of the board of directors will determine for the continuity and future of the company.



KEYWORDS

JOINT STOCK COMPANY, MANAGEMENT, REPRESENTATION, BOARD OF DIRECTORS, BOOK, DOCUMENT.

ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("TTK") uyarınca kurulmuş olan anonim şirketlerin işlerinin devamlı ve istikrarlı surette yürümesi esastır. Anonim şirketlerde şirketin yönetim ve temsil organı niteliğindeki yönetim kurulu, şirketin en önemli organlarından birisidir. Anonim şirketlerde bulunması zorunlu olan yönetim kurulu, şirketin iş ve işlemleriyle alakalı şirketin geleceğine yönelik stratejik öneme sahip kararlar almakta, şirketin istikrarlı biçimde varlığını sürdürmesini sağlamaktadır. Yönetim kurulunun tabi olduğu sorumlulukları bilgi almalarını da gerektirmektedir. Bu noktada, yönetim kurulu üyelerinin şirketin iş ve işlemleriyle ilgili bilgi alabilmesi, şirket defter ve belgelerini inceleyebilme haklarının bulunup bulunmadığı ve bu haklarını hangi şekilde ve ne zaman kullanabilecekleri hususları, yönetim kurulu üyelerinin şirketin devamlılığı ve geleceği hakkında belirleyeceği stratejinin kilit noktalarından birini oluşturmaktadır.



ANAHTAR KELİMELER

ANONİM ŞİRKET, YÖNETİM, TEMSİL, YÖNETİM KURULU, DEFTER, BELGE.

PART 11

The board of directors, which is obligatory in joint stock companies, take strategically important decisions regarding the company's business and transactions and ensure that the company continues its existence.

Anonim şirketlerde bulunması zorunlu olan yönetim kurulu, şirketin iş ve işlemleriyle alakalı şirketin geleceğine yönelik stratejik öneme sahip kararlar almakta, şirketin istikrarlı biçimde varlığını sürdürmesini sağlamaktadır.

I. INTRODUCTION

The exercise of the right to receive information in joint stock companies involves the person who requests information being informed by the relevant person/ units in the joint stock company. This ensures that management is carried out in a transparent manner. Requesting information can occur by listening to the person responsible for providing information, asking questions, or requesting clarifications¹. It is of great importance that the members of the board of directors, who are the management and representation body of the joint stock company, are able to obtain information. Therefore, in addition to the shareholders, pursuant to Article 437 et seq. of the TCC, members of the board of directors have the right to individually request and review comprehensive information, pursuant to Article 392 of the TCC.

Accordingly, members of the board of directors have the right to request information from the company's other members, employees, and persons assigned to the management of the joint stock company and its committees, and to to examine company documents if necessary². In this article, we will first discuss how a member of the board of directors exercises their right to request and review information, followed by an ex-

I. GİRİŞ

Anonim şirketlerde bilgi alma hakkının kullanılması ile, bilgi alma hakkını kullanacak kişi anonim şirketteki ilgili kişi/ birimler tarafından bilgilendirilir. Böylece, yönetimin şeffaf biçimde yerine getirilmesi sağlanır. Bilgi alma, bilgi vermekle yükümlü kişiyi dinleme, ona soru sorma veya ondan açıklama talep etmek suretiyle gerçekleşebilir¹. Anonim şirketin yönetim ve temsil organı olan yönetim kurulunun üyesinin bilgi alabilmesi büyük önem arz etmektedir. Dolayısıyla, TTK m. 437 vd. uyarınca pay sahiplerinin yanı sıra, TTK m. 392 uyarınca bireysel olarak yönetim kurulu üyelerine de kapsamlı şekilde bilgi alma ve inceleme hakkı tanınmıştır.

Buna göre yönetim kurulu üyeleri anonim şirketin diğer üyeleri, çalışanları, anonim şirketin yönetimiyle görevlendirilen kişiler ve komitelerden bilgi alma ve gerektiği takdirde şirket evrakını inceleme hakkına sahiptirler². Makalemizde önce yönetim kurulu üyesinin bilgi alma ve inceleme hakkını kullanması şekline bahsedilecek; sonrasında bilgi alma ve inceleme hakkının ne zaman kullanılacağı ve bilgi alma ve inceleme talebinin reddedilmesi ile ortaya çıkacak uyumsuzluk durumunda neler olabileceği anlatılmıştır.

FOOTNOTE

¹ Ayhan Kortunay, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı, 1st Edition, İstanbul 2015, p. 325.

² Kortunay, p. 310.



planation of when the right to request and review information can be exercised and what may happen in case of a dispute that may arise if the request for information is rejected.

II. RIGHT TO REQUEST IN GENERAL

A. Scope of the Right to Request

Article 392/1 of the TCC regulates that every member of the board of directors can exercise their right to request information and examine the business and transactions of the company. By using the phrase "every board member" in the provision of the article, we can deduce that the right to request and review information in accordance with Article 392 of the TCC is a right granted personally to each member of the board of directors.

Regarding the scope of the right to request information, the provision uses the phrase "all business and transactions of the company." This means that the right to request and review information cannot be limited to some business and affairs of the company. However, the scope of the board member's

II. GENEL OLARAK BİLGİ ALMA HAKKI

A. Bilgi Alma Hakkının Kapsamı

TTK m. 392/1 her yönetim kurulu üyesinin şirketin iş ve işlemleri hakkında bilgi alma ve inceleme hakkını kullanabileceğini düzenlemiştir. Madde hükmünde "her yönetim kurulu üyesi" demek suretiyle TTK m. 392 uyarınca bilgi alma ve inceleme hakkının yönetim kurulu üyelerinin her birine şahsen tanınan bir hak olduğu çıkarımını yapabiliriz.

Bilgi alma hakkının kapsamı ile ilgili olarak söz konusu madde hükmünde "şirketin tüm iş ve işlemleri" ibaresi kullanılmaktadır. Demek ki şirketin bazı iş ve işleri yönetim kurulu üyesinin bilgi hakkını kullanmasının kapsamının dışına çıkartılmayacak olup yönetim kurulu üyesinin bilgi alma ve inceleme hakkının kapsamı da şirketin iş ve işlemleriyle sınırlı olacaktır³. Dolayısıyla, yöne-

DİPNOT

¹ Ayhan Kortunay, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı, 1. Baskı, İstanbul 2015, s. 325.

² Kortunay, s. 310.

³ Kortunay, s. 327.

PART 11

right to request and review information will be limited to the company's business and transactions³. Therefore, it is seen that the scope of the authority of the member of the board of directors to request and review information is broadly interpreted.

As long as it is related to the duty of the member of the board of directors and there is no justifiable reason, it is essential that the member of the board of directors exercise the right to request and review information. The fact that the information and documents requested by the member of the board of directors are confidential or have the nature of a company secret should not prevent the member of the board of directors from exercising their right. As a matter of fact, since the member of the board of directors is primarily responsible for carrying out the company's affairs, not being able to access the requested information about the business and transactions of the company will indicate that the company's board members are distrustful, which will be a major obstacle to the successful management of the company⁴.

On the other hand, the doctrine argues that the demand of the member to request and review information should be denied if there are concrete indications that a member of the board of directors who wishes to benefit from the right to request and review information will cause serious harm to the company's interests⁵.

tim kurulu üyesinin bilgi alma ve inceleme yetkisinin kapsamının geniş yorumlandığı görülmektedir.

Yönetim kurulu üyesinin göreviyle bağlantılı olduğu ve yine haklı bir sebep bulunmadığı sürece yönetim kurulu üyesine bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılması esastır. Yönetim kurulu üyesinin talep ettiği bilgi ve belgelerin gizli olması yahut şirket sırrı niteliğinde olması yönetim kurulu üyesinin hakkını kullanmasına engel teşkil etmemelidir. Nitekim yönetim kurulu üyesi şirket işlerini yürütmekle birinci derecede görevli kişi olduğundan, yönetim kurulu üyesinin şirketin iş ve işlemleri ile ilgili talep ettiği bilgilere ulaşamaması demek, şirketin yönetim kurulu üyelerine duyulacak güvensizliğin bir göstergesi olduğu anlamına gelecektir; bu durum da şirketin başarılı bir yönetim sergilemesinin önünde büyük bir engel olacaktır⁴.

Öte yandan doktrinde, bilgi alma ve inceleme hakkından yararlanmak isteyen yönetim kurulu üyesinin şirket menfaatlerinde ciddi zarara neden olacağına ilişkin somut belirtiler bulunuyor ise, ilgili üyenin bilgi alma ve inceleme isteminin reddedilmesi savunulmaktadır⁵.



FOOTNOTE

3 Kortunay, p. 327.

4 Kortunay, p. 328.

5 Muhammed Sulu, Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı, 1st Edition, İstanbul 2019, p. 86.

6 Kortunay, p. 329.

7 Metin Kıratlı, "TTK m. 392'ye Göre Bilgi Alma Hakkının Kullanılmasında Yönetim Kurulu Başkanının Rolü", Kırkkale Hukuk Mecmuası, V. 1, Iss. 2, Year 2021, p. 245.

8 Hediye Bahar Sayın, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Toplantı Dışında Bilgi Alma Hakkının Konusu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, V. 124, Year 2016, p. 493.

9 Hasan Pulaşlı, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, V. 18, Iss. 2, Year 2012, p. 588.

B. Form of the Right to Request for Information

The scope of the board member's right to request information is limited to the company's business and transactions, and the addressee of the said right is the company of which the board member requesting the right to information is a member of the board of directors⁶. In the detailed explanations to be made about the use of the right to information by a member of the board of directors, the issue of whether the exercise of this right is subject to form should be addressed first.

According to the rationale of TCC Article 392/3, a member of the board of directors who typically lacks the authority to request information from third parties and inspect the books and papers may exercise that right with the chairman of the board of directors' consent. It has also been said that a request about the right to review is essential to make and that this request is not subject to form according to the reasoning of the same paragraph, and that the member of the board of directors can acquire information from the board of directors chairman for this⁷.

However, it should be noted that although the member of the board of directors can express their request for the right to request and review information from the chairman of the board of directors without being subject to the form, how the request for the right to request and review information is made in case of possible disputes may be important in terms of proof. Therefore, making the request for requesting and reviewing information through provable means such as a hand-written letter or an e-mail provides convenience in terms of proof, and the justification of the request can be easily understood by the chairman of the board of directors⁸.

After explaining the form of exercising the right to request and review information, in terms of when a board member may exercise their right to request and review information, the TCC regulates the right of board members to request and review information in two ways: during a board meeting or outside of a board meeting⁹.

B. Bilgi Alma Hakkının Şekli

Yönetim kurulu üyesinin bilgi edinme hakkının kapsamı şirketin iş ve işlemleriyle sınırlı olup, söz konusu hakkın muhatabı da bilgi edinme hakkını talep eden yönetim kurulu üyesinin yönetim kurulu üyesi olduğu şirkettir⁶. Yönetim kurulu üyesinin bilgi alma hakkını kullanması hakkında yapılacak detaylı açıklamalardan evvel, bu hakkın kullanılmasının şekle tabi olup olmadığı hususu cevaplandırılmalıdır.

TTK m. 392/3'ün gerekçesinde kural olarak yönetim kurulu dışında bilgi alma ve defter ve belgeleri inceleme hakları bulunmayan yönetim kurulu üyesinin yönetim başkanının izni ile bilgi alma ve inceleme haklarını kullanabileceği, bunun için yönetim kurulu üyesinin yönetim kurulu başkanından bilgi alma ve inceleme hakkına ilişkin talepte bulunması gerektiği ve bu talebin yine aynı fıkra gerekçesi uyarınca şekle tabi olmadığı belirtilmiştir⁷.

Ancak, belirtmek gerekir ki her ne kadar yönetim kurulu üyesi yönetim kurulu başkanından bilgi alma ve inceleme hakkı talebini şekle tabi olmadan dile getirebilse de, olası uyuşmazlıklarda bilgi alma ve inceleme hakkının talebinin nasıl yapıldığı ispat vasıtası açısından önem teşkil edebilir. Dolayısıyla, bilgi alma ve inceleme talebinin yazılı veya e-posta gibi ispat edilebilir vasıtalarla yapılması hem ispat açısından kolaylık sağlamak hem de talebin gerekçelendirilmesi yönetim kurulu başkanı tarafından kolayca anlaşılabilir⁸.

Bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmasının şekli açıklamalarından sonra yönetim kurulu üyesinin bilgi alma ve inceleme hakkını ne zaman kullanabileceği açısından, yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme hakkı TTK'da, toplantı içinde ve toplantı dışında olmak üzere iki şekilde düzenlenmiştir⁹.

DİPNOT

4 Kortunay, s. 328.

5 Muhammed Sulu, Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı, 1. Baskı, İstanbul 2019, s. 86.

6 Kortunay, s. 329.

7 Metin Kıratlı, "TTK m. 392'ye Göre Bilgi Alma Hakkının Kullanılmasında Yönetim Kurulu Başkanının Rolü", Kırkkale Hukuk Mecmuası, C. 1, S. 2, 2021, s. 245.

8 Hediye Bahar Sayın, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Toplantı Dışında Bilgi Alma Hakkının Konusu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 124, 2016, s. 493.

9 Hasan Pulaşlı, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 2, 2012, s. 588.

PART 11

III. EXERCISE OF THE RIGHT TO REQUEST AND REVIEW INFORMATION IN THE MEETING

The exercise of the right to request and review information during a meeting is not subject to the limitations stated in Article 392/3 of the TCC, and the persons responsible for managing the joint stock company are also obliged to provide information without any limitations¹⁰. The permission of the chairman of the board of directors is not required for the member of the board of directors, who has the right to request information about the course of business and individual affairs, to exercise their right to request information and review during the meeting¹¹. According to Böckli's interpretation of the Swiss doctrine, it is inappropriate to request information in writing that can be obtained during a meeting because the request for written information and the functional limit that allows board members to fulfill their duties and advance the interests of the joint stock company are the primary sources of the right to request information¹².

It is controversial whether the files and documents given to the member of the board of directors during the meeting for requesting and reviewing information will be taken by the member of the board of directors after the meeting, and in exceptional cases where the right to request and review information may be limited, the chairman of the board of directors may prohibit the board member from taking the files and documents given to the board member for requesting and reviewing information by the board member after the meeting and photocopying the relevant documents¹³.

IV. EXERCISE OF THE RIGHT TO REQUEST AND REVIEW INFORMATION APART FROM THE MEETING

Pursuant to Article 392/3 of the TCC, the members of the board of directors have the right to request and review information apart from the board meeting. Pursuant to said article, with the permission of the chairman of the board of directors, a member of the board of directors can exercise his/ her right to request information about the com-

III. TOPLANTI İÇİNDE BİLGİ ALMA VE İNCELEME HAKKININ KULLANILMASI

Bilgi alma ve inceleme hakkının toplantı içinde kullanılması, TTK m. 392/3'te bahsedilen sınırlamalara tabi olmayıp, anonim şirketin yönetimiyle görevlendirilmiş olan kişiler de herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın bilgi vermekle yükümlüdürler¹⁰. İşlerin gidişatı ve münferit işler hakkında bilgi alma hakkına sahip olan yönetim kurulu üyesinin toplantı içinde bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmasında yönetim kurulu başkanının izni aranmamaktadır¹¹. İsviçre öğretisinde Böckli tarafından ileri sürülen görüşe göre yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarını yerine getirmesini ve anonim şirketin menfaatlerine hizmet etmesini sağlayan işlevsellik sınırı ve toplantının hemen öncesinde yazılı bilgi alma talep edilmesi gibi zaman açısından uygunsuz zamanları ifade eden uygunluk sınırı bulunan bilgi alma hakkının temel kaynağını yönetim kurulu toplantıları oluşturduğu için, toplantı içinde alınabilecek bilgiler açısından yazılı talepte bulunulması uygun değildir¹².

Toplantı içinde kendisine bilgi alması ve incelemesi için verilen dosya ve belgelerin yönetim kurulu üyesi tarafından toplantının ardından götürülüp götürülmeyeceği hususu tartışmalı olup, bilgi alma ve inceleme hakkının sınırlandırılabilmesi istisnai hallerde, yönetim kurulu üyesine bilgi alması ve incelemesi için verilmiş olan dosya ve belgelerin yönetim kurulu üyesince toplantı sonrasında alınmasının ve ilgili belge ve dosyaların fotokopisinin çekilmesinin, yönetim kurulu başkanı tarafından yasaklanabileceği belirtilmektedir¹³.

IV. TOPLANTI DIŞINDA BİLGİ ALMA VE İNCELEME HAKKININ KULLANILMASI

TTK m. 392/3 uyarınca yönetim kurulu üyelerinin yönetim kurulu toplantı dışında da bilgi alma ve inceleme hakkı olduğu belirtilmektedir. Söz konusu madde uyarınca yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu başkanının izni almak suretiyle, şirket yönetimiyle görevlendirilmiş olan kişilerden şirkette işlerin gidişatı ve münferit işler hakkında bilgi alma hakkını

panya's business and individual affairs from the persons assigned to the management of the company, and will be able to request the chairman of the board of directors to provide the company's books and files for their examination, when necessary for the performance of their duties.

A member of the board of directors may request to examine the corporate books and documents apart from the meeting if it is necessary to perform their duty in accordance with the principle of accountability¹⁴. In the absence of the chairman of the board of directors, the member of the board of directors should direct their request for information to the deputy chairman of the board of directors. It should be noted that the authority of the chairman or deputy chairman of the board of directors to decide on the board member's request for information is non-transferable¹⁵. According to Article 392/3 of the TCC, the request and review of information apart from the meeting shall be made to the persons assigned with the company management. Therefore, the member of the board of directors cannot directly request information from company employees as the lower level employees of the company are not obliged to provide information apart from the meeting¹⁶.

V. EXERCISE OF RIGHT TO REQUEST AND REVIEW INFORMATION THROUGH THE EXPERT

Although the right to request information is a recognized right that the members of the board of directors should exercise personally, they cannot authorize anyone other than themselves to use their right to request and review information on their behalf¹⁷. However, sometimes the subject matter of the request for information of the member of the board of directors may be a technical subject that he/ she cannot embrace on his/ her own. In such cases, the question arises as to whether a member of the board of directors can seek the assistance of experts while exercising his/ her right to request and review information. If a member of the board of directors is unable to understand technical issues in the information under their right to request and review information, they may seek the help of legal professionals such as lawyers or economic professionals such as financial consultants¹⁸.

kullanabilecek olup, görevini yerine getirmek için gerekli olduğu takdirde yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu başkanından şirket defterlerinin ve dosyalarının kendisinin incelemesine sunulmasını talep edebilecektir.

Yönetim kurulu üyesi, görevini hesap verilebilirlik ilkesine uygun olarak yapması açısından gerekli ise toplantı dışında şirket defter ve belgelerini incelemeyi talep edebilir¹⁴. Yönetim kurulu başkanının yokluğunda yönetim kurulu üyesi, bilgi alma ve inceleme talebini yönetim kurulu başkanının vekiline yöneltecektir; hatta belirtmek gerekir ki yönetim kurulu başkanının veya başkan vekilinin yönetim kurulu üyesinin bilgi alma ve inceleme talebi hususunda karar verme yetkisi bir başkasına devredilemez niteliktedir¹⁵. Zaten TTK m. 392/3 uyarınca toplantı dışında bilgi alma ve incelemenin şirket yönetimiyle görevlendirilecek kişilerden isteneceği açıkça belirtilmektedir. Dolayısıyla, yönetim kurulu üyesi toplantı dışında, şirketin alt kademe çalışanlarının bilgi verme yükümlüsü olmamaları sebebiyle şirket çalışanlarıyla doğrudan temas kurmak suretiyle bilgi talep edemeyecektir¹⁶.

V. BİLGİ ALMA HAKKININ UZMAN ARACILIĞIYLA KULLANILMASI

Bilgi alma hakkı yönetim kurulu üyelerine şahsen kullanmaları gereken tanınmış bir hak olsa da, yönetim kurulu üyeleri bilgi alma ve inceleme haklarını kullanabilmek için kendilerinden başka bir kimseyi kendi yerine bilgi alma ve inceleme hakkını kullanma konusunda yetkilendiremeyecektir¹⁷. Ancak, yönetim kurulu üyesinin bilgi almayı ve incelemeyi istediği konu bazen kendisinin de tek başına kavrayamayacağı teknik bir konu olabilir. Bu noktada, yönetim kurulu üyesinin bilgi alma ve inceleme hakkını kullanırken uzman kişilerden faydalanıp faydalanamayacağı gündeme gelecektir. Yönetim kurulu üyesi, bilgi alma ve inceleme hakkı kapsamında kendisiyle paylaşılmış olan bilgiyi teknik konularda yetersiz kalması durumunda, örneğin avukat gibi hukuki konularda uzman, mali müşavir gibi ekonomik konularda uzman kişilerin yardımını alması mümkün olabilecektir¹⁸.

FOOTNOTE

¹⁰ Savaş Bozbel, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı (6102 Sayılı TTK m. 392)", Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V. 1, Iss. 1, Year 2013, p. 85.

¹¹ Emre Kalender, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı (TTK m. 392)", Ankara 2017, p. 159.

¹² Böckli N. 179 nakleden: Savaş Bozbel, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı (6102 Sayılı TTK m. 392)", Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V. 1, Iss. 1, Year 2013, p. 87.

¹³ Bozbel, p. 90.

¹⁴ Kalender, p. 162.

¹⁵ Kalender, p. 163.

¹⁶ Kalender, p. 164.

¹⁷ Kalender, p. 126.

¹⁸ Kalender, p. 127.

DİPNOT

¹⁰ Savaş Bozbel, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı (6102 Sayılı TTK m. 392)", Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2013, s. 85.

¹¹ Emre Kalender, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı (TTK m. 392)", Ankara 2017, s. 159.

¹² Böckli N. 179 nakleden: Bozbel, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı (6102 Sayılı TTK m. 392)", Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2013, s. 87.

¹³ Bozbel, s. 90.

¹⁴ Kalender, s. 162.

¹⁵ Kalender, s. 163.

¹⁶ Kalender, s. 164.

¹⁷ Kalender, s. 126.

¹⁸ Kalender, s. 127.

PART 11

Information obtained within the scope of the right to request and review information should be shared with individuals who are bound by confidentiality obligations, such as lawyers, by the member of the board of directors. Thus, if the expert who provides assistance does not comply with the confidentiality obligation, sanctions may be imposed on the expert who assisted in obtaining and examining information¹⁹.

In order to prepare the questions that the board member will ask during the board meeting, it is also crucial for the board member to seek the assistance of professionals in legal or economic matters, such as attorneys or financial consultants. This way, the member of the board of directors can exercise his/ her right to request and review information through an expert. In order for the member of the board of directors to exercise his/ her right to request and review information through an expert, this member must direct his/ her request to the chairman of the board of directors²⁰. Then, the chairman of the board of directors will then evaluate this request based on the specific circumstances of the concrete case and the company's interests.

VI. REJECTION OF THE RIGHT TO REQUEST INFORMATION BY THE CHAIRMAN OF THE BOARD OF DIRECTORS

Within the scope of the request of the member of the board of directors to exercise the right to request and review information, the chairman of the board of directors must not act arbitrarily when evaluating the request of the member of the board of directors. In the evaluation of whether a member of the board of directors has abused his right, the chairman of the board of directors should take into account that the right of the board member to request and review information is fundamental²¹. In case the chairman of the board of directors denies the request for information and examination, the member of the board of directors may also request from the chairman of the board of directors to call the board of directors for a meeting pursuant to Article 392/7 of the TCC. This request must be made in writing.

If the right to request and review information requested by the member of the board of

Bilgi alma ve inceleme hakkında elde edilen bilgiler yönetim kurulu üyesi tarafından avukat gibi sır saklama yükümlülüğü altında olan bir kişiyle paylaşılmalıdır. Böylece, yardım alınan uzman kişinin sır saklama yükümlülüğüne uymaması durumunda bilgi alma ve inceleme konusunda yardım alınan uzman kişiye bir yaptırım uygulanabilecektir¹⁹.

Yönetim kurulu üyesinin avukat gibi hukuki konularda uzman veya mali müşavir gibi ekonomik konularda uzman kişilerin yardımını alabilmesi, yönetim kurulu üyesinin yönetim kurulu toplantısında soracağı soruların hazırlanabilmesi bakımından da büyük önem arz etmektedir. Dolayısıyla, yönetim kurulu üyesi bilgi alma ve inceleme hakkını bir uzman yardımıyla kullanabilmelidir. Yönetim kurulu üyesi uzman yardımıyla bilgi alma ve inceleme hakkını kullanabilmek için bu konudaki talebini yönetim kurulu başkanına iletmelidir²⁰. Buna göre yönetim kurulu başkanı, yönetim kurulu üyesinin bu talebini somut olayın şartlarına ve şirket menfaatlerine göre değerlendirecektir.

VI. BİLGİ ALMA HAKKININ BAŞKAN TARAFINDAN REDDEDİLMESİ

Yönetim kurulu üyesinin bilgi alma ve inceleme hakkı talebine karşı yönetim kurulu başkanı, yönetim kurulu üyesinin söz konusu talebini değerlendirirken keyfi şekilde hareket etmeyecektir. Yönetim kurulu üyesinin hakkını kötüye kullanıp kullanmadığı değerlendirilmesinde, bilgi alma ve inceleme talebinde bulunan yönetim kurulu üyesinin bilgi alma ve inceleme hakkının asıl olduğu yönetim kurulu başkanı tarafından hesaba katılmalıdır²¹. Yönetim kurulu üyesinin yönetim kurulu başkanının bilgi alma ve inceleme talebini reddetmesi durumunda, TTK m. 392/7 uyarınca da yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu başkanının yönetim kurulunu toplantıya çağırmasını isteyebilir, ancak bu istemini yazılı olarak yapması gerekmektedir.

Yönetim kurulu üyesinin yönetim kurulu başkanından talep ettiği bilgi alma ve inceleme hakkı reddedilirse, yönetim kurulu üyesi TTK m. 392/4 uyarınca bu konuyu 2 gün içinde

directors from the chairman of the board of directors is denied, the member of the board of directors must bring this matter to the attention of the board of directors within 2 days pursuant to Article 392/4 of the TCC. If the board of directors is unable to convene or rejects this request, the member of the board of directors may the matter to the commercial court of first instance where the company headquarters is located and request that this authority be granted to him/ her²². There is no time limit for this application in the text of the law.

The refusal of the chairman of the board of directors to exercise the right to request and review information through an expert, particularly in matters requiring technical knowl-

yönetim kuruluna getirmelidir; eğer yönetim kurulu toplanamaz veya yönetim kurulu bu talebi reddederse yönetim kurulu üyesi bu konuyu şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine götürerek kendisine bu yetkinin tanınmasını talep edebilir²². Bu başvuru için kanun metninde herhangi bir süre öngörülmemiştir.

Yönetim kurulu başkanının yönetim kurulu üyesinin özellikle teknik bilgi gerektiren konularda uzman yardımıyla bilgi alma ve inceleme hakkını kullanması talebini reddetmesi de, bilgi alma talebinin reddi olarak kabul edilmelidir²³. Bu durumda da yönetim kurulu üyesinin, bilgi alma hakkı tamamen engellenmiş gibi bilgi alma davası açabilmesi mümkündür²⁴.

Information obtained within the scope of the right to request and review information should be shared with individuals who are bound by confidentiality obligations, such as lawyers, by the member of the board of directors.

Bilgi alma ve inceleme hakkında elde edilen bilgiler yönetim kurulu üyesi tarafından avukat gibi sır saklama yükümlülüğü altında olan bir kişiyle paylaşılmalıdır.

edge, should also be considered as a refusal of the request for information²³. In this case, a member of the board of directors can file a lawsuit to obtain information, as if his/ her right to receive complete information is completely prevented²⁴.

VII. DECISION TO BE MADE BY THE BOARD OF DIRECTORS

In case the chairman of the board of directors rejects the request for information and review, the member of the board of directors must make a written request to the chairman of the board of directors to call the board of directors for a meeting. However, there is no

VII. KARARIN YÖNETİM KURULU TARAFINDAN VERİLMESİ

Yönetim kurulu başkanının bilgi alma ve inceleme talebini reddetmesi halinde yönetim kurulu üyesinin, yönetim kurulu başkanının yönetim kurulunu toplantıya çağırması istemini yazılı olarak yapması gerekse de, yönetim kurulu başkanının toplantıya yapacağı

FOOTNOTE

¹⁹ Kalender, p. 127.

²⁰ Kalender, p. 127.

²¹ Kalender, p. 163.

²² Reha Poroy/ Ünal Tekinalp/ Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, 15th Edition, İstanbul 2021, p. 409.

²³ Kalender, p. 128.

²⁴ Kalender, p. 126.

DİPNOT

¹⁹ Kalender, s. 127.

²⁰ Kalender, s. 127.

²¹ Kalender, s. 163.

²² Reha Poroy/ Ünal Tekinalp/ Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, 15. Baskı, İstanbul 2021, s. 409.

²³ Kalender, s. 128.

²⁴ Kalender, s. 126.

PART 11

requirement that the call for the meeting to be made by the chairman of the board of directors must be in writing²⁵. With regard to the evaluation of the request for information and examination by the board of directors, the forms of taking the board of directors' decision will be on the agenda. Board of directors decision can be taken by physically convening a meeting, accepting a written proposal without holding a meeting, or holding a board meeting electronically.

In the case of physical invitation to the meeting, as a rule, the chairman of the board of directors shall call the board of directors for the meeting. If the chairman of the board of directors is absent, the deputy chairman of the board of directors shall call the meeting²⁶. If the meeting is not called despite the meeting request, the relevant member can apply to the court to ensure that the meeting is held²⁷. It has been stated above that the meeting call to be made by the chairman of the board of directors or the deputy chairman of the board of directors is not subject to any form. However, it is recommended that the form of the call be made through reliable means, such as by telephone, fax, or email, to ensure that all members have received the information.

Even if none of the members request a meeting, in accordance with Article 390/4 of the TCC, a decision proposal of a member of the board of directors can be made upon written approval by the majority of the total member number. Thus, there is no need for the members of the board of directors to come together. One of the members of the board of directors or the chairman of the board of directors writes the decision proposal on a paper, submits this paper to the approval of the members of the board of directors, and the other members sign this paper by voting affirmatively or negatively. It is not necessary to have the approvals and disapprovals of the members of the board of directors on the same paper. Although there is no regulation on how the resolution proposal will be delivered pursuant to Article 390/4 of the TCC, since the Law-maker stipulates that the proposal be shared with all the members of the board of directors, it is beneficial to deliver this proposal through provable means.

It is also possible to hold a board meeting electronically according to Article 1527 of the TCC. In order for a member of the board of directors to vote electronically, the com-

pany must have a website dedicated to this purpose, pursuant to Article 1527/3 of the TCC. On the other hand, the meeting of the board of directors can be held entirely electronically, or by the physical participation of some members and the participation of others electronically.

pany must have a website dedicated to this purpose, pursuant to Article 1527/3 of the TCC. On the other hand, the meeting of the board of directors can be held entirely electronically, or by the physical participation of some members and the participation of others electronically.

pany must have a website dedicated to this purpose, pursuant to Article 1527/3 of the TCC. On the other hand, the meeting of the board of directors can be held entirely electronically, or by the physical participation of some members and the participation of others electronically.

pany must have a website dedicated to this purpose, pursuant to Article 1527/3 of the TCC. On the other hand, the meeting of the board of directors can be held entirely electronically, or by the physical participation of some members and the participation of others electronically.

pany must have a website dedicated to this purpose, pursuant to Article 1527/3 of the TCC. On the other hand, the meeting of the board of directors can be held entirely electronically, or by the physical participation of some members and the participation of others electronically.

VIII. VIOLATION OF THE RIGHT TO REQUEST INFORMATION AND LITIGATION FOR REQUESTING INFORMATION

If the request for information and examination stipulated in Article 392/3 of the TCC is rejected, this matter will be brought to the board of directors within two days. In case the request of a member of the board of directors for information and review is rejected by the board of directors, the member of the board of directors may apply to the commercial court of first instance in the place where the company headquarters is located pursuant to Article 392/4 of the TCC. However, in order for a member of the board of directors to apply to the court, the request for information and review must be rejected. In order for a board member's request for information and examination to be deemed rejected, either the request of the board member must have been explicitly rejected by the board of directors, or the board of directors should not convene on this matter, or this request should have been explicitly rejected by the board of directors²⁸.

VIII. BİLGİ ALMA HAKKININ İHLALİ VE BİLGİ ALMA DAVASI

TTK madde 392/3'te öngörülen bilgi alma ve inceleme talebi reddedilirse, bu konu iki gün içinde yönetim kuruluna getirilecektir. Yönetim kurulu üyesinin bilgi alma ve inceleme talebinin yönetim kurulunda reddedilmesi durumunda, yönetim kurulu üyesi TTK m. 392/4 uyarınca şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine başvurabilecektir. Ancak yönetim kurulu üyesinin mahkemeye başvurabilmesi için bilgi alma ve inceleme talebi reddedilmiş olmalıdır. Yönetim kurulu üyesinin bilgi alma ve inceleme talebinin reddedilmiş sayılması için, ya yönetim kurulu üyesinin talebi yönetim kurulunda açıkça reddedilmiş olmalı ya da yönetim kurulunun bu hususta toplanmaması yahut yönetim kurulunca bu talep açıkça reddedilmiş olmalıdır²⁸. Mahkemenin, yönetim kurulu üyesinin açtığı bilgi alma davasında yönetim kurulu üyesinin talebinin haklılığını değerlendirme noktasında sağlıklı şekilde karar verebilmesi için, davacı yönetim kurulu üyesinin taleplerini açık ve hükme elverişli biçimde anlaşılır olacak biçimde ortaya koymuş olması gerekmektedir²⁹.

FOOTNOTE

²⁵ Necla Akdağ Güney, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2nd Edition, İstanbul 2016, p. 250.

²⁶ Güney, p. 248.

²⁷ Güney, p. 249.

²⁸ Oğuz Atalay, "Anonim Şirketlerde Bilgi Alma ve İnceleme Haklarının Mahkeme Aracılığıyla Kullanılması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V. 16, Year 2014, p. 68.

DİPNOT

²⁵ Necla Akdağ Güney, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, İstanbul 2016, s. 250.

²⁶ Güney, s. 248.

²⁷ Güney, s. 249.

²⁸ Oğuz Atalay, "Anonim Şirketlerde Bilgi Alma ve İnceleme Haklarının Mahkeme Aracılığıyla Kullanılması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, 2014, s. 68.

²⁹ Kalender, s. 222.



PART 11

THIS RIGHT IT IS OF GREAT IMPORTANCE FOR THE CONTINUITY OF THE COMPANY, AND THE FACT THAT THE MEMBERS OF THE BOARD OF DIRECTORS HAVE THESE RIGHTS IS THE MANIFESTATION OF THE COMPANY'S TRUST IN THE MEMBERS OF THE BOARD OF DIRECTORS.

In order for the court to make a sound decision when assessing the rightness of the request of the member of the board of directors in the information request lawsuit filed by the member of the board of directors, the claimant (said member of the board of directors) must have clearly and intelligibly put forward the demands in a way that is understandable to the judgment²⁹.

The fact that there is no clear regulation in the TCC on the term of litigation for information acquisition does not mean that this lawsuit can always be filed. Since waiting for a long time for the filing of an information request lawsuit can be interpreted as there is no longer any legitimate interest in filing the request for information lawsuit after the rejection decision of the board of directors, it is beneficial to file the information request lawsuit in a short time³⁰. If the court is convinced that the right exists and the conditions are met as a result of its examination, the information or documents requested by the member of the board of directors who filed the lawsuit are allowed to be examined³¹.

IX. CONCLUSION

In joint stock companies, each member of the board of directors has the right to request information about the business and transactions of the company and to examine the books and documents of the company. This right it is of great importance for the continuity of the company, and the fact that the members of the board of directors have these rights is the manifestation of the company's trust in the members of the board of directors. The scope of the board member's right to request and review information is limited to the company's business and transactions, and it is essential that the board members use the right to request and review information unless there is a justifiable reason not to do so.

While the request of a member of the board of directors for the right to request and review information is not subject to form, it is beneficial to make the request in written form or via e-mail with provable means to avoid any possible disputes. A member of the board of directors may exercise his/ her right to request and review information within the meeting as well as outside the meeting. Although the board member does not need the permission of the chairman of the board, in order to exercise this right apart from the meeting, the permission of the chairman of the board of

Bilgi alma davasının açılması süresi konusunda TTK'da açıkça bir düzenleme olmayışı, bu davanın her zaman açılacağı anlamına gelmemektedir. Bilgi alma davasının açılması için uzun süre beklenilmesi, yönetim kurulunun ret kararından sonra bilgi alma davasının açılmasında artık haklı menfaatin kalmadığı şeklinde yorumlanabileceğinden, bilgi alma davasının kısa sürede açılmasında fayda vardır³⁰. Mahkemenin, yapacağı inceleme neticesinde hakkın varlığına ve şartların oluştuğuna kanaat getirmesi durumunda, dava açan yönetim kurulu üyesinin talep ettiği bilgi veya belgelerin incelenmesine izin verilir³¹.

IX. SONUÇ

Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin her birinin şirketin iş ve işlemleriyle ilgili bilgi alma hakkının ve şirketin defter ve belgelerini inceleme hakkının bulunması, şirketin devamlılığı açısından büyük önem arz etmekte olup, yönetim kurulu üyelerinin bu haklara sahip olması da şirketin yönetim kurulu üyelerine olan güveninin tezahürüdür. Yönetim kurulu üyesinin bilgi alma ve inceleme hakkının kapsamı şirketin iş ve işlemleriyle sınırlı olup, haklı bir sebep bulunmadığı müddetçe yönetim kurulu üyesine bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılması esastır.

Yönetim kurulu üyesinin bilgi alma ve inceleme hakkını talep etmesi şekle tabi olmasa da, olası uyuşmazlıklara karşı söz konusu talebin yazılı yolla ya da e-posta vasıtasıyla ispatlanabilir araçlarla yapılmasında fayda vardır. Yönetim kurulu üyesi bilgi alma ve inceleme hakkını toplantı içinde kullanabileceği gibi toplantı dışında da kullanabilir. Yönetim kurulu üyesinin toplantı içinde bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmasında yönetim kurulu başkanının iznini almasına gerek olmasa da, toplantı dışında bu hakkın kullanılabilmesi için yönetim kurulu başkanının izni gerekmekte; ancak yönetim kurulu başkanı objektif biçimde ve keyfilikten uzak

directors is required. However, the chairman of the board of directors must evaluate the request objectively and in accordance with the company's interests, without being arbitrary.

In the event that the right to request and review information is denied, the member of the board of directors can request in writing from the chairman of the board of directors to call a meeting of the board of directors, or they may obtain the right to obtain information about the business and transactions of the company and to examine the company books and documents by filing a lawsuit for information in the commercial court of first instance where the company headquarters is located.

halde şirket menfaatleriyle doğru orantılı olarak söz konusu talebi değerlendirmelidir.

Yönetim kurulu üyesi, bilgi alma ve inceleme hakkının reddedilmesi halinde yazılı olarak yönetim kurulu başkanından yönetim kurulunu toplantıya çağırmasını isteyebileceği gibi, şirket merkezinin bulunduğu asliye ticaret mahkemesinde bilgi alma davası açmak suretiyle şirket iş ve işlemleriyle ilgili bilgi alma ve şirket defter ve belgelerini inceleme hakkını mahkeme kararıyla elde edebilir.

YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN BİLGİ ALMA VE İNCELEME HAKKININ KAPSAMI ŞİRKETİN İŞ VE İŞLEMLERİYLE SINIRLI OLUP, HAKLI BİR SEBEP BULUNMADIĞI MÜDDETÇE YÖNETİM KURULU ÜYESİNE BİLGİ ALMA VE İNCELEME HAKKININ KULLANDIRILMASI ESASTIR.

BIBLIOGRAPHY

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

EMRE KALENDER, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı (TTK m. 392), Ankara 2017.

HASAN PULAŞLI, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Volume 18, Issue 2, Year 2012.

HEDİYE BAHAR SAYIN, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Toplantı Dışında Bilgi Alma Hakkının Konusu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Volume 124, Year 2016.

METİN KIRATLI, "TTK m. 392'ye Göre Bilgi Alma Hakkının Kullanılmasında Yönetim Kurulu Başkanının Rolü", Kırıkkale Hukuk Mecmuası, Volume 1, Issue 2, Year 2021.

MUHAMMED SULU, Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı, 1st Edition, İstanbul 2019.

NECLA AKDAĞ GÜNEY, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2nd Edition, İstanbul 2016.

OĞUZ ATALAY, "Anonim Şirketlerde Bilgi Alma ve İnceleme Haklarının Mahkeme Aracılığıyla Kullanılması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Volume 16, Year 2014.

REHA POROY/ ÜNAL TEKİNALP/ ERSİN ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku I, 15th Edition, İstanbul 2021.

SAVAŞ BOZBEL, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı (6102 Sayılı TTK m. 392)", Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Volume 1, Issue 1, Year 2013.

KAYNAKÇA

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

EMRE KALENDER, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı (TTK m. 392), Ankara 2017.

HASAN PULAŞLI, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 2, 2012.

HEDİYE BAHAR SAYIN, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Toplantı Dışında Bilgi Alma Hakkının Konusu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 124, 2016.

METİN KIRATLI, "TTK m. 392'ye Göre Bilgi Alma Hakkının Kullanılmasında Yönetim Kurulu Başkanının Rolü", Kırıkkale Hukuk Mecmuası, C. 1, S. 2, 2021.

MUHAMMED SULU, Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı, 1. Baskı, İstanbul 2019.

NECLA AKDAĞ GÜNEY, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, İstanbul 2016.

OĞUZ ATALAY, "Anonim Şirketlerde Bilgi Alma ve İnceleme Haklarının Mahkeme Aracılığıyla Kullanılması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 16, 2014.

REHA POROY/ ÜNAL TEKİNALP/ ERSİN ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku I, 15. Baskı, İstanbul 2021.

SAVAŞ BOZBEL, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı (6102 Sayılı TTK m. 392)", Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2013.

FOOTNOTE

29 Kalender, p. 222.

30 Kalender, p. 231.

31 Kalender, p. 238.

DİPNOT

30 Kalender, s. 231.

31 Kalender, s. 238.

RESOLUTION OF ENERGY DISPUTES BY ARBITRATION

ENERJİ UYUŞMAZLIKLARININ TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMLENMESİ

ÖYKÜ DENİZ BİKİRLİ

ABSTRACT

The article's introduction mentions the growing significance of the energy industry in light of the globalizing economy and the disputes this has led to. In the second part, arbitration, which is one of the most commonly used methods in the resolution of disputes that constitute the subject of this article, is analysed both nationally and internationally. In the relevant section, sources and legislation on arbitration have been utilised. In this context, the Code of Civil Procedure No. 6100 ("CCP") and the International Arbitration Law No. 4686 ("IAL") are examined in the national context, and institutions such as the Istanbul Arbitration Centre ("ISTAC") and the Energy Disputes Arbitration Centre ("EDAC") are discussed. In international practice, the provisions of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States ("ICSID") and the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration ("UNCITRAL") are mentioned. In the third part, the scope of the Energy Charter Treaty ("ECT" or "Treaty"), which is a multilateral treaty aiming to ensure international energy co-operation and to which Türkiye is a party, and the types of energy disputes are explained. It is concluded that the Treaty, which mainly includes regulations on environment, competition, trade, transit and investments in the energy sector, aims to protect investment and investors in its broadest scope. Finally, the arbitration proceedings to which Türkiye is a party have been analysed and it is foreseen that in parallel with the increase in investments in the energy sector in our country, arbitration practices in the resolution of energy disputes in Turkish law will increase.



KEYWORDS

ARBITRATION, CCP, ENERGY LAW, ENERGY DISPUTES, ENERGY CHARTER TREATY, ENERGY ARBITRATION, ICSID, INTERNATIONAL ARBITRATION, IPPL, NATIONAL ARBITRATION, UNCITRAL.

ÖZET

Makalemizin giriş kısmında, enerji sektörünün küreselleşen ekonomi ile birlikte artan önemi ve bunun yol açtığı uyuşmazlıklardan bahsedilmiştir. İkinci bölümde, işbu makalenin konusunu oluşturan uyuşmazlıkların çözümünde en çok kullanılan yöntemlerden birisi olan tahkim hem ulusal hem de uluslararası kapsamda incelenmiştir. İlgili bölümde, tahkime ilişkin kaynaklardan ve mevzuattan faydalanılmıştır. Bu kapsamda, ulusal anlamda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ("HMK") ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ("MTK") uygulamaları incelenmiş olup, İstanbul Tahkim Merkezi ("ISTAC") ve Enerji Uyuşmazlıkları Tahkim Merkezi ("EDAC") gibi kuruluşlar ele alınmıştır. Milletlerarası uygulamada ise en çok başvurulan Devletler ve Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkındaki Sözleşme ("ICSID") hükümleri ve Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Model Kanun ("UNCITRAL") kurallarından söz edilmiştir. Üçüncü bölümde ise, uluslararası enerji iş birliğini sağlamayı amaçlayan çok taraflı bir sözleşme olan, Türkiye'nin de taraf olduğu Enerji Şartı Anlaşması'nın ("EŞA" veya "Anlaşma") kapsamı ve enerji uyuşmazlıklarının türleri açıklanmıştır. Temel olarak enerji sektöründe; çevre, rekabet, ticaret, transit ve yatırımlara ilişkin düzenlemeler içeren Anlaşma'nın, en geniş kapsamıyla, yatırım ve yatırımcıyı korumayı hedeflediği sonucuna ulaşılmıştır. Son olarak, Türkiye'nin taraf olduğu tahkim yargılamaları incelenmiş olup; ülkemizde enerji sektöründe yatırımların artmasına paralel olarak, hukukumuzda da enerji uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim uygulamalarının artış göstereceği öngörülmektedir.



ANAHTAR KELİMELER

TAHKİM, CCP, ENERJİ HUKUKU, ENERJİ UYUŞMAZLIKLARI, ENERJİ ŞARTI ANLAŞMASI, ENERJİ TAHKİMİ, HMK, ICSID, MÖHUK, TAHKİM, ULUSAL TAHKİM, ULUSLARARASI TAHKİM, UNCITRAL.

PART 12

Today, the energy sector is one of the sectors in which the investment capacity is expanding both for the states and the private sector with the rapidly developing and globalising economy.

Günümüzde enerji sektörü, hızla gelişen ve küreselleşen ekonomi ile birlikte hem devletler hem de özel sektör açısından yatırım hacminin gittikçe genişlediği sektörlerden birisidir.

I. INTRODUCTION

Today, the energy sector is one of the sectors in which the investment capacity is expanding both for the states and the private sector with the rapidly developing and globalising economy. As an inevitable consequence of these global developments, various disputes arise in the energy sector. In this respect, arbitration has become a widely preferred method for resolving energy disputes due to its many advantages.

In this article, it will be analysed in which situations and how arbitration law, which plays an active role in the resolution of disputes, is applied in disputes that may arise in the energy sector. Firstly, the concept of arbitration will be explained in the national and international framework. Afterwards, the scope and rules of the ECT the kinds of conflicts in this direction, and the EDAC, which is already outlined in our law, will all be discussed prior to the disputes between the governments and private parties in the energy sector being settled by arbitration. In the last chapter, the judgements rendered in arbitration proceedings to which Türkiye is a party in the light of these regulations will be analysed.

I. GİRİŞ

Günümüzde enerji sektörü, hızla gelişen ve küreselleşen ekonomi ile birlikte hem devletler hem de özel sektör açısından yatırım hacminin gittikçe genişlediği sektörlerden birisidir. Küresel ölçekte etkilerini gösteren bu gelişmelerin kaçınılmaz sonucu olarak enerji sektöründe çeşitli uyuşmazlıklar ortaya çıkmaktadır. Bu doğrultuda tahkim, birçok avantajı sebebiyle enerji anlaşmazlıklarının çözümünde yaygın olarak tercih edilen bir yöntem haline gelmiştir.

Uyuşmazlıkların çözümünde aktif bir rol oynayan tahkim hukukunun enerji sektöründe ortaya çıkabilecek anlaşmazlıklarda hangi durumlarda ve nasıl uygulandığı bu makalemizde incelenecektir. İlk olarak, tahkim kavramı ulusal ve uluslararası çerçevede açıklanacak olup, enerji sektöründe hem devletler arasında hem özel taraflar arasındaki uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesinden önce EŞA kapsamı ve düzenlemeleri ile bu doğrultudaki uyuşmazlık türleri ve hukukumuzda güncel olarak kurulmuş olan EDAC ele alınacaktır. Son kısımda ise, bu düzenlemeler ışığında Türkiye'nin taraf olduğu tahkim yargılamalarında verilen kararlara yer verilecektir.

FOOTNOTE

¹ Hakan Pekcanitez/ Ali Yeşilirmak, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Edn, İstanbul 2017, p. 2593.

² Doğan Ağırman, Milli & Milletlerarası Tahkim, 1. Edn, Ankara 2022, p. 80.

³ Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, 6. Edn, İstanbul 2021, p. 8.

⁴ Ağırman, p. 86.



II. ARBITRATION

The resolution of private law disputes that have arisen or may arise, on which the parties may freely decide, by means of arbitrators instead of courts, and through judicial activity, the terms of which are pre-decided, can be defined as an arbitration institution, a dispute resolution method developed as an alternative to state jurisdiction¹. Many advantages such as quicker and more predictable proceedings, the ability of the parties to determine the terms of the proceedings and arbitrators within certain limits, and the ability to ensure confidentiality upon request have led to the gradual expansion of the application of arbitration as a dispute resolution method both internationally and nationally². There are two main requirements for a dispute to be resolved by arbitration; these are that the dispute is arbitrable and that the parties have agreed on this issue³.

Arbitration is divided into national and international arbitration according to the law and seat of the arbitration; compulsory and voluntary arbitration according to whether the arbitration procedure is mandatory; and ad hoc and institutional arbitration according to whether it is within the scope of institutional activity⁴. In national law, arbitration is regulated under Articles 516 et seq. of the CCP,

II. TAHKİM

Devlet yargısına alternatif olarak gelişen uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkim kurumu, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri doğmuş ya da doğabilecek özel hukuk uyuşmazlıklarının mahkeme yerine hakemler marifetiyle ve şartları önceden kararlaştırılmış yargı faaliyeti aracılığıyla çözümlenmesi olarak tanımlanabilmektedir¹. Yargılamanın daha hızlı ve öngörülebilir olması, belirli sınırlar içerisinde yargılama şartlarının ve hakemlerin taraflarca belirlenebilmesi ve talep halinde gizliliğin sağlanabilmesi gibi birçok avantaj, tahkimin uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak hem uluslararası alanda hem de ülkemizde uygulama alanının giderek genişlemesine yol açmıştır². Bir uyuşmazlığın tahkim ile çözümlenebilmesi için iki temel şart mevcuttur; bunlar uyuşmazlığın tahkime elverişli olması ve tarafların bu konuda anlaşmış olmalarıdır³.

Tahkim, uygulandığı hukuk ve yer bakımından, ulusal ve uluslararası tahkim; tahkim yolunun zorunlu olup olmamasına göre, zorunlu ve ihtiyari tahkim; kurum faaliyeti kapsamında olup olmamasına göre ise, ad hoc tahkim ve kurumsal tahkim olarak ayrıma tabi tutulmaktadır⁴. Hukukumuzda ise tahkim, HMK'nın 516'ncı ve devamı maddelerinde düzenlenirken; uluslararası tahkim ise,

DİPNOT

¹ Hakan Pekcanitez/ Ali Yeşilirmak, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 2593.

² Doğan Ağırman, Milli & Milletlerarası Tahkim, 1. Baskı, Ankara 2022, s. 80.

³ Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, 6. Baskı, İstanbul 2021, s. 8.

⁴ Ağırman, s. 86.

PART 12

while international arbitration is a superior term that includes the resolution of disputes with a foreign element by arbitrators according to the Law No. 4686.

A. International Arbitration

Along with the development of trade in the international field, the number of international commercial disputes is gradually increasing. Since there is no international court in charge of the settlement of international disputes, the parties to the dispute may apply to the state judiciary or alternative dispute resolution methods⁵. However, in international trade practice, especially in disputes where one of the parties is a state, no party will prefer to be tried in the national courts of the other party⁶. Therefore, the binding effect, enforceability, impartiality, independence, freedom of will, confidentiality of arbitration; It is seen as a dispute resolution method in which legal risks are minimized thanks to its features such as being resolved by experts and faster results compared to courts⁷. Another advantage of international commercial arbitration is that the enforcement of arbitral awards is easier than court judgements⁸. Following the adoption of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards dated 1958 ("New York Convention"), which is the first and most important step in the development of international commercial relations, arbitral awards have become enforceable in all contracting states, including Türkiye⁹. The European (Geneva) Convention on International Commercial Arbitration dated 21 April 1961 ("European Convention") is another

4686 sayılı MTK'ya göre yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların hakemler aracılığıyla çözümünü içeren bir üst kavramdır.

A. Uluslararası Tahkim

Ticaretin uluslararası alanda gelişmesi ile birlikte milletlerarası ticaret uyuşmazlıklarının sayısı da giderek artmaktadır. Milletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde görevli uluslararası bir mahkeme mevcut olmadığından uyuşmazlığın tarafları, devlet yargısına veya alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurabilecektir⁵. Ancak milletlerarası ticaret uygulamasında, özellikle taraflardan birinin devlet olduğu uyuşmazlıklarda, hiçbir taraf diğer tarafın ulusal mahkemelerinde yargılanmayı tercih etmeyecektir⁶. Bu sebeple, tahkim; bağlayıcı etkisi, icra edilebilirliği, tarafsızlığı, bağımsızlığı, irade sert bestisi, gizliliği, mahkemelere kıyasla daha hızlı sonuçlanması ve uzman kişiler tarafından çözülmesi gibi özellikleri sayesinde hukuki risklerin en aza indirildiği uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak görülmektedir⁷. Uluslararası ticari tahkimin bir diğer avantajı ise, hakem kararlarının tenfizinin mahkeme kararlarına nazaran daha kolaylaştırılmış olmasıdır⁸. Milletlerarası ticari ilişkilerin gelişmesinin ilk ve en önemli adımı olan 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesi'nin ("New York Sözleşmesi") kabulü ile birlikte hakem kararları, Türkiye dâhil taraf devletlerin tamamında tenfiz edilebilir hale gelmiştir⁹. 21 Nisan 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusunda Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi ("Avrupa Sözleşmesi") ise bu



important regulation in this field. Whereas the New York Convention contains general provisions on recognition and enforcement, the European Convention regulates the arbitration phases prior to recognition and enforcement¹⁰.

The international character of the dispute subject to arbitration is determined by considering the foreign element; if the dispute has a foreign element, it will be subject to international arbitration¹¹. As stated in Article 1(2) of the IAL, the scope of application of this law is defined as "disputes that have a foreign element and the place of arbitration is determined as Türkiye or the provisions of this Law are chosen by the parties or the arbitrator or arbitral tribunal"¹². The conditions under which the dispute will have a foreign element in arbitration are listed in Article 2 of the Act, and if one of these conditions exists and the place of arbitration is agreed upon as Türkiye, the arbitration becomes international.

B. Domestic Arbitration

In recent history, Türkiye, which adopted a liberal economic approach and supported foreign trade, became a party to international conventions on international arbitration towards the end of the 1980s¹³. The aforementioned New York Convention and the European Convention are among these conventions. In addition, ICSID is one of the conventions transposed into our domestic law and ICSID entered into force in 1988 and the other two conventions entered into force in 1991¹⁴. International conventions to which Türkiye is a party shall be applied primarily as *lex specialis* since they regulate international arbitration and enforcement of arbitral awards¹⁵. Act No. 5718 on Private International Law and Procedural Law ("IPPL") also determines the conflict of laws rules that determine the applicable law to foreign relations and the scope of application of international conventions¹⁶. In Article 1 of the IPPL, it is stated that "The provisions of international conventions to which the Republic of Turkey is a party are reserved."¹⁷ emphasises that if there is an international convention on the same subject, it shall be applied in priority¹⁸.

The scope of application of arbitration under Turkish law is regulated under Articles 407 and following of the CCP. Accordingly, the provisions of the CCP shall apply to disputes that do not involve a foreign element as defined by the IAL and where the place

alandaki diğer önemli bir düzenlemedir. New York Sözleşmesi, tanıma ve tenfize ilişkin genel hükümler içerirken; Avrupa Sözleşmesi, tanıma ve tenfizden önceki tahkim aşamalarını da düzenlemektedir¹⁰.

Tahkime konu uyuşmazlığın uluslararası nitelikte olup olmadığı, yabancılık unsuru dikkate alınarak belirlenmektedir; uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması halinde milletlerarası tahkime tabi olacaktır¹¹. MTK'nın 1(2)'nci maddesinde belirtildiği üzere, bu kanunun uygulama alanı, "yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar"¹² olarak belirlenmiştir. Tahkimde hangi hallerde uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyacağı ise kanunun 2'nci maddesinde sayılmış olup, bu hallerden birinin varlığı ve tahkim yerinin Türkiye olarak kararlaştırılması halinde tahkim, milletlerarası nitelik kazanmaktadır.

B. Ulusal Tahkim

Yakın tarihte, liberal bir ekonomi anlayışı benimseyerek dış ticareti teşvik eden Türkiye, 1980'li yılların sonlarına doğru milletlerarası tahkim alanına ilişkin uluslararası sözleşmelere taraf olmuştur¹³. Yukarıda bahsi geçen New York Sözleşmesi ile Avrupa Sözleşmesi bu sözleşmelerdendir. Bunun yanı sıra, ICSID de iç hukukumuzda aktarılan sözleşmelerden olup, ICSID 1988'de; diğer iki sözleşme ise 1991 yılında hukukumuzda yürürlüğe girmiştir¹⁴. Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler, uluslararası tahkim ve hakem kararlarının tenfizi konularını düzenlemesi sebebiyle özel düzenleme (*lex specialis*) olarak öncelikle uygulanacaktır¹⁵. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ("MÖHUK") ile yabancı ilişkilere uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilafı kuralları ve milletlerarası sözleşmelerin uygulama alanı da belirlenmiştir¹⁶. MÖHUK'un 1'inci maddesinde, "Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır."¹⁷ bahisle aynı konuda milletlerarası sözleşmenin bulunması halinde öncelikle uygulanacağını vurgulamaktadır¹⁸.

Türk hukukunda tahkimin uygulama alanı, HMK'nın 407'nci ve devamı maddelerinde düzenlenmektedir. Buna göre, MTK'nın tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve taraflarca düzenlenecek sözleşmede tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmaz-

FOOTNOTE

5 Nesli Şen Özçelik, Resmi Yargı ve Tahkimin Ayrı Ayrı ve Birlikte Yetkilendirildiği Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği, MHB, Vol. 36, I. 2, 2016, P. 53-81, p. 55.

6 Akıncı, p. 9.

7 Gülser Banu Uslu, Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk, AndHD, Vol. 7, I. 1, 2021, P. 167-193, p. 168.

8 Akıncı, p. 10.

9 Akıncı, p. 10.

10 Ergin Nomer/ Nuray Ekşi, Günseli Öztekin Gelgel Milletlerarası Tahkim Hukuku, Vol. 1, İstanbul 2013, p. 52.

11 Ağırman, p. 87.

12 Act No. 4684, Official Gazette Dated: 3/7/2001 I: 24451, Art. 1(2).

13 Hacı Can/ Ekin Tuna, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Ankara 2021, p. 63.

14 Can/ Tuna, p. 64.

15 Akıncı, p. 54.

16 Akıncı, p. 81.

17 Act No. 5718, Official Gazette Dated: 12/12/2007 I: 26728, Art. 1(2).

18 Akıncı, p. 81.

DİPNOT

5 Nesli Şen Özçelik, Resmi Yargı ve Tahkimin Ayrı Ayrı ve Birlikte Yetkilendirildiği Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği, MHB, Cilt 36, s. 2, 2016, s. 53-81, s. 55.

6 Akıncı, s. 9.

7 Gülser Banu Uslu, Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk, AndHD, Cilt: 7, s. 1, 2021, s. 167-193, s. 168.

8 Akıncı, s. 10.

9 Akıncı, s. 10.

10 Ergin Nomer/ Nuray Ekşi, Günseli Öztekin Gelgel Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt: 1, İstanbul 2013, s. 52.

11 Ağırman, s. 87.

12 4684 sayılı Kanun, RG Tarih: 3/7/2001 Sayı: 24451, Madde 1(2).

13 Hacı Can/ Ekin Tuna, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Ankara 2021, s. 63.

14 Can/ Tuna, s. 64.

15 Akıncı, s. 54.

16 Akıncı, s. 81.

17 5718 sayılı Kanun, RG Tarih: 12/12/2007 Sayı: 26728, Madde 1(2).

18 Akıncı, s. 81.

PART 12

FOOTNOTE

19 Act No. 6100, Official Gazette Dated: 4/2/2011 t: 27836, Art. 407(1).

20 Ağırman, p. 82.

21 Can/ Tuna, p. 99.

22 Can/ Tuna, p. 100.

23 Ağırman, p. 92.

24 Abdullah Sacid Öngül, Uluslararası Enerji Hukuku, Yenilenebilir Enerji ve Şeffaflık (Ali Kerem Kayhan/ Ali Osman Karaoğlu, Uluslararası Hukukta Şeffaflık, 1. Edn, İstanbul 2021), p. 223-224.

25 Bağdagül Kaya Caner, Enerji Yatırımlarından Doğan Uyuşmazlıklarda Uluslararası Tahkim, Doctoral Thesis, Ankara 2021, p. 19.

26 Timothy Martin, Uluslararası Enerji Sektöründe Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri: Genel Bir Değerlendirme, (translation: Hüseyin Amiklioğlu), ÇÜHFD, Vol: 5, I. 1, 2020, P. 3981-4014, p. 3982.

27 EÜAŞ, Electricity Generation Sector Report 2009, p. 8.

28 Elif Işıl Kılıçarslan, Enerji Sektöründe Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve Uluslararası Tahkim, Master's Thesis, Mersin 2012, p. 10-11.

29 Bünyamin Kartal, Enerji Şartları Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü ve Stockholm Ticaret Odası Tahkimi (Stockholm), 1. Edn, İstanbul 2020, p. 37.

30 Martin, p. 3982.

31 Martin, p. 3987.

32 Energy Disputes Arbitration Center (EDAC), <https://arbitrationcenter.org/kurumsal/?lang=tr> (Date Accessed, 24.10.2022).

33 Energy Arbitration Rules, Art. 1; Energy Disputes Arbitration Center (EDAC), <https://arbitrationcenter.org/kurumsal/?lang=tr> (Date Accessed, 24.10.2022).

of arbitration is determined as Türkiye in the agreement to be drafted by the parties¹⁹. Chapter 11 of the CCP, which entered into force on 1 October 2011, is based on the IAL and UNCITRAL regulations, and attempts have been made to provide an international framework in Turkish law in terms of both domestic and cross-border arbitration²⁰. In addition to these regulations, in order to provide a legal framework for institutional arbitration, ISTAC was established with the aim of establishing an international arbitration institution with the Istanbul Arbitration Centre Act No. 6570 published in the Official Gazette dated 29.11.2014 and commenced its operations on 26 October 2015 with the entry into force of the Arbitration and Mediation Rules²¹. Due to the final and binding nature of ISTAC arbitral awards, arbitration has become a frequently agreed dispute resolution method in contracts²². Firstly, ISTAC, which was established with the aim of making Istanbul both an international arbitration centre and a world financial centre, can be expected to become one of the most preferred dispute resolution institutions of Türkiye in both national and international arbitration in the near future²³.

III. RESOLUTION OF ENERGY DISPUTES BY ARBITRATION

A. Energy Disputes in General

Energy law consists of the regulation of legal relations between individuals, states and legal entities arising from the utilisation of an energy resource²⁴. The difference between international energy investments and international trade is that instead of the legal relationship between the parties ending with the fulfilment of the obligations of both parties, a long-term relationship is established between the foreign investor and the host state²⁵. In this respect, the energy sector constitutes a unique structure. Although oil has become increasingly significant in the energy sector as a global investment instrument in industrialising and industrialised countries, the demand for natural gas investments has increased with the increasing use of natural gas in power generation²⁶. According to the Electricity Generation Corporation ("EÜAŞ") Electricity Generation Sector Report: "The growth rates in the en-

liklar hakkında HMK hükümleri uygulanacaktır¹⁹. 1 Ekim 2011'de yürürlüğe giren HMK'nın 11'inci kısmında yer alan tahkim hükümleri düzenlenirken MTK ve UNCITRAL düzenlemeleri esas alınarak hem iç tahkim hem dış tahkim açısından hukukumuzda uluslararası düzeyde bir altyapı sağlanmaya çalışılmıştır²⁰. Bu düzenlemelerin yanı sıra kurumsal tahkimde de de yasal altyapının sağlanması amacıyla, 29.11.2014 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 6570 sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu ile milletlerarası tahkim kurumu olma hedefiyle ISTAC kurularak 26 Ekim 2015 tarihinde Tahkim ve Arbuluculuk Kurallarının yürürlüğe girmesiyle birlikte faaliyetine başlamıştır²¹. ISTAC hakem kararlarının nihai ve bağlayıcı özellikleri sebebiyle sözleşmelerde tahkim, sıklıkla kararlaştırılan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi haline gelmiştir²². İlk olarak, İsk. tanbul'un hem uluslararası bir tahkim merkezi hem dünya finans merkezi yapıma arzusuyla kurulan ISTAC'ın, yakın gelecekte ülkemizin gerek ulusal tahkim gerekse uluslararası tahkimde en çok tercih edilen uyuşmazlık kurumlarından birisi olması beklenebilir²³.

III. ENERJİ UYUŞMAZLIKLARININ TAHKİM YOLUYLA ÇÖZÜMLENMESİ

A. Genel Kapsamda Enerji Uyuşmazlıkları

Enerji hukuku; bireyler, devletler ve tüzel kişiler arasındaki bir enerji kaynağının kullanımından doğan hukuki ilişkilerin düzenlenmesinden ibarettir²⁴. Uluslararası enerji yatırımlarının uluslararası ticaretten farkı, tarafların arasındaki hukuki ilişkinin iki tarafın edimlerini yerine getirmesi ile son bulması yerine, yabancı yatırımcı ve ev sahibi devlet arasında uzun dönemli bir ilişkinin kurulmasıdır²⁵. Bu yönüyle enerji sektörü, kendine özgü bir yapı teşkil etmektedir. Sanayileşen ve sanayileşmiş ülkelerde petrol, küresel yatırım aracı olarak enerji sektöründe giderek önem kazanmış olmakla birlikte, elektrik üretiminde doğal gaz kullanımının artmasıyla doğalgaz yatırımlarına olan talep çoğalmıştır²⁶. Elektrik Üretim Anonim Şirketi ("EÜAŞ") Elektrik Üretim Sektör Raporuna göre: "Sanayinin temel girdileri arasında yer alan enerji sektöründe büyüme rakamları, gelişmiş ülkelere kıyasla oldukça yüksektir.

ergy sector, which is among the basic inputs of the industry, are quite high compared to developed countries. Türkiye ranks second after China in terms of electricity and natural gas consumption growth rates"²⁷. At the same time, due to its geopolitical position, Türkiye has become an important regional energy transit centre for oil production and transit to Europe²⁸.

Energy projects are capital-intensive as they are based on long-term relationships, as well as being large-scale investments and requiring high-level technology²⁹. However, due to economic, geological and political factors, the energy sector brings along various legal disputes as conditions, governments and parties change in these long-term projects³⁰. Arbitration has become one of the most widely used methods for resolving these disputes, both internationally and in the domestic law of states. The International Chamber of Commerce, the London Court of International Arbitration and the American Arbitration Centre have surpassed other methods in the international energy market as the three most well-known and used dispute resolution centres with approximately 1,800 arbitration proceedings per year³¹.

One of the recent amendments regarding dispute resolution in the energy sector in Türkiye is EDAC, which was established on 21 October 2020. The first and only international arbitration centre in the sector, headquartered in Ankara, to resolve corporate energy disputes arising in Central Asia, Europe, the Balkans, the Middle East, the USA and Africa³². Where the parties have agreed in the contract to the Energy Arbitration Rules determined by EDAC, the awards rendered in the proceedings shall be final and binding and shall have international validity in accordance with the New York Convention³³.

B. Dispute Settlement under the Energy Charter Treaty

1. Scope of the Energy Charter Treaty

Signed on 17 December 1994 in Lisbon and entered into force on 16 April 1998, the Treaty is an international multilateral agreement that regulates five main issues, namely environment, competition, trade, transit and investment in a broad sense in order to ensure

Türkiye elektrik ve doğal gaz tüketim artış oranları bakımından Çin'den sonra ikinci sırayı almaktadır"²⁷. Aynı zamanda, ülkemiz jeopolitik konumu sebebiyle petrol üretimi ve transitinde Avrupa'ya açılan önemli bir bölge gesel enerji transit merkezi haline gelmiştir²⁸.

Enerji projeleri, uzun döneme yayılan ilişkilerle dayalı olmasının yanı sıra büyük ölçekli yatırımlar olması ve üst düzey teknoloji gerektirmesi sebebiyle, sermayeye ihtiyaç duyan projelerdir²⁹. Bununla birlikte, uzun ömürlü bu projelerde şartların, hükümetlerin ve tarafların; ekonomik, jeolojik, siyasi faktörlerden etkilenerek değişmesi sebebiyle, enerji sektörü çeşitli hukuki uyuşmazlıkları da beraberinde getirmektedir³⁰. Tahkim, bu uyuşmazlıkların çözümünde hem uluslararası kapsamda hem de devletlerin iç hukukunda en yaygın kullanılan yöntemlerden biri haline gelmiştir. Milletlerarası Ticaret Odası, Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi ve Amerikan Tahkim Merkezi yılda yaklaşık 1.800 tahkim yargılaması ile en çok bilinen ve kullanılan üç uyuşmazlık çözüm merkezi olarak uluslararası enerji piyasasında diğer yöntemleri geride bırakmıştır³¹.

Ülkemizde enerji sektöründe uyuşmazlıkların çözümünde yapılan güncel değişikliklerden birisi, 21 Ekim 2020 tarihinde kurulmuş olan EDAC'tır. Orta Asya, Avrupa, Balkanlar, Orta Doğu, Amerika ve Afrika bölgelerinde ortaya çıkan kurumsal enerji uyuşmazlıklarını çözmek amacıyla, merkez ofisi Ankara'da yer alan; sektörel ilk ve tek uluslararası tahkim merkezidir³². Tarafların sözleşmede EDAC tarafından belirlenen Enerji Tahkim Kurallarını kararlaştırdıkları hallerde, yargılama sonucu verilecek kararlar nihai ve bağlayıcı olup, New York Sözleşmesi uyarınca uluslararası geçerliliğe de sahip olacaktır³³.

B. Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözülmesi

1. Enerji Şartı Anlaşması'nın Kapsamı

17 Aralık 1994 tarihinde Lizbon'da imzalanan ve 16 Nisan 1998 tarihinde yürürlüğe giren Anlaşma, enerji sektöründe uzun vadeli iş birliğini sağlamak amacıyla çevre, rekabet, ticaret, transit ve yatırım olmak üzere beş ana konunun geniş anlamda düzenlendiği; Tür-

DİPNOT

19 6100 sayılı Kanun, RG Tarihi: 4/2/2011 Sayı: 27836, Madde 407(1).

20 Ağırman, s. 82.

21 Can/ Tuna, s. 99.

22 Can/ Tuna, s. 100.

23 Ağırman, s. 92.

24 Abdullah Sacid Öngül, Uluslararası Enerji Hukuku, Yenilenebilir Enerji ve Şeffaflık (Ali Kerem Kayhan/ Ali Osman Karaoğlu, Uluslararası Hukukta Şeffaflık, 1. Baskı, İstanbul 2021), s. 223-224.

25 Bağdagül Kaya Caner, Enerji Yatırımlarından Doğan Uyuşmazlıklarda Uluslararası Tahkim, Doktora Tezi, Ankara 2021, s. 19.

26 Timothy Martin, Uluslararası Enerji Sektöründe Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri: Genel Bir Değerlendirme, (çev: Hüseyin Amiklioğlu), ÇÜHFD, Cilt: 5, S. 1, 2020, s. 3981-4014, s. 3982.

27 EÜAŞ, Elektrik Üretim Sektör Raporu 2009, s. 8.

28 Elif Işıl Kılıçarslan, Enerji Sektöründe Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve Uluslararası Tahkim, Yüksek Lisans Tezi, Mersin 2012, s. 10-11.

29 Bünyamin Kartal, Enerji Şartları Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü ve Stockholm Ticaret Odası Tahkimi (Stockholm), 1. Baskı, İstanbul 2020, s. 37.

30 Martin, s. 3982.

31 Martin, s. 3987.

32 Energy Disputes Arbitration Center (EDAC), <https://arbitrationcenter.org/kurumsal/?lang=tr> (Erişim Tarihi, 24.10.2022).

33 Enerji Tahkim Kuralları, Madde 1; Energy Disputes Arbitration Center (EDAC), <https://arbitrationcenter.org/kurumsal/?lang=tr> (Erişim Tarihi, 24.10.2022).

PART 12

long-term cooperation in the energy sector and aims to provide a dispute settlement mechanism to the party countries, including Türkiye, on these issues³⁴. According to Article 2, the purpose of the Treaty: “establishes a legal framework for the promotion of long-term co-operation in the field of energy, based on the principle of complementarity and mutual benefits”. In this respect, with the intention of minimising non-commercial risks in the energy sector, the ECT aims to provide a level playing field for the market environment for energy investments by reducing political risks, which is one of the most important risks associated with investments between the Contracting Parties³⁵. In this aspect, it can be said that the most important feature of the ECT, besides its regulations on commercial relations in the energy market, is the principle of investor protection.

The fifth chapter of the Treaty regulates the provisions on dispute settlement and proposes dispute resolution mechanisms to the contracting states concerning five main issues. These are environmental disputes, competition disputes, trade disputes, transit disputes and investment disputes between investors and host states, which will be explained in detail below.

2. Types of Disputes

a. Environmental Disputes

In the event of disputes arising out of the application or interpretation of provisions relating to environmental aspects in the energy sector, the dispute shall be examined by the Energy Charter Conference (“the Conference”) at the request of one or more Contracting Parties, “provided that there is no international agreement applicable to the settlement of the dispute in question”³⁶. Thus, Article 19 of the ECT obliges the parties to the Treaty to exercise due diligence to minimise environmental damage in the energy sector. In addition, the Conference referred to in the article is obliged to act as a consultant and to make the necessary efforts to solve the problem³⁷.

b. Competition Disputes

Article 6 of the ECT regulates the provisions on competition in the energy sector. In this context, the Treaty imposes flexible obligations on the parties to the Treaty to reduce

kiye'nin de dahil olduğu taraf ülkelere bu konularda uyuşmazlık çözüm mekanizması getirmeyi amaçlayan uluslararası çok taraflı bir anlaşmadır³⁴. Anlaşma'nın amacı başlığını taşıyan 2'nci maddeye göre: “tamamlayıcılık ve karşılıklı faydalar prensibini baz alarak, enerji alanında uzun dönemli iş birliğinin teşvik edilmesi için hukuki bir çerçeveye tesis etmektedir”. Bu kapsamda, enerji sektöründeki ticari olmayan riskleri minimum seviyeye indirme niyetiyle EŞA, taraf devletler arasındaki yatırımlara ilişkin en önemli risklerden birisi olan politik riskleri azaltarak enerji yatırımları piyasa ortamı için eşit şartlar sağlamayı hedeflemektedir³⁵. Bu yönüyle EŞA'nın, enerji piyasasındaki ticari ilişkilere dair düzenlemelerinin yanı sıra en önemli özelliğinin yatırımcının korunması ilkesi olduğu söylenebilir.

Anlaşma'nın beşinci bölümü, uyuşmazlık çözümüne ilişkin hükümleri düzenlemekte ve beş temel konu için sözleşmenin tarafı devletlere uyuşmazlık çözüm mekanizmaları önermektedir. Bunlar; aşağıda detaylıca açıklanacak olan çevreye ilişkin uyuşmazlıklar, rekabet uyuşmazlıkları, ticari uyuşmazlıklar, transit uyuşmazlıklar ve yatırımcılar ile ev sahibi devletler arasındaki yatırım uyuşmazlıklarıdır.

2. Uyuşmazlık Türleri

a. Çevreye İlişkin Uyuşmazlıklar

Enerji sektöründe çevresel hususlara ilişkin hükümlerin uygulanmasından veya yorumlanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların söz konusu olması halinde; uyuşmazlık, bir veya birden fazla Anlaşma tarafının talebi ile, “söz konusu uyuşmazlığın çözümüne uygulanacak bir uluslararası anlaşmanın bulunmaması şartıyla, Enerji Şartı Konferansı (“Konferans”) tarafından incelenecektir”³⁶. Böylelikle, EŞA'nın 19'uncu maddesi, Anlaşma'ya taraf ülkelere, enerji sektöründe çevreye verilen zararları en aza indirmek hususunda gerekli zehni gösterme yükümlülüğü getirmektedir. Ayrıca, maddede anılan Konferans, danışman gibi davranarak sorunun çözümüne ilişkin gereken çabayı sarf etmekle yükümlü tutulmuştur³⁷.

b. Rekabet Uyuşmazlıkları

EŞA'nın 6'ncı maddesi, enerji sektöründe rekabete ilişkin hükümleri düzenlemiştir. Bu kapsamda, Anlaşma taraflarına, enerji sektöründeki ekonomik aktivite alanında reü

market barriers to competition in the field of economic activity in the energy sector and to enact national laws containing provisions to this regard, to improve competition rules, and to ensure co-operation between Member States with a view to strengthening competition rules³⁸. With reference to Article 27(1) of the ECT, it is stated that diplomatic remedies may be used for the resolution of competition disputes, but not for other matters provided for in the ECT³⁹.

c. Commercial Disputes

Pursuant to Article 29 and Annex D of the ECT, adopting the World Trade Organisation (“WTO”) model, it regulates commercial disputes between Member States where at least one of the parties is not a member of the WTO with respect to trade-related investment measures provisions⁴⁰. By adopting the WTO model, it is aimed to gradually liberalise international trade with the transition to a non-discriminatory, transparent commercial regime⁴¹. According to this method, commercial disputes between Member States would be resolved through negotiations and panels; otherwise, compensation would be paid or obligations would be suspended⁴².

d. Transit Disputes

Article 7 of the ECT provides for a special conciliation procedure in transit disputes⁴³. The dispute must arise from the transit of energy materials and products between transit States or between their organisations⁴⁴. According to paragraph 7 of the Article, if the

kabete ilişkin piyasa engellerini azaltma ve bu doğrultuda hükümler içeren ulusal kanunları yürürlüğe koyma; rekabet kurallarını geliştirme, rekabet kurallarının güçlenmesi amacıyla üye devletler arasında iş birliği sağlama gibi esnek yükümlülükler getirmiştir³⁸. EŞA'nın 1)27)inci maddesine yapılan atıfla, rekabete ilişkin uyuşmazlıkların çözümü için diplomatik yollara başvurulabileceği, ancak EŞA'da öngörülen diğer hususlar için uyuşmazlıkların çözüm yöntemlerine başvurulamayacağı belirtilmektedir³⁹.

c. Ticari Uyuşmazlıklar

EŞA Madde 29 ve Ek D uyarınca, Dünya Ticaret Örgütü (“DTÖ”) modeli benimsenerek, taraflardan en az birinin DTÖ üyesi olmadığı üye devletler arasındaki ticaretle ilgili yatırım önlemleri hükümlerine ilişkin ticari uyuşmazlıkları düzenlemektedir⁴⁰. DTÖ modelinin benimsenmesiyle birlikte, ayrımcılık gözetimeyen, şeffaf ticari rejime geçiş ile kademeli şekilde uluslararası ticaretin serbestleştirilmesi amaçlanmıştır⁴¹. Bu yönüyle göre, üye devletler arasındaki ticari uyuşmazlığın müzakere ve paneller aracılığıyla çözülmesi; aksi halde tazminat ödenmesi veya yükümlülüklerin askıya alınması söz konusu olacaktır⁴².

d. Transit Uyuşmazlıkları

EŞA'nın 7'nci maddesi, transit (nakil) uyuşmazlıklarında özel uzlaştırma usulünü kabul etmiştir⁴³. Söz konusu uyuşmazlığın, transit devletlerin kendi aralarında veya bu devletlerin kuruluşları arasında enerji materyalleri ve ürünlerinin geçişinden kaynaklanması

FOOTNOTE

34 Bünyamin Kartal, Enerji Şartı Anlaşmasına İlişkin Taleplerde Yargılama Problemleri, Enerji Hukuku Dergisi, Vol. 5, I. 1, 2016, p. 47-68, 50.

35 Sedat Çal, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi, Ankara 2009, p. 103.

36 Energy Charter Treaty, Art. 19(2).

37 Ali Kemal Kılavuz, Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Vol. XIII, P. 1-2, 2009, p. 190.

38 Kılıçarslan, p. 34; Energy Charter Treaty, Art. 6.

39 Kılavuz, p. 189.

40 Pınar Baklacı/ Esen Akıntürk, Enerji Şartı Anlaşması, Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi, Vol. 7, P. 2, 2006, p. 107.

41 Kılavuz, p. 187.

42 Kılavuz, p. 187.

43 Baklacı/ Akıntürk, p. 107.

44 Baklacı/ Akıntürk, p. 107; Kılıçarslan, p. 34.

DİPNOT

34 Bünyamin Kartal, Enerji Şartı Anlaşmasına İlişkin Taleplerde Yargılama Problemleri, Enerji Hukuku Dergisi, C. 5, S. 1, 2016, s. 47-68, 50.

35 Sedat Çal, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi, Ankara 2009, s. 103.

36 Enerji Şartı Anlaşması, Madde 19 (2).

37 Ali Kemal Kılavuz, Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIII, S. 1-2, 2009, s. 190.

38 Kılıçarslan, s. 34; Enerji Şartı Anlaşması, Madde 6.

39 Kılavuz, s. 189.

40 Pınar Baklacı/ Esen Akıntürk, Enerji Şartı Anlaşması, Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi, C. 7, s. 2, 2006, s. 107.

41 Kılavuz, s. 187.

42 Kılavuz, s. 187.

43 Baklacı/ Akıntürk, s. 107.



PART 12

disputing Member States do not adopt a different method of settlement and one of the parties applies, the Secretary-General shall consult with the parties on the dispute and appoint a mediator within thirty days, thereby adopting a quicker method of settlement than arbitration⁴⁵.

e. Investment Disputes

The provisions on the settlement of investment disputes constitute the most important provisions of the ECT. Paragraph (6) of the first article of the ECT defines the concept of investment as “any asset owned or controlled, directly or indirectly, by an investor”⁴⁶. Subparagraph (7) of the same Article defines an investor as a natural person who is a permanent resident in the Contracting State in accordance with the laws applicable therein; a firm or organisation organised in accordance with the laws applicable in the Contracting State; or a third natural person, firm or organisation that fulfils these requirements for the Contracting State by making the necessary changes⁴⁷. As mentioned before, the ECT is regulated by adopting the principle of investor protection. In this context, it’s critical to reduce investment risks, particularly in the energy industry, which is crucial for any nation’s economy and requires significant up-front investment⁴⁸.

The general provisions of the ECT on investor protection are set out in the third chapter. Article 10 of the ECT sets out basic standards for the protection and promotion of investments, and its subsequent articles regulate issues such as non-discrimination, most favoured nation registration, key personnel, compensation for losses, expropriation, succession of rights, transfers of investments and relations with other agreements⁴⁹. Following the provisions on investor protection, the ECT regulates the provisions on dispute settlement in Chapter 5 and adopts an innovative and mandatory dispute resolution mechanism, especially given that during the transition period several Treaty parties lacked a well-established and adequate judicial system⁵⁰. Here, the key point in terms of dispute resolution is the provisions of Articles 26 and 27 of the ECT, which will be analysed in detail in the following section titled “Dispute Resolution by Arbitration”.

gerekmektedir⁴⁴. Maddenin 7’nci fıkrasına göre, uyuşmazlık tarafı üye devletlerin farklı bir çözüm yöntemi benimsememesi ve tam raflardan birinin başvurusu halinde, genel sekreter, uyuşmazlık hakkında taraflarla görüşür ve otuz gün içinde bir arabulucu atar; böylelikle, tahkime oranla daha hızlı bir çözüm yöntemi benimsenmiş olur⁴⁵.

e. Yatırım Uyuşmazlıkları

Yatırıma ilişkin uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümler, EŞA’nın en önemli hükümlerini oluşturmaktadır. EŞA’nın ilk maddesinin (6)’ncü bendi yatırım kavramını, “bir yatırımcı tarafından doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunan ya da kontrol edilen her türlü varlık” olarak tanımlamıştır⁴⁶. Aynı maddenin (7)’ncü bendi ise yatırımcıyı, Anlaşma tarafı devlette uygulanmakta olan kanunlarla uyumlu olarak o ülkede sürekli ikamet eden/ o ülkenin vatandaşı/ uyruğuna sahip gerçek kişi; Anlaşma tarafı devlette uygulanmakta olan kanunlarla uyumlu olarak örgütlenen bir firma ya da organizasyon veya Anlaşma tarafı için belirtilen bu şartları, gerekli değişiklikleri yaparak yerine getiren üçüncü gerçek kişi, firma veya organizasyon olarak tanımlamaktadır⁴⁷. Daha önce de belirttiğimiz üzere, EŞA, yatırımcının korunması ilkesi benimsenerek düzenlenmiştir. Bu kapsamda, özellikle ülkelerin kendi ekonomisi için önem arz eden ve yüksek yatırım maliyetlerinin söz konusu olduğu enerji sektöründe, yatırım risklerinin minimuma indirilmesi önem taşımaktadır⁴⁸.

EŞA’nın yatırımcının korunmasına ilişkin genel hükümleri üçüncü bölümde düzenlenmiştir. EŞA’nın 10’uncu maddesi, yatırımların korunması ve teşviki için temel standartlar koymakta olup devamı maddelerinde ise, ayrımcılık yapmama, en çok gözetilen ulus kaydı, anahtar personel uygulaması, kayıpların telafisi, kamulaştırma, haklarda halefiyet, yatırımlara ilişkin transferler ve diğer anlaşmalarla ilişkiler gibi konuları düzenlemiştir⁴⁹. Yatırımcının korunmasına ilişkin düzenlemelerden sonra, EŞA, 5’inci bölümde uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümleri düzenlemiştir; özellikle bazı Anlaşma taraflarının geçiş döneminde yerleşmiş ve yeterli hukuk sistemir ne sahip olmamaları sebebiyle, yenilikçi ve zorunlu uyuşmazlık çözüm sistemini benimsemiştir⁵⁰. Burada, uyuşmazlıkların çözümü hususunda önemli olan nokta, EŞA’nın 26 ve 27’inci hükümleri olup bir sonraki “Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü” başlıklı bölümde detaylı olarak incelenecektir.

3. Dispute Resolution by Arbitration

When the Articles 26 and 27 of the ECT regulating the settlement of disputes are analysed; Article 26 regulates the method of settlement of disputes between the investor and the state party; Article 27 regulates the method of settlement of energy disputes between the parties of the Treaty⁵¹. Accordingly, Article 26 provides investors with the right to refer the host state to international arbitration in the event of a breach of the investment provisions of the Treaty, while Article 27 recognises recourse to arbitration in disputes concerning the interpretation and application of the Treaty, except in competition and environmental matters⁵². However, Article 28 of the ECT imposes certain limitations when applying dispute resolution procedures⁵³. In this context, it shall be explained how to settle disagreements between the parties to the Agreement as well as those between the investor and the state party.

a. Dispute Resolution between the Investor and the State Party

Article 26 of the ECT relates to dispute settlement for the compensation of losses incurred by the investor in relation to the investment made by the investor as a result of the breach by the Contracting State of its obligations towards the investor under Chapter 3⁵⁴. In the event of such a dispute, the parties shall first resort to mutual good faith settlement, and if the good faith settlement request of one of the parties is not concluded within three months, the investor has a number of options for the resolution of the dispute⁵⁵. Accordingly, in disputes that cannot be settled amicably, if the Contracting State breaches an obligation under Chapter 3, the investor has the right to submit the dispute to a national court or administrative authority, to another tribunal if there is a pre-agreed dispute settlement procedure, or to international arbitration if the parties agree⁵⁶. This optional right is recognised only for the investor, and the investing State is not entitled to such an option under Article 26⁵⁷.

Although Article 26(3)(a) of the ECT provides that each party to the treaty shall “unconditionally” consent to the submission of the dispute to international arbitration, Article 26(3)(b) allows States Parties to condition their consent in the event that one of the first two optional rights has been exercised⁵⁸. There

3. Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü

EŞA’nın uyuşmazlıkların çözümünü düzenleyen 26 ve 27’nci maddelerini incelediğimizde; 26’ncü madde, yatırımcı ve taraf devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözüm yöntemi; 27’ncü madde ise Anlaşma’ya taraf olanlar arasında vukuu bulan enerji uyuşmazlıklarının çözüm yöntemini düzenlemektedir⁵¹. Buna göre, 26’ncü madde, Anlaşma’nın yatırım hükümlerinin ihlal edilmesi halinde, yatırımcılara, ev sahibi devleti uluslararası tahkime götürme hakkı tanımakta; 27’ncü madde ise, rekabet ve çevre konuları hariç Anlaşma’nın yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıklarda tahkim usulüne başvurmayı kabul etmektedir⁵². Ancak, EŞA’nın 28’inci maddesi, uyuşmazlıkta izlenecek çözüm usullerine başvururken birtakım sınırlamalar koymaktadır⁵³. Bu kapsamda, yatırımcı ve taraf devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümünü ile Anlaşma tarafları arasındaki uyuşmazlıkların çözümü ele alınacaktır.

a. Yatırımcı ve Taraf Devlet Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü

EŞA’nın 26’ncü maddesi, Anlaşma tarafı devletin yatırımcıya karşı olan üçüncü bölümde yer alan yükümlülüklerini ihlal etmesi sonucu yatırımcının yaptığı yatırımla ilgili ortaya çıkan zararın giderilmesine yönelik uyuşmazlık çözümüne ilişkindir⁵⁴. Böyle bir uyuşmazlığın söz konusu olması durumunda, öncelikle taraflarca karşılıklı iyiniyetli çözüm yoluna başvurulacak olup taraflardan birisinin iyi niyetle çözüm talebi üç ay içerisinde sonuçlanmazsa, yatırımcının uyuşmazlığın çözümü için bir çeşit seçimlik hakkı bulunmaktadır⁵⁵. Buna göre, dostça çözümlenemeyen uyuşmazlıklarda, Anlaşma tarafı devletin üçüncü bölümdeki bir yükümlülüğünün ihlal etmesi halinde yatırımcı, uyuşmazlığı; ulusal mahkeme veya idari makamlara, önceden kabul edilmiş uyuşmazlık çözüm prosedürü var ise diğer mahkemeye ya da taraflar anlaşmışsa uluslararası tahkime götürebilme hakkına sahiptir⁵⁶. Söz konusu seçimlik hak, yalnızca yatırımcıya tanınmış olup, yatırım yapılan devlet 26’ncü madde kapsamında böyle bir imkana sahip değildir⁵⁷.

EŞA madde 26/3-a’da, sözleşmenin her bir tarafının, uyuşmazlığın uluslararası tahkime götürülmesine “şartsız olarak” onay vereceği düzenlenmekle birlikte; madde 26/3-b’de, ilk iki seçimlik haktan birinin gerçekleşmiş olması halinde, taraf devletlere onayı şarta

FOOTNOTE

45 Kılavuz, p. 188.

46 Energy Charter Treaty, Art. 1(6).

47 Kılavuz, p. 188; Energy Charter Treaty, Art. 1(7).

48 Kılavuz, p. 192.

49 Kılavuz, p. 193-197.

50 Kılavuz, p. 197.

51 Kılıçarslan, p. 37.

52 Baklaci/ Akıntürk, p. 107; Energy Charter Treaty, Art. 26-27.

53 Baklaci/ Akıntürk, p. 108; Energy Charter Treaty, Art. 28.

54 Esen Akıntürk, Enerji Şartı Antlaşması ve Yatırımların Korunmasına İlişkin Esaslar, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, Vol. 7, I. 27, 2011, p. 55.

55 Kılavuz, p. 198.

56 Baklaci/ Akıntürk, p. 109; Kılıçarslan, p. 37.

57 Kılavuz, p. 198.

58 Baklaci/ Akıntürk, p. 109; Energy Charter Treaty, Art 26(3).

DİPNOT

44 Baklaci/ Akıntürk, s. 107; Kılıçarslan, s. 34.

45 Kılavuz, s. 188.

46 Enerji Şartı Antlaşması, Madde 1(6).

47 Kılavuz, s. 188; Enerji Şartı Antlaşması, Madde 1(7).

48 Kılavuz, s. 192.

49 Kılavuz, s. 193-197.

50 Kılavuz, s. 197.

51 Kılıçarslan, s. 37.

52 Baklaci/ Akıntürk, s. 107; Enerji Şartı Antlaşması, Madde 26-27.

53 Baklaci/ Akıntürk, s. 108; Enerji Şartı Antlaşması, Madde 28.

54 Esen Akıntürk, Enerji Şartı Antlaşması ve Yatırımların Korunmasına İlişkin Esaslar, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, C. 7, s. 27, 2011, s. 55.

55 Kılavuz, s. 198.

56 Baklaci/ Akıntürk, s. 109; Kılıçarslan, s. 37.

57 Kılavuz, s. 198.

PART 12

are three possibilities if the investor decides to submit the dispute to arbitration: (i) ICSID arbitration, where the investor's state or the host state, or both, are not parties to the Treaty, where the dispute will be resolved in accordance with the "ICSID Additional Mechanism Rules for Conciliation and Arbitration", (ii) UNCITRAL arbitration, where the dispute will be determined by a sole arbitrator or an ad hoc tribunal constituted in accordance with the UNCITRAL arbitration rules, (iii) the Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Institute as institutional arbitration⁵⁹. Energy companies should consider the bilateral agreements made by their countries when making their investments, especially the ECT and ICSID rules for dispute resolution and try to protect their investments and investors in this direction⁶⁰.

b. Settlement of Disputes between the Parties of the Treaty

It is reasonable to state that the Treaty is a more broad regulation that is not restricted to investment conflicts in the third part since it is based on disputes originating from its interpretation and implementation, unlike disputes between the investor and the party countries⁶¹. However, this dispute resolution method cannot be used in disputes related to competition regulated under Article 6 and environmental disputes regulated under Article 19⁶². The parties to the Treaty shall first endeavour to settle their international disputes by diplomatic means; If the dispute is not resolved through diplomatic channels within a reasonable time, they should only take the dispute to arbitration⁶³. In this regard, upon the written request of one of the parties, the dispute may be resolved by an ad hoc arbitral tribunal consisting of three arbitrators⁶⁴. If the dispute between the parties cannot be resolved by this method, then the court may apply the arbitration rules of UNCITRAL⁶⁵.

In conclusion, although the ECT regulates issues such as trade, competition, environment and transit in the energy sector and dispute settlement in these areas, its focus is on investments and investor protection⁶⁶. The Treaty aims to promote and facilitate international energy cooperation, resolve energy disputes between States Parties and between investors and host States, as well as minimise the harmful effects of production and consumption on the environment by increasing energy efficiency⁶⁷.

bağlama imkânı tanımıştır⁶⁸. Yatırımcının uyuşmazlığı tahkime götürmeyi seçtiği halde üç ihtimal bulunmaktadır: (i) yatırımcının devleti veya ev sahibi devletin ya da her ikisinin de Anlaşma'ya taraf olmaması halinde, "ICSID Uzlaştırma ve Tahkim Ek Mechanizma Kuralları"na göre uyuşmazlığın çözüleceği ICSID tahkimi, (ii) UNCITRAL tahkim kurallarına göre oluşturulan tek hakem veya ad hoc hakem mahkemesi ile yargılama söz konusu ise, UNCITRAL tahkimi, (iii) Kurumsal tahkim olarak Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü kararlaşdırılabilir⁶⁹. Enerji şirketleri, yatırımlarını yaparken ülkelerinin yapmış olduğu ikili anlaşmaları ve özellikle EŞA'yı ve ICSID kurallarını uyuşmazlıkların çözümü için değerlendirmeli ve bu doğrultuda yatırım ve yatırımcılarını korumaya çalışmalıdır⁶⁰.

b. Anlaşma Tarafları Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümü

Anlaşma tarafları arasında uyuşmazlıkların çözümünde, yatırımcı ve taraf ülke uyuşmazlıklarından farklı olarak, Anlaşma'nın; yorum ve uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkları baz alması sebebiyle yalnızca üçüncü bölümünde yer alan yatırım uyuşmazlıkları ile sınırlı olmayan daha geniş çaplı bir düzenleme olduğunu söylemek mümkündür⁶¹. Ancak, 6'ncı maddede düzenlenen rekabet ve 19'uncu maddede düzenlenen çevreye ilişkin uyuşmazlıklarda bu uyuşmazlık çözüm yöntemi kullanılamayacaktır⁶². Sözleşmenin tarafları, uluslararası uyuşmazlıklarını öncelikle diplomatik yollarla çözmeye çaba göstermeli; uyuşmazlığın makul süre içerisinde diplomatik yollardan çözülmemesi duruma munda, ancak uyuşmazlığı tahkime götürmeleridir⁶³. Bu durumda, taraflardan birinin yazılı talebi ile uyuşmazlık, üç hakemden oluşan ad hoc hakem heyeti tarafından çözümlenebilecektir⁶⁴. Taraflar arasındaki uyuşmazlıklar, bu yöntem ile de çözümlenemez ise; o halde mahkeme, UNCITRAL'in tahkim kurallarını uygulayabilecektir⁶⁵.

Özetle, EŞA, enerji sektöründeki ticaret, rej kabet, çevre ve transit gibi konuları ve bu konulardaki uyuşmazlıkların çözümlerini düzenlemişse de odak noktası, yatırımlar ve yatırımcının korunması hususlarından oluşmak tadır⁶⁶. Anlaşma, uluslararası enerji iş birliğini teşvik etmeyi ve kolaylaştırmayı; taraf devletler arasındaki enerji uyuşmazlıklarını çözmeyi ve aynı zamanda enerji verimliliğini artırarak üretim ve tüketimin çevreye zararlı etkilerini minimuma indirmeyi amaçlamaktadır⁶⁷.

C. Energy Arbitration Cases in which Türkiye is a Party

Despite the fact that arbitration in energy investment agreements is a widely used dispute resolution method in the international arena, energy arbitration seems to be a new term in Türkiye. The first arbitration proceeding in the energy investment sector in Türkiye was *PSEG v. Türkiye*, which was finalised in 2007. Following these, in the energy sector, *Libananco v. Türkiye*, *Cement v. Türkiye*, *Europe Cement v. Türkiye* and *Alapli v. Türkiye*, which were concluded in favour of Türkiye, are among the ICSID cases that should be highlighted in this section⁶⁸. Libananco, originating from Southern Cyprus, brought a claim against Türkiye before the ICSID Centre for the alleged expropriation of two hydroelectric facilities in violation of the ECT; the tribunal ruled that Libananco did not qualify as an investor on the grounds that the claimant, who had the burden of proof, failed to prove the subject matter in dispute⁶⁹. The arbitral tribunal dismissed the case on procedural grounds as the dispute was not within its jurisdiction. Similar grounds for lack of jurisdiction were cited in the instances of *Cementownia* and *Europe Cement v. Turkey*; however, the analyses made here have been wholly focused on the concepts of investment and investor, and in reality, a determination has been established regarding the core of substantive law⁷⁰. As can be seen, the arbitral tribunal rendered a procedural award, although it made a purely substantive assessment.

In the 1980s, as a result of the increasing demand for electricity in the Republic of Turkey, initiatives were taken to liberalise the energy sector and encourage the participation of foreign investors⁷¹. In this context, long-term energy agreements have been signed with foreign investors; one of these agreements was signed in 1994 with the US-based PSEG for the construction of a thermal power plant and the construction of a coal mine near the power plant. The *PSEG/ Türkiye* arbitration proceedings commenced with an application filed with ICSID on 22 March 2002 following the non-completion of the project⁷². In its jurisdictional objection, Türkiye, citing *Mihaly v. Srilanka*, argued that there was no investment; only expenditure on an incomplete project⁷³. At the outcome of the proceedings, the arbitral tribunal held that the public service concession agreement between the parties was legally valid, rejected

C. Türkiye'nin Taraf Olduğu Enerji Tahkim Davaları

Her ne kadar enerji yatırım anlaşmalarında tahkim uluslararası alanda yaygın olarak kullanılan bir uyuşmazlık çözüm metodu olsa da ülkemiz için enerji tahkiminin yeni bir kavram olduğunu söyleyebiliriz. Türkiye'de enerji yatırım sektöründeki ilk tahkim yargılaması 2007 yılında sonuçlanan *PSEG/ Türkiye* davasıdır. Bunları takiben enerji sektöründe *Libananco/ Türkiye*, *Cement/ Türkiye*, *Europe Cement/ Türkiye* ve Türkiye lehine sonuçlanan *Alapli Türkiye* davaları, bu bölümde değinilmesi gereken ICSID davalarındandır⁶⁸. Menşei Güney Kıbrıs olan Libananco, iki adet hidroelektrik tesisinin EŞA hükümlerini ihlal ederek kamulaştırıldığı iddiasıyla, ICSID Merkezi bünyesinde Türkiye'ye dava açmış; hakem heyeti, ispat yükünü haiz davacının uyuşmazlık konusunu ispat edemediği gerekçesiyle davacı Libananco'nun yatırımcı sıfatını haiz olmadığına hükmetmiştir⁶⁹. Hakem heyeti, yargılama sonucunda uyuşmazlığın kendi yetki alanı dışında olması sebebiyle, davayı usulden reddetmiştir. *Cementownia* ve *Europe Cement/ Türkiye* davalarında da benzer sebeplerle yetkisizlik kararı verilmiş; ancak burada yapılan değerlendirmeler tamamiyle yatırım ve yatırımcı kavramları üzerine yoğunlaşarak aslında maddi hukukun özüne ilişkin bir sonuca varılmıştır⁷⁰. Görüleceği üzere, hakem heyeti, tamamiyle esasa ilişkin değerlendirmeler yapmış olmasına rağmen usule ilişkin bir karar vermiştir.

1980'li yıllarda, Türkiye Cumhuriyeti'nde artan elektrik talebinin bir sonucu olarak, enerji sektöründe serbestleştirmeye ve yabancı yatırımcıların katılımını teşvik etmeye yönelik girişimler gerçekleştirilmiştir⁷¹. Bu kapsamda, dış yatırımcılarla uzun vadeli enerji anlaşmaları imzalanmıştır; bu sözleşmelerden biri, 1994 yılında ABD menşei PSEG'le termik santral yapımı ve santral yakınına kömür madeni inşasına ilişkindir. *PSEG/ Türkiye* tahkim yargılaması, projenin tamamlanmaması üzerine, ICSID nezdinde 22 Mart 2002 tarihinde yapılan başvuru ile başlamıştır⁷². Türkiye, yaptığı yetki itirazında, *Mihaly v. Srilanka* kararına atıf yaparak yatırımın söz konusu olmadığını; sadece gerçekleşmemiş bir projeye ilişkin harcamaların söz konusu olduğunu iddia etmiştir⁷³. Hakem heyeti, yargılama sonucunda, taraflar arasında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesini hukuken geçerli sayarak, Türkiye'nin bütün yetki itirazlarını reddetmiş ve masraflara ilişkin hususların

FOOTNOTE

59 Baklaci/ Akıntürk, p. 110; Kılıçarslan, p. 37-38; Kılavuz, p. 200.

60 Martin, p. 3984.

61 Kartal, Stockholm, p. 44.

62 Kılavuz, p. 198.

63 Baklaci/ Akıntürk, p. 110.

64 Kılavuz, p. 204.

65 Kılıçarslan, p. 39.

66 Kılavuz, p. 211.

67 Baklaci/ Akıntürk, p. 112.

68 Kılıçarslan, p. 16.

69 Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8.

70 Kartal, p. 62-63.

71 Kılıçarslan, p. 103.

72 PSEG Global Inc. And Konya İlgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5.

73 Caner, p. 150.

DİPNOT

58 Baklaci/ Akıntürk, s. 109; Enerji Şartı Anlaşması, Madde 26(3).

59 Baklaci/ Akıntürk, s. 110; Kılıçarslan, s. 37-38; Kılavuz, s. 200.

60 Martin, s. 3984.

61 Kartal, Stockholm, s. 44.

62 Kılavuz, s. 198.

63 Baklaci/ Akıntürk, s. 110.

64 Kılavuz, s. 204.

65 Kılıçarslan, s. 39.

66 Kılavuz, s. 211.

67 Baklaci/ Akıntürk, s. 112.

68 Kılıçarslan, s. 16.

69 Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8.

70 Kartal, s. 62-63.

71 Kılıçarslan, s. 103.

72 PSEG Global Inc. And Konya İlgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5.

73 Caner, s. 150.

PART 12

IN ORDER FOR THE ENERGY SECTOR TO SURVIVE IN THE LONG TERM IN THE FACE OF A GLOBALISING ECONOMY AND INCREASING CAPITAL COSTS, IT IS IMPORTANT TO DETERMINE THE RESOLUTION METHODS OF PRIVATE LAW DISPUTES THAT MAY ARISE.

all of Türkiye's jurisdictional objections and held that the issue of costs should be dealt with in the decision on the merits of the dispute⁷⁴. In 1998, Alaplı Elektrik B.V. ("Alaplı"), a Dutch company, signed a public concession contract with the Ministry of Energy and Natural Resources ("Ministry") for the establishment of a natural gas conversion power plant; however, upon the Ministry's request to remove the treasury guarantee from their contract and to convert their project into a contract subject to private law, Alaplı filed a lawsuit before ICSID on the grounds of loss⁷⁵. As a result of the proceedings, ICSID decided in favour of the Republic of Turkey on 16 July 2012⁷⁶.

IV. CONCLUSION

In order for the energy sector to survive in the long term in the face of a globalising economy and increasing capital costs, it is important to determine the resolution methods of private law disputes that may arise. Energy disputes are expected to reduce economic efficiency when they are not effectively intervened. At this point, international arbitration has become an important dispute resolution mechanism for both state investments and private investments. Multilateral agreements such as the ECT come into play to resolve disputes arising in this direction. In this context, the ECT arrangements, to which Türkiye is a party, which enable foreign investors to apply to arbitration on disputes such as environmental, competition, trade, transit and investment agreements with host states, are analysed in detail. Thus, this study emphasises the importance of arbitration in the resolution of disputes arising in the energy sector.

uyuşmazlığın esası hakkında verilecek kararda ele alınması gerektiğine karar vermiştir⁷⁴. Yine, Hollanda menşeli Alaplı Elektrik B.V. ("Alaplı") firması ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ("Bakanlık") arasında 1998 yılında doğalgaz çevirim santrali kurulmasına ilişkin kamu imtiyaz sözleşmesi imzalanmış; ancak Bakanlık'ın sözleşmelerinden hazine garantisinin kaldırılması ve projelerinin özel hukuka tabi sözleşmeye dönüştürülmesi talebi üzerine; Alaplı, zarar ettiği gerekçesiyle ICSID nezdinde dava açmıştır⁷⁵. Yapılan yargılama sonucunda, ICSID, 16 Temmuz 2012 tarihinde davanın Türkiye Cumhuriyeti lehine sonuçlanmasına karar vermiştir⁷⁶.

IV. SONUÇ

Enerji sektörünün, küreselleşen ekonomi ve artan sermaye maliyetleri karşısında uzun vadeli olarak ayakta kalabilmesi için doğa ması olası özel hukuk uyuşmazlıklarının çözüm yöntemlerinin belirlenmesi önem arz etmektedir. Enerji uyuşmazlıklarının, etkin bir şekilde müdahale edilmediğinde ekonomik verimliliği de düşürmesi beklenecektir. Bu noktada, uluslararası tahkim gerek devlet yatırımları gerekse özel tarafların yatırımlarında önemli bir uyuşmazlık çözüm mekanizması haline gelmiştir. Bu doğrultuda ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü için EŞA gibi çok taraflı anlaşmalar devreye girmektedir. Bu kapsamda, çevre, rekabet, ticari, transit gibi uyuşmazlıklar ve yabancı yatırımcıların, ev sahibi devletler ile yatırım anlaşmaları hususunda tahkime başvurabilmelerini mümkün kılan; Türkiye'nin de taraf olduğu EŞA düzenlemeleri detaylı şekilde incelenmiştir. Böylelikle, çalışmamızda, enerji sektöründe ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin önemi vurgulanmıştır.

ENERJİ SEKTÖRÜNÜN, KÜRESELLEŞEN EKONOMİ VE ARTAN SERMAYE MALİYETLERİ KARŞISINDA UZUN VADELİ OLARAK AYAKTA KALABİLMESİ İÇİN DOĞMASI OLASI ÖZEL HUKUK UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜM YÖNTEMLERİNİN BELİRLENMESİ ÖNEM ARZ ETMEKTEDİR.

BIBLIOGRAPHY

ABDULLAH SACİD ÖRENGÜL, Uluslararası Enerji Hukuku, Yenilenebilir Enerji ve Şeffaflık, in: Uluslararası Hukukta Şeffaflık (ed. Ali Kerem Kayhan/Ali Osman Karaoğlu), 1. Edition, İstanbul 2021.

ALAPLI ELEKTRİK B.V. V. REPUBLIC OF TURKEY, ICSID Case No. ARB/08/13.

ALİ KEMAL KILAVUZ, Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi I. XIII, P. 1-2, 2009.

BAĞDAĞUL KAYA CANER, Enerji Yatırımlarından Doğan Uyuşmazlıklarda Uluslararası Tahkim, Doctoral Thesis, Ankara 2021.

BÜNYAMİN KARTAL, Enerji Şartı Anlaşmasına İlişkin Taleplerde Yargılama Problemleri, Enerji Hukuku Dergisi, Vol. 5, I. 1, 2016.

BÜNYAMİN KARTAL, Enerji Şartları Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü ve Stockholm Ticaret Odası Tahkimi (Stockholm), 1. Edition, İstanbul 2020.

DOĞAN AĞIRMAN, Milli & Milletlerarası Tahkim, 1. Edition, Ankara 2022.

ELİF İŞİL KILIÇARSLAN, Enerji Sektöründe Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve Uluslararası Tahkim, Master's Thesis, Mersin 2012.

ENERGY DISPUTES ARBITRATION CENTER (EDAC), Enerji Tahkim Kuralları, <https://arbitrationcenter.org/kurumsal/?lang=tr> (Date Accessed, 24.10.2022).

ENERGY DISPUTES ARBITRATION CENTER (EDAC), <https://arbitrationcenter.org/kurumsal/?lang=tr> (Date Accessed, 24.10.2022).

ERGİN NOMER/ NURAY EKŞİ, Günseli Öztekin Gelgel Milletlerarası Tahkim Hukuku, Vol. 1, İstanbul 2013.

ESEN AKINTÜRK, Enerji Şartı Anlaşması ve Yatırımların Korunmasına İlişkin Esaslar, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, C. 7, I. 27, 2011.

EÜAŞ, Electricity Generation Sector Report 2009.

GÜLSER BANU USLU, Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk, AndHD, Vol. 7, I. 1, 2021.

HACI CAN/ EKİN TUNA, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Ankara 2021.

HAKAN PEKCANITEZ/ ALİ YEŞİLİRMAK, Medeni Usul Hukuku, 15. Edition, İstanbul 2017.

LIBANANCO HOLDINGS CO. LIMITED V. REPUBLIC OF TURKEY, ICSID Case No. ARB/06/8.

NESLİ ŞEN ÖZÇELİK, Resmi Yargı ve Tahkimin Ayrı Ayrı ve Birlikte Yetkilendirildiği Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği, MHB, Vol. 36, I. 2, 2016.

PINAR BAKLACI/ ESEN AKINTÜRK, Enerji Şartı Anlaşması, Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi, Vol. 7, I. 2, 2006.

PSEG GLOBAL INC. AND KONYA ILGIN ELEKTRİK ÜRETİM VE TİCARET LİMİTED ŞİRKETİ V. REPUBLIC OF TURKEY, ICSID Case No. ARB/02/5.

SEDAT ÇAL, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi, Ankara 2009.

TIMOTHY MARTIN, Uluslararası Enerji Sektöründe Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri: Genel Bir Değerlendirme (translation: Hüseyin Amiklioğlu), ÇÜHFD, Vol. 5, I. 1, 2020.

ZİYA AKINCI, Milletlerarası Tahkim, 6. Edition, İstanbul 2021.

KAYNAKÇA

ABDULLAH SACİD ÖRENGÜL, Uluslararası Enerji Hukuku, Yenilenebilir Enerji ve Şeffaflık, in: Uluslararası Hukukta Şeffaflık (ed. Ali Kerem Kayhan/Ali Osman Karaoğlu), 1. Baskı, İstanbul 2021.

ALAPLI ELEKTRİK B.V. V. REPUBLIC OF TURKEY, ICSID Case No. ARB/08/13.

ALİ KEMAL KILAVUZ, Enerji Şartı Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIII, S. 1-2, 2009.

BAĞDAĞUL KAYA CANER, Enerji Yatırımlarından Doğan Uyuşmazlıklarda Uluslararası Tahkim, Doktora Tezi, Ankara 2021.

BÜNYAMİN KARTAL, Enerji Şartı Anlaşmasına İlişkin Taleplerde Yargılama Problemleri, Enerji Hukuku Dergisi, C. 5, S. 1, 2016.

BÜNYAMİN KARTAL, Enerji Şartları Anlaşması Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü ve Stockholm Ticaret Odası Tahkimi (Stockholm), 1. Baskı, İstanbul 2020.

DOĞAN AĞIRMAN, Milli & Milletlerarası Tahkim, 1. Baskı, Ankara 2022.

ELİF İŞİL KILIÇARSLAN, Enerji Sektöründe Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve Uluslararası Tahkim, Yüksek Lisans Tezi, Mersin 2012.

ENERGY DISPUTES ARBITRATION CENTER (EDAC), Enerji Tahkim Kuralları, <https://arbitrationcenter.org/kurumsal/?lang=tr> (Erişim Tarihi, 24.10.2022).

ENERGY DISPUTES ARBITRATION CENTER (EDAC), <https://arbitrationcenter.org/kurumsal/?lang=tr> (Erişim Tarihi, 24.10.2022).

ERGİN NOMER/ NURAY EKŞİ, Günseli Öztekin Gelgel Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt 1, İstanbul 2013.

ESEN AKINTÜRK, Enerji Şartı Anlaşması ve Yatırımların Korunmasına İlişkin Esaslar, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, C. 7, S. 27, 2011.

EÜAŞ, Electricity Generation Sector Report 2009.

GÜLSER BANU USLU, Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Esasına Uygulanacak Hukuk, AndHD, C. 7, S. 1, 2021.

HACI CAN/ EKİN TUNA, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Ankara 2021.

HAKAN PEKCANITEZ/ ALİ YEŞİLİRMAK, Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017.

LIBANANCO HOLDINGS CO. LIMITED V. REPUBLIC OF TURKEY, ICSID Case No. ARB/06/8.

NESLİ ŞEN ÖZÇELİK, Resmi Yargı ve Tahkimin Ayrı Ayrı ve Birlikte Yetkilendirildiği Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği, MHB, C. 36, S. 2, 2016.

PINAR BAKLACI/ ESEN AKINTÜRK, Enerji Şartı Anlaşması, Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, 2006.

PSEG GLOBAL INC. AND KONYA ILGIN ELEKTRİK ÜRETİM VE TİCARET LİMİTED ŞİRKETİ V. REPUBLIC OF TURKEY, ICSID Case No. ARB/02/5.

SEDAT ÇAL, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi, Ankara 2009.

TIMOTHY MARTIN, Uluslararası Enerji Sektöründe Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri: Genel Bir Değerlendirme (çev: Hüseyin Amiklioğlu), ÇÜHFD, C. 5, S. 1, 2020.

ZİYA AKINCI, Milletlerarası Tahkim, 6. Baskı, İstanbul 2021.

FOOTNOTE

⁷⁴ Caner, p. 151.

⁷⁵ Kılıçarslan, p. 109.

⁷⁶ Alaplı Elektrik B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/08/13.

DİPNOT

⁷⁴ Caner, s. 151.

⁷⁵ Kılıçarslan, s. 109.

⁷⁶ Alaplı Elektrik B.V. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/08/13.

CURRENT ENERGY EFFICIENCY REGULATIONS IN TURKEY AND THEIR COMPLIANCE WITH THE UNITED NATIONS SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS

TÜRKİYE'DEKİ GÜNCEL ENERJİ VERİMLİLİĞİ DÜZENLEMELERİ VE BİRLEŞMİŞ MİLLETLER SÜRDÜRÜLEBİLİR KALKINMA HEDEFLERİNE UYUMU

ZEYNEP ŞİMAL BİLDİRİCİ

ABSTRACT

The United Nations' 2030 Sustainable Development Goals were established as a global call to combat injustice and inequality, end extreme poverty and fight climate change and were adopted by Turkey. "Accessible and Clean Energy", one of the Sustainable Development Goals, has been supported by Turkey through various regulations. In this paper, Turkey's laws, and policy documents on energy efficiency are analyzed to evaluate their compliance with the relevant Sustainable Development Goals and it is concluded that Turkey is well ahead in terms of legislation and action plans. In addition, the practices in Turkey within the scope of Sustainable Development Goals are evaluated and the rate of actual achievement of these goals by Turkey is explained with the support of data.

ÖZET

Birleşmiş Milletler'in 2030 Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri; adaletsizlik ve eşitsizlik ile mücadele etmek, aşırı yoksulluğu sona erdirmek ve iklim değişikliği ile savaşmak için küresel bir çağrı olarak oluşturmuş ve Türkiye tarafından benimsenmiştir. Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri'nden biri olan "Erişilebilir ve Temiz Enerji" Türkiye tarafından çeşitli düzenlemeler ile desteklenmiştir. Bu makalede, Türkiye'nin enerji verimliliğine ilişkin kanunları, yönetmelikleri ve politika belgeleri incelenerek ilgili Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri kapsamında uyumluluğu değerlendirilmiş ve Türkiye'nin mevzuat ve eylem planları geliştirme açısından oldukça ileride olduğu sonucuna varılmıştır. Ayrıca, Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri kapsamında Türkiye'deki uygulamalar değerlendirilerek söz konusu hedeflerin Türkiye tarafından gerçekleştirilebilme oranı, veriler ile desteklenerek açıklanmıştır.



KEYWORDS

UNITED NATIONS 2030 SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS, ENERGY EFFICIENCY, ACCESSIBLE AND CLEAN ENERGY, TURKEY'S ENERGY EFFICIENCY REGULATIONS.



ANAHTAR KELİMELER

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER 2030 SÜRDÜRÜLEBİLİR KALKINMA HEDEFLERİ, ENERJİ VERİMLİLİĞİ, ERİŞİLEBİLİR VE TEMİZ ENERJİ, TÜRKİYE'NİN ENERJİ VERİMLİLİĞİ DÜZENLEMELERİ.

PART 13

In this paper, Turkey's laws, and policy documents on energy efficiency are analyzed to evaluate their compliance with the relevant Sustainable Development Goals and it is concluded that Turkey is well ahead in terms of legislation and action plans.

Bu makalede, Türkiye'nin enerji verimliliğine ilişkin kanunları, yönetmelikleri ve politika belgeleri incelenerek ilgili Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri kapsamında uyumluluğu değerlendirilmiş ve Türkiye'nin mevzuat ve eylem planları geliştirme açısından oldukça ileride olduğu sonucuna varılmıştır.

I. INTRODUCTION

The concepts of efficiency and sustainability have gained an inclusive meaning with the industrial revolution and have played a role in strategies that take into account environmental benefits. Sustainable development, on the other hand, has emerged as a solution to the unbalanced growth in industry and economy in the last fifty years with its human-centered perspective. The United Nations 2030 Sustainable Development Goals ("SDGs") have emerged as one of the solutions against poverty and climate change caused by unbalanced economic growth. This global call to action has been adopted by 193 countries, including Turkey, and aims to ensure that sustainable development plays a role in the social and economic policies of countries.

The Sustainable Development Goal "Affordable and Clean Energy" ("Goal Seven"), which aims to ensure energy efficiency and increase the use of renewable energy, has been supported and adopted by Turkey through legislation, regulations, and action plans. **First**, the definitions of efficiency and sustainable development need to be examined to understand Turkey's energy efficiency developments.

I. GİRİŞ

Verimlilik ve sürdürülebilirlik kavramları sanayi devrimi ile kapsayıcı bir anlam kazanmış ve çevresel faydayı gözetken stratejilerde rol almıştır. Sürdürülebilir kalkınma ise, insanı merkeze alan bakış açısı ile son elli yılda sanayi ve ekonomide dengesiz büyümeye bir çözüm olarak ortaya çıkmıştır. Birleşmiş Milletler 2030 Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri de ("SKH") bu çözüm yollarından biri olarak ekonomide dengesiz büyüme kaynaklı yoksulluk ve iklim değişikliğine karşı ortaya çıkmıştır. Bu küresel eylem çağırısı, aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 193 ülke tarafından benimsenmiş, sürdürülebilir kalkınmanın ülkelerin sosyal ve ekonomik politikalarında rol alabilmesi amaçlanmıştır.

Enerji verimliliğini sağlamak ve yenilenebilir enerji kullanımını artırmak amacı ile alınan "Erişilebilir ve Temiz Enerji" Sürdürülebilir Kalkınma Hedefi ("Yedi Numaralı Hedef"), Türkiye tarafından kanun yönetmelik ve eylem planları ile desteklenmiş ve benimsenmiştir. **Öncelikle**, Türkiye'nin enerji verimliliği gelişmelerinin anlaşılması için verimlilik ve sürdürülebilir kalkınma tanımlarının incelenmesi gereklidir.



II. EFFICIENCY AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT

A. Efficiency

Efficiency has moved from an understanding that is limited to the financial records of businesses into a more inclusive meaning, covering the welfare of society and the economies of countries. Today's understanding of efficiency should focus on raising the level of welfare as stated by the International Labor Organization. According to the inclusive understanding, efficiency should be perceived as a development strategy; and it should serve to reduce poverty in society, ensure peace, improve working conditions, increase employment and sustainable development¹.

B. Sustainable Development

Sustainable development emerged in the early 1970s as a result of the search for solutions to the problems created by practices that only aim at economic profitability in the consumption and production processes and ignore environmental benefits in the long run.

II. VERİMLİLİK VE SÜRDÜRÜLEBİLİR KALKINMA

A. Verimlilik

Verimlilik, işletmelerin muhasebe kayıtları ile sınırlı olan bir anlayış olmaktan çıkıp toplumun refahı ve ülkelerin ekonomileri de dahil olmak üzere daha kapsayıcı bir anlam kazanmıştır. Günümüz verimlilik anlayışı Uluslararası Çalışma Örgütü'nün belirttiği üzere refah düzeyinin yükseltilmesine odaklanmalıdır. Kapsayıcı anlayışa göre verimlilik bir gelişme stratejisi olarak algılanmalı; toplumda yoksulluğun azaltılmasına, barışın sağlanmasına, çalışma koşullarının geliştirilmesine, istihdam artışının oluşmasına ve sürdürülebilir kalkınmaya hizmet etmelidir¹.

B. Sürdürülebilir Kalkınma

Sürdürülebilir kalkınma kavramı, tüketim ve üretim sürecinde yalnızca ekonomik karlılığı hedefleyen ve uzun süreçte çevresel faydayı göz ardı eden uygulamaların yarattığı sorunlara çözüm arayışlarının bir sonucu olarak 1970'li yılların başında ortaya çıkmıştır.

FOOTNOTE

¹ Transferred from Çiğdem Üstün, "Küreselleşme ve Sürdürülebilir Kalkınma", Global Akademi Konuşmaları Serisi (Global Akademi ve Uluslararası İlişkiler Konseyi), No. 4, November 2020, p. 3, Joseph Prokopenko, Verimlilik Teşvik Kuruluşları: Evrim ve Deneyim, Çeviri. Ankara 2004.

DİPNOT

¹ Çiğdem Üstün, "Küreselleşme ve Sürdürülebilir Kalkınma", Global Akademi Konuşmaları Serisi (Global Akademi ve Uluslararası İlişkiler Konseyi), No. 4, Kasım 2020, s. 3'den naklen, Joseph Prokopenko, Verimlilik Teşvik Kuruluşları: Evrim ve Deneyim, Çeviri. Ankara 2004.

PART 13

The first important step taken to raise awareness on environmental issues globally was the United Nations Conference on the Human Environment held in Stockholm in 1972 ("Stockholm Conference"). The Stockholm Conference adopted an ecological development policy in order to ensure a balance between economic development and ecology, and aimed to ensure that future generations benefit from resources with a human-centered approach. At the conference, which brought together numerous nations with various socioeconomic structures and levels of development, the Declaration on the Human Environment ("Declaration") was adopted. This Declaration, although lacking sanctions, emphasized that the environment is the common heritage of humanity; it has served as the cornerstone of the environmental right, which is one of the third generation rights, and set an example for the next steps to be taken in this regard².

Another step taken for the unbalanced growth in industry and the economy was the report entitled Limits to Growth prepared and presented in 1972 by the Club of Rome, which was established in 1968 by scientists and industrialists.

The Sustainable Development was first introduced in the Brundtland Report (Our Common Future) published by the World Commission on Environment and Development in 1987. Continuing the objectives of the Stockholm Conference, the Brundtland Report documented, for the first time, the negative consequences of globalization

Küresel olarak çevre sorunları konusunda farkındalık yaratmak amacı atılan ilk önemli adım 1972 yılında Stockholm'de gerçekleştirilen Birleşmiş Milletler Çevre Konferansı'dır ("Stockholm Konferansı"). Stockholm Konferansı, ekonomik kalkınma ve ekoloji arasındaki dengeyi sağlamak için ekolojik kalkınma politikası kapsamında insanı merkeze almış ve gelecek nesillerin kaynaklardan faydalanmasını amaçlamıştır. Gelişme düzeyleri ve sosyoekonomik yapıları farklı olan birçok ülkenin ilk defa bir araya geldiği konferansta Birleşmiş Milletler İnsan Çevresi Bildirisi ("Bildiri") kabul edilmiştir. Bu Bildiri, yaptırımlardan yoksun olsa da insanlığın ortak mirasının çevre olduğunu vurgulamış; üçüncü nesil haklardan olan çevre hakkının yapıtaşı olmuş ve bu konuda atılacak sonraki adımlara örnek teşkil etmiştir².

Sanayi ve ekonomide dengesiz büyüme kapsamında atılan bir başka adım 1968 yılında bilim insanları ve sanayicilerin bir araya gelerek kurduğu Roma Kulübü'nün 1972 yılında hazırlayıp sunduğu Büyümenin Sınırları adlı rapor olmuştur.

Sürdürülebilir kalkınma kavramı ilk olarak 1987 yılında Dünya Çevre ve Kalkınma Komisyonu tarafından yayınlanan Brundtland Raporu'nda (Ortak Geleceğimiz) ortaya çıkmıştır. Stockholm Konferansı'nın amaçlarını devam ettiren Brundtland Raporu küresel gelişmenin olumsuz sonuçlarını ilk kez belgeleyerek dikkatlerin sanayileşme ve kontrolsüz nüfus artışına çevrilmesini sağlamıştır. Brundtland Raporu'na göre sürdürülebilir kalkınma; çevreyi koruma, sosyal kalkın-

and turned attention to industrialization and uncontrolled population growth. According to the Brundtland Report, sustainable development consists of three pillars: environmental protection, social development and economic growth. According to the Brundtland Report, attempts to overcome challenges such as climate change or water scarcity can only be implemented if sustainable development is promoted. Sustainable development, as defined in the Brundtland Report, is the attempt to meet people's present needs without compromising the needs of future generations³.

III. UNITED NATIONS SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS

Although the concept of sustainable development is a global acceptance, it's only achievable if it is included in domestic practices and legislation of the countries. The goals of the United Nations play an important role in the achievement of sustainable development within the scope of ensuring the role of sustainability in local social and economic policies and ensuring the international integration of these goals. It should be noted that the SDGs do not have the characteristics of an international agreement, but only constitute common goals for the states that adopt these goals. States are not obliged to make changes in their domestic legislation in line with the SDGs.

A. Millennium Development Goals

While it was previously practiced for the Member States of the United Nations to set specific goals to ensure sustainable development, the Millennium Development Goals was the first to set a deadline for the realization of these concrete goals.

The Millennium Development Goals which were set to ensure that member states make innovations in their social and economic policies with a sustainable development perspective, were announced at the United Nations General Assembly convened in September 2000. In the Millennium Summit, the goals of improving economic, environmental and social conditions in the world by 2015 were accepted and eight Millennium Development Goals were set for the achieve-

ma ve ekonomik büyüme başlıklı üç temel sütundan oluşmaktadır. Brundtland Raporu'na göre iklim değişikliği veya su kıtlığı gibi zorlukların üstesinden gelme girişimleri, yalnızca sürdürülebilir kalkınma teşvik edilirse uygulanabilir. Brundtland Raporu'nda tanımlanana göre sürdürülebilir kalkınma, gelecek nesillerin ihtiyaçlarından ödün vermeden insanların şimdiki ihtiyaçlarını karşılamaya çalışmaktır³.

III. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER SÜRDÜRÜLEBİLİR KALKINMA HEDEFLERİ

Sürdürülebilir kalkınma anlayışı küresel bir kabul olmak ile beraber, ancak yerel uygulamalarda ve mevzuatlarda yer aldığı takdirde amacına ulaşabilmektedir. Günümüzde sürdürülebilir kalkınmanın yerel, sosyal ve ekonomik politikalarda rol alabilmesi ve bu hedeflerin entegrasyonunun sağlanması adına Birleşmiş Milletler'in sunduğu hedefler sürdürülebilir kalkınmanın amaçlarının gerçekleştirilmesinde önemli rol oynamaktadır. Belirtmek gerekir ki; Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri uluslararası anlaşma niteliğini taşıyamamakta, bu hedefleri benimseyen devletler için yalnızca ortak amaçlar oluşturmaktadır. Devletlerin yerel mevzuatlarında SKH'lere yönelik değişiklik yapma zorunluluğu bulunmamaktadır.

A. Binyıl Bildirgesi

Birleşmiş Milletler Üye Devletlerinin sürdürülebilir kalkınmayı sağlamak adına somut amaçlar belirlemesi daha önce uygulanmış iken, bu somut hedeflerin gerçekleştirilmesi için ülkelere bir teslim tarihi belirlenmesi ilk olarak Binyıl Bildirgesi ile sağlanmıştır.

Üye devletlerin sosyal ve ekonomik politikalarına sürdürülebilir kalkınma bakış açısı ile yenilikler yapmasının sağlanması adına belirlenen Binyıl Hedefleri, 2000 yılının Eylül ayında toplanan Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda ilan edilmiştir. Binyıl Bildirgesi'nde 2015 yılına kadar dünyada ekonomik, çevresel ve sosyal şartlarda gelişme sağlanması amaçları kabul edilmiş ve bu amaçların hayata geçirilmesi için sekiz adet Binyıl Kalkınma Hedefi belirlenmiştir. Bu hedefler kapsamın-

FOOTNOTE

² The right to environment is regulated in Article 56 of the Constitution Of The Republic Of Turkey: "Article 56- Everyone has the right to live in a healthy and balanced environment. It is the duty of the State and citizens to improve the natural environment, to protect the environmental health and to prevent environmental pollution" October 20, 1982 dated and 17844 numbered Official Gazette of the Republic of Turkey (OG).

³ United Nations, "Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future (Brundtland Report)", 1987, <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf> (Access Date, 10.10.2022).



DİPNOT

² Anayasa'da çevre hakkı Madde 56'da düzenlenmiştir: "Madde 56 - Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir." 20 Ekim 1982 tarih, 17844 sayılı Resmî Gazete (RG).

³ United Nations, "Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future (Brundtland Report)", 1987, <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf> (Erişim Tarihi, 10.10.2022).

PART 13

ment of these goals. Within the scope of these goals, member states have made commitments and made changes in their legislation in order to achieve the goals⁴.

The 2015 Millennium Development Goal Report showed that the efforts made by Member States to achieve the eight goals, including the goal of "ensuring environmental sustainability", were largely successful⁵. The 2015 Millennium Development Goal Report emphasized the importance of political commitment and long-term cooperation between countries and laid the groundwork for the SDGs.

B. United Nations 2030 Sustainable Development Goals

In 2012, at the United Nations Conference on Sustainable Development in Rio de Janeiro, the applicability of the Millennium Development Goals were put up for discussion. For this reason, the United Nations established the SDGs, also known as the "Global Goals", in 2015 and called for global action to combat injustice and inequality, end extreme poverty and combat climate change by 2030. These goals have been adopted by 193 member states, including Turkey⁶. Unlike the Millennium Development Goals, the SDGs included not only developing countries but also less developed countries as responsible countries for the realization of the goals.

The SDGs consist of 17 main goals and 169 sub-goals. The main objectives of the 2030 Sustainable Development Goals, organized under 17 main headings, are stated as follows⁷:

1. No Poverty
2. Zero Hunger
3. Good Health and Well-being
4. Quality Education
5. Gender Equality
6. Clean Water and Sanitation
7. Affordable and Clean Energy
8. Decent Work and Economic Growth
9. Industry, Innovation and Infrastructure
10. Reduced Inequality

da üye devletler hedeflere ulaşmak adına taahhütler vermiş mevzuatlarında değişiklikler yapmışlardır⁴.

2015 yılında yayınlanan Binyıl Kalkınma Hedefleri Raporu, aralarında "çevresel sürdürülebilirliğin sağlanması" amacı da bulunan sekiz hedefe ulaşmak için üye devletlerin gösterdiği çabanın büyük ölçüde başarılı olduğunu ortaya koymuştur⁵. Binyıl Kalkınma hedefleri raporu politik kararlılığın ve ülkeler arası uzun dönemli iş birliğinin önemini vurgulamış ve SKH'lere zemin hazırlamıştır.

B. Birleşmiş Milletler 2030 Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri

2012 yılında Rio de Janeiro'da gerçekleştirilen Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Konferansı'nda; Binyıl Kalkınma Hedefleri'nin gerçekçiliği ve uygulanabilirliği tartışmaya sunulmuştur. Bu sebeple Birleşmiş Milletler 2015 yılında "Küresel Hedefler" olarak da bilinen Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri'ni oluşturmuş ve 2030 yılına kadar adaletsizlik ve eşitsizlik ile mücadele etmek, aşırı yoksulluğu sona erdirmek ve iklim değişikliği ile savaşmak için küresel bir eylem çağrısı yapmıştır. Bu hedefler aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 193 üye ülke tarafından benimsenmiştir⁶. SKH, Binyıl Bildirgesi'nden farklı olarak sadece gelişmekte olan ülkeleri değil az gelişmiş ülkeleri de hedeflerin gerçekleştirilmesi için sorumlu ülkelere dahil etmiştir.

SKH'ler, 17 temel amaç ve bunlara bağlı olan 169 adet alt hedeften oluşmaktadır. 2030 Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri'nin 17 ana başlık altında düzenlenen temel amaçları şu şekilde belirtilmektedir⁷:

1. Yoksulluğa Son,
2. Açlığa Son,
3. Sağlıklı ve Kaliteli Yaşam,
4. Nitelikli Eğitim,
5. Toplumsal Cinsiyet Eşitliği,
6. Temiz Su ve Sanitasyon,
7. Erişilebilir ve Temiz Enerji,
8. İnsana Yakışır İş ve Ekonomik Büyüme,
9. Sanayi, Yenilikçilik ve Altyapı,
10. Eşitsizliklerin Azaltılması,

11. Sustainable Cities and Communities
12. Responsible Consumption and Production
13. Climate Action
14. Life Below Water
15. Life on Land
16. Peace and Justice Strong Institutions
17. Partnerships to achieve the Goals

The SDGs will be implemented by Member States in their development policies and plans and managed by Member States.

The SDGs serve as a compass for member states to align their development commitments with the country's plans. Achieving these goals depends not only on the work of governments, but also on the cooperation of civil society organizations, the private sector and other organizations. Multi-stakeholder task allocation is an important component of the SDGs.

In order to track countries' compliance to the established targets, the United Nations has urged that countries develop national indicators. Countries are responsible for explaining the steps taken towards the goals and examining the progress made through the progress report they prepare every year. The success of countries in their implementation of the SDGs depends on the development policies they adopt towards these goals. Even though they are not legally binding, member states should formulate, adopt and implement framework policies to achieve these goals.



11. Sürdürülebilir Şehirler ve Topluluklar,
12. Sorumlu Üretim ve Tüketim,
13. İklim Eylemi,
14. Sudaki Yaşam,
15. Karasal Yaşam,
16. Barış, Adalet ve Güçlü Kurumlar,
17. Amaçlar için Ortaklıklar.

SKH'ler, üye ülkeler tarafından kalkınma politikalarına ve planlarına yerleştirilecek ve üye ülkeler tarafından yönetilecektir.

SKH'ler, üye ülkelerin kalkınma için verdikleri taahhütleri ile ülkenin planlarını uyumlu şekilde ilerletmesi adına bir pusula görevi görmektedir. Bahsedilen hedefleri gerçekleştirmek sadece hükümetlerin değil bunun yanında sivil toplum kuruluşlarının, özel sektörlerin ve diğer kuruluşların iş birliğine bağlıdır. Çok paydaşlı görev dağılımı, SKH'nin önemli bir bileşenini oluşturmaktadır.

Birleşmiş Milletler tarafından, ülkelerin belirlenen hedeflere yönelik uyumlarının izlenmesi adına ulusal göstergelerin geliştirilmesi talep edilmiştir. Ülkeler, her yıl hazırladıkları ilerleme raporu ile hedeflere yönelik atılan adımları açıklamakla ve kaydedilen ilerlemeleri incelemekle sorumludurlar. Ülkelerin SKH'ne yönelik uygulamalarındaki başarıları bu hedeflere yönelik benimsedikleri kalkınma politikalarına bağlıdır. Yasal bir bağlayıcılığı bulunmasa da üye devletler belirlenen hedeflere ulaşmak için çerçeve politikalar oluşturmalı, bu politikaları benimsemeli ve uygulamaya dökmelidirler.

DİPNOT

⁴ Örneğin, Avrupa Birliği Binyıl Kalkınma Hedefleri kapsamında Kalkınma İşbirliği Politikası oluşturmuştur, bu konuda regülasyonlar ve direktifler düzenleyerek Üye Devletler'in mevzuatlarında değişiklik yapmasını sağlamıştır.

⁵ T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, "Binyıl Kalkınma Hedefleri Raporu", 2010, http://www.surdurulebilir.kalkinma.gov.tr/wp-content/uploads/2016/07/UNDP-TR-2010-MDG-Report_TR.pdf (Erişim Tarihi, 10.10.2022).

⁶ UNDP Türkiye, "Sürdürülebilir Kalkınma İçin Küresel Amaçlar", <https://www.kureselamaclar.org/> (Erişim Tarihi, 15.10.2022).

⁷ UNDP Türkiye, "Sürdürülebilir Kalkınma İçin Küresel Amaçlar".

PART 13

IV. SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS AND ENERGY EFFICIENCY

A. Energy Efficiency and Renewable Energy as Two Integral Parts of Sustainable Energy

Energy efficiency is the aim of reducing the amount of energy required to provide energy-generated products and services. Energy efficiency is to consume less energy without reducing the quality of services provided and the standard of life of people. Energy efficiency in businesses is to consume less energy without reducing the quality and quantity of products. Only when efficient production processes and technologies are used, or when proven techniques are used to cut down on energy losses, can energy be considered efficient.

Renewable energy is energy that is derived from natural resources and can be renewed at a higher rate than it is consumed. Non-renewable energy is energy that causes harmful greenhouse gas emissions during its production. Comparing the emission production of renewable and non-renewable energy, renewable energy produces much lower emissions than burning fossil fuels. The transition from fossil fuels, which account for the main share of emissions, to renewable energy is now seen as the key to solving the climate crisis.

Energy efficiency and renewable energy are two pillars of a sustainable energy policy. Energy efficiency and renewable energy must be developed together for the stabilization as well as the reduction of carbon dioxide emissions. Efficiency in energy consumption is crucial if renewable energy sources are to have an impact on lowering the use of fossil fuels. Without energy efficiency, energy use will accelerate, in which case renewable energy development will pursue a regressive target. Likewise, unless renewable energy sources become rapidly efficient, demand growth slowed by efficiency will only begin to reduce total emissions. In contrast, the development of renewable energy is required concurrently in order to minimize the carbon content of energy sources. Therefore, both energy efficiency and renewable energy development

IV. SÜRDÜRÜLEBİLİR KALKINMA HEDEFLERİ VE ENERJİ VERİMLİLİĞİ

A. Sürdürülebilir Enerjinin Ayrılmaz İki Parçası Olarak Enerji Verimliliği ve Yenilenebilir Enerji

Enerji verimliliği enerji ile ortaya çıkan ürün ve hizmetlerin sağlanması için gerekli olan enerji miktarını azaltma amacıdır. Enerji verimliliği, verilen hizmet kalitesini ve insanların yaşam standardını düşürmeden daha az enerji tüketmektir. İşletmelerde ise ürün kalitesinin ve miktarının düşüşüne neden olmadan daha az enerji tüketmektir. Enerji, ancak verimli bir üretim süreci ve verimli bir teknoloji benimsenir ise veya enerji kayıplarını azaltmak için kabul gören yöntemler uygulanır ise verimli olabilir.

Yenilenebilir enerji, doğal kaynaklardan elde edilen ve tüketildiğinden daha yüksek oranda yenilenebilir enerjidir. Yenilenemez enerji ise üretilme aşamasında zararlı sera gazı emisyonlarına neden olan enerji kaynağıdır. Yenilenebilir ve yenilenemez enerji açısından emisyon üretimleri karşılaştırıldığında; yenilenebilir enerji, fosil yakıtları yakmaktan çok daha düşük emisyon salınımına neden olur. Günümüzde, emisyonların asıl payını oluşturan fosil yakıtlardan yenilenebilir enerjiye geçiş, iklim krizini çözmenin anahtarı olarak görülmektedir.

Enerji verimliliği ve yenilenebilir enerji, sürdürülebilir enerji politikasının iki parçasını oluşturur. İnsanlığın karbondioksit emisyonlarını stabilize etmesi ve azaltması için enerji verimliliği ve yenilenebilir enerji beraber geliştirilmelidir. Yenilenebilir enerji kaynaklarının fosil yakıt kullanımını azaltacak derecede fark yaratması için enerji kullanımında verimlilik esastır. Enerji verimliliği olmazsa enerji kullanımı hızlanmış olur, bu durumda yenilenebilir enerji gelişimi gerileyen bir hedefi kovalayacaktır. Aynı şekilde, yenilenebilir enerji kaynakları hızla etkin hale gelmedikçe, verimlilikle yavaşlayan talep büyümesi sadece toplam emisyonları azaltmaya başlar. Buna karşın enerji kaynaklarının karbon içeriğinin azaltılması için aynı zamanda yenilenebilir enerjinin gelişmesi gereklidir. Bu nedenle sürdürülebilir enerji ekonomisine ilişkin ilerleme kaydedilmesi adına hem enerji verimliliği hem de yeni-

must grow in parallel to make progress towards a sustainable energy economy⁸.

B. Goal Seven and Energy Efficiency

As the world's population grows, so does the demand for energy. Between 1990 and 2010, the number of people with access to electricity increased by 1.7 billion. If the source of energy demand is fossil fuel-based energy production, this will result in negative changes in the climate system and an increase in greenhouse gases⁹.

According to data released by the United Nations, the promotion of renewable energy has resulted in more than 20% of the world's energy production coming from renewable sources as of the beginning of 2011. Despite this, one in five people do not have access to electricity. As demand for energy continues to grow, it is clear that a major increase in clean and renewable energy production will be required globally¹⁰.

By 2030, investment in clean energy sources such as solar, wind and thermal is required to ensure that clean energy is accessible to one and all. Under the United Nations Sustainable Development Goal number seven, titled "Affordable and Clean Energy", there are three goals and sub-goals that follow these goal targets. The goals are as follows:

"7.1. By 2030, ensure universal access to affordable, reliable and modern energy services"

"7.2. By 2030, increase substantially the share of renewable energy in the global energy mix"

"7.3. By 2030, double the global rate of improvement in energy efficiency"

"7.a. By 2030, enhance international cooperation to facilitate access to clean energy research and technology, including renewable energy, energy efficiency and advanced and cleaner fossil-fuel technology, and promote investment in energy infrastructure and clean energy technology"

"7.b. By 2030, expand infrastructure and upgrade technology for supplying modern and sustainable energy services for all in developing countries, in particular least developed countries, small island developing States,

lenelenebilir kaynaklar gelişimi paralel şekilde büyümelidir⁸.

B. Yedi Numaralı Hedef ve Enerji Verimliliği

Dünya nüfusunun artması ile beraber enerjiye talep de gün geçtikçe artmaktadır. 1990 ve 2010 yılları arasında, elektriğe erişimi olan nüfus sayısında 1,7 milyar artış yaşanmıştır. Enerji talebinin kaynağı, fosil yakıt kaynaklı enerji üretimi olursa bu durum iklim sisteminde olumsuz değişiklikler ve sera gazının artması sonucunu doğuracaktır⁹.

Birleşmiş Milletler tarafından açıklanan verilere göre yenilenebilir enerjinin desteklenmesi, 2011 yılı başlangıcında dünyada üretilen enerjinin %20'den fazlasının yenilenebilir kaynaklardan sağlanması sonucunu doğurmuştur. Buna rağmen her beş kişiden birinin elektriğe erişimi bulunmamaktadır. Enerjiye yönelik talep artmaya devam ettikçe, küresel olarak temiz ve yenilenebilir enerji üretiminde büyük bir artışın gerekeceği açıktır¹⁰.

2030 yılına kadar temiz enerjiye herkesin erişebilmesini sağlamak üzere güneş, rüzgar ve termal gibi temiz enerji kaynaklarına yatırım yapılması gerekmektedir. Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri arasında "Erişilebilir ve Temiz Enerji" başlıklı yedi numaralı hedef altında üç amaç ve bu amaçları takip eden alt hedefler bulunmaktadır. Hedefler şu şekildedir:

"7.1. 2030'a kadar uygun fiyatlı, güvenilir ve modern enerji hizmetlerine evrensel erişimin sağlanması"

"7.2. 2030'a kadar yenilenebilir enerjinin küresel enerji kaynakları içindeki payının önemli ölçüde artırılması"

"7.3. 2030'a kadar küresel enerji verimliliği ilerleme oranının iki katına çıkarılması"

"7.a. 2030'a kadar yenilenebilir enerjiyi, enerji verimliliğini ve gelişmiş ve daha temiz fosil yakıt teknolojilerini kapsayan temiz enerji araştırmaları ve teknolojilerine erişimi kolaylaştırmak için uluslararası iş birliğinin geliştirilmesi ve enerji altyapısı ve temiz enerji teknolojisi alanlarına yatırımın teşvik edilmesi"

"7.b. 2030'a kadar özellikle en az gelişmiş ülkeler, gelişmekte olan küçük ada devletleri ve"

FOOTNOTE

⁸ Bill Prindle/ Maggie Eldridge, "The Twin Pillars of Sustainable Energy: Synergies between Energy Efficiency and Renewable Energy Technology and Policy", American Council for an Energy-Efficient Economy (ACEEE), May 2007, s. 3.

⁹ SDSN Turkey, "Amaç 7: Erişilebilir ve Temiz Enerji", <http://unsdsn.boun.edu.tr/7-amac/> (Access Date, 12.10.2022).

¹⁰ SDSN Turkey, "Amaç 7: Erişilebilir ve Temiz Enerji".

DİPNOT

⁸ Bill Prindle/ Maggie Eldridge, "The Twin Pillars of Sustainable Energy: Synergies between Energy Efficiency and Renewable Energy Technology and Policy", American Council for an Energy-Efficient Economy (ACEEE), Mayıs 2007, s. 3.

⁹ SDSN Turkey, "Amaç 7 : Erişilebilir ve Temiz Enerji", <http://unsdsn.boun.edu.tr/7-amac/> (Erişim Tarihi, 12.10.2022).

¹⁰ SDSN Turkey, "Amaç 7: Erişilebilir ve Temiz Enerji".

PART 13

and land-locked developing countries, in accordance with their respective programmes of support"¹¹.

The above targets aim to reduce the dangers posed to humanity and the environment by the greenhouse effect caused by the use of carbon-based fossil fuels (coal, natural gas and oil). If the targets are fulfilled, the use of renewable energy sources will increase and efficiency in energy consumption will be ensured.

V. CURRENT ENERGY EFFICIENCY REGULATIONS IN TURKEY AND THEIR COMPLIANCE WITH THE UNITED NATIONS SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS

Through a number of international agreements, legislation, action plans and strategies, Turkey has established commitments and regulations regarding energy efficiency and renewable energy. In this section of the article, Turkey's regulations under Goal Seven on "Affordable and Clean Energy" will first be examined and Turkey's situation under Goal Seven will be evaluated within the scope of the regulations. Then, within the scope of the same target, Turkey's practices on renewable energy will be analyzed.

karayla çevrili gelişmekte olan ülkeler olmak üzere gelişmekte olan ülkelerde, bu ülkelerin destek programları çerçevesinde herkese modern ve sürdürülebilir enerji hizmetleri sunabilmek için altyapının genişletilmesi ve teknolojinin geliştirilmesi"¹¹.

Yukarıdaki hedefler kapsamında karbon temelli fosil yakıt kullanımının (kömür, doğal gaz ve petrol) yarattığı sera etkisinin insanlık ve çevre üzerinde oluşturduğu tehditlerin ve tehlikelerin azaltılması amaçlanmaktadır. Hedefler gerçekleştirilirse yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanımı artacak ve enerji tüketiminde verimlilik gerçekleştirilecektir.

V. TÜRKİYE'DEKİ GÜNCEL ENERJİ VERİMLİLİĞİ DÜZENLEMELERİ VE BİRLEŞMİŞ MİLLETLER SÜRDÜRÜLEBİLİR KALKINMA HEDEFLERİNE UYUMU

Türkiye güncel olarak çeşitli uluslararası anlaşmalar, mevzuatlar, eylem planları ve stratejiler ile enerji verimliliğine ve yenilenebilir enerjiye dair taahhütler vermiş ve düzenlemeler yapmıştır. Makalenin bu bölümünde öncelikle "Erişilebilir ve Temiz Enerji" başlıklı SKH kapsamında Türkiye'nin düzenlemeleri incelenerek, bu kapsamda Türkiye'nin durumu değerlendirilecek, ardından aynı SKH kapsamında Türkiye'nin yenilenebilir enerjiye dair uygulamaları incelenecektir.



FOOTNOTE

¹¹ UNDP Türkiye, "Sürdürülebilir Kalkınma İçin Küresel Amaçlar".

¹² Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, "Türkiye'nin Uluslararası Enerji Stratejisi", https://www.mfa.gov.tr/turkiye_nin-enerji-stratejisi.tr.mfa (Access Date: 12.10.2022).

¹³ TEİAŞ, "Türkiye Elektrik Üretim-İletim İstatistikleri", <https://www.teias.gov.tr/turkiye-elektrik-uretim-iletim-istatistikleri> (Access Date: 13.10.2022).

A. Turkey's Evaluation of Regulations within the Scope of Goal Seven

74% of Turkey's energy needs are met from external sources¹². The insufficiency of energy resources affects Turkey's external dependency. When Turkey's renewable energy potential is compared with its external dependency rate, it can be seen that there are deficiencies in renewable energy production. According to the data of the Turkish Electricity Transmission Corporation ("TEİAŞ"), as of 2020, Turkey covers 16% of its energy from wind and solar energy, while Germany provides 30% of its energy from solar and wind energy in geographical conditions with less potential to produce solar energy¹³.

Turkey's energy efficiency regulations consist of various policy documents, laws and regulations. The main regulation on energy efficiency is the Energy Efficiency Law, which entered into force in 2007. The "Energy Efficiency Strategy Paper" issued in 2012 and setting energy efficiency targets for 2023, the "National Energy Efficiency Action Plan" issued in 2018 and the "Strategic Plan" issued by the Republic of Turkey Ministry of Energy and Natural Resources for the years 2019 and 2023 constitute important policy documents. The main legislation and policy documents within the scope of energy efficiency are listed chronologically in the table:

2007	Energy Efficiency Law
2011	Regulation on Increasing the Efficiency of Energy Resources and Efficiency in the Use of Energy
2012	Energy Efficiency Strategy Paper
2018	National Energy Efficiency Action Plan
2020 2021 2022	Amended Regulation on Increasing the Efficiency of Energy Resources and Efficiency in the Use of Energy
2019 2023	Energy and Natural Resources Ministry Strategic Plan

A. Yedi Numaralı Hedef Kapsamında Düzenlemelerin Değerlendirmesi

Türkiye'nin enerji gereksiniminin %74'ü dış kaynaklardan sağlanmaktadır¹². Enerji kaynaklarının yetersizliği, Türkiye'nin dışa bağımlılığını etkilemektedir. Türkiye'nin yenilenebilir enerji potansiyeli ile dışa bağımlılık oranı karşılaştırıldığında yenilenebilir enerji üretiminde eksiklikler olduğu görülebilir. Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi ("TEİAŞ") verilerine göre; 2020 yılında Türkiye enerjisinin %16'sını rüzgâr ve güneş enerjisinden karşılamakta, fakat daha az güneş enerjisi üretme potansiyeline sahip coğrafi şartlarda olan Almanya ise enerjisinin %30'unu güneş ve rüzgâr enerjisinden sağlamaktadır¹³.

Türkiye'de enerji verimliliği kapsamında düzenlemeler çeşitli politika belgeleri ve mevzuata dahil edilen kanun ve yönetmeliklerden oluşmaktadır. Enerji verimliliği adına başlıca düzenleme, 2007 yılında yürürlüğe girmiş olan Enerji Verimliliği Kanunu'dur. 2012 yılında düzenlenen ve 2023 yılına yönelik enerji verimliliği hedefleri oluşturan "Enerji Verimliliği Strateji Belgesi" ve 2018 yılında düzenlenen "Ulusal Enerji Verimliliği Eylem Planı" ve Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nca 2019 ve 2023 yılları için düzenlenen Stratejik Plan önemli politika belgelerini oluşturmaktadır. Enerji verimliliği kapsamında başlıca mevzuat ve politika belgeleri tabloda kronolojik olarak belirtilmiştir:

2007	Enerji Verimliliği Kanunu
2011	Enerji Kaynaklarının ve Enerjinin Kullanımında Verimliliğin Artırılmasına Dair Yönetmelik
2012	Enerji Verimliliği Strateji Belgesi
2018	Ulusal Enerji Verimliliği Eylem Planı
2020 2021 2022	Enerji Kaynaklarının ve Enerjinin Kullanımında Verimliliğin Artırılmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
2019 2023	Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Stratejik Planı

DİPNOT

¹¹ UNDP Türkiye, "Sürdürülebilir Kalkınma İçin Küresel Amaçlar".

¹² Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, "Türkiye'nin Uluslararası Enerji Stratejisi", https://www.mfa.gov.tr/turkiye_nin-enerji-stratejisi.tr.mfa (Erişim Tarihi: 12.10.2022).

¹³ TEİAŞ, "Türkiye Elektrik Üretim-İletim İstatistikleri", <https://www.teias.gov.tr/turkiye-elektrik-uretim-iletim-istatistikleri> (Erişim Tarihi: 13.10.2022).

PART 13

1. Energy Efficiency Law

Law No. 5627 on Energy Efficiency ("Law No. 5627") is one of the first legal regulations in this context. Law No. 5627 aims to minimize the negative impact of energy on the environment by reducing energy expenditures as well as energy use.

The most important benefit of the Energy Efficiency Law is the establishment of an administrative structure to ensure effective coordination, supervision and management of energy efficiency. The Energy Efficiency Coordination Board, an administrative structure, has prepared strategies, plans and programs on energy efficiency on a national level.

Law No. 5627 also encouraged education and awareness-raising activities to embed energy efficiency into the social structure. In addition, various support instruments and sectoral cooperation have been envisaged to ensure efficiency in the energy sector. Although the Energy Efficiency Law entered into force before the adoption of the SDGs, the strategy of sectoral cooperation and public awareness-raising that the United Nations has implemented both under the SDGs and in its previous projects is similarly adopted in Law No. 5627.

The private sector's contribution to sustainable development is set out in Goal 17 ("Partnerships for the Goals"), and brings a new perspective to the traditional understanding of development: the private sector has become an enabler rather than an instrument of development.

Law No. 5627 in parallel authorized universities and energy efficiency consulting companies to provide services for sustainable development, namely energy efficiency.

Article 13/1 (h) of Law No. 5627 quotes "...ensuring coordination between universities, private sector and non-governmental organizations to develop effective and efficient cooperation" among the duties of the Electricity Research and Development Administration. Thus, cooperation between state administrations and the private sector in energy efficiency is envisaged.

Law No. 5627 introduced the obligation to have energy managers in industrial enterprises, certain commercial buildings, service and

1. Enerji Verimliliği Kanunu

5627 sayılı Enerji Verimliliği Kanunu ("5627 sayılı Kanun") bu bağlamdaki ilk yasal düzenlemelerdendir. 5627 sayılı Kanun ile enerji için yapılan harcamaların ve aynı zamanda enerji kullanımının azaltılması ile çevreye verilen olumsuz etkinin minimuma indirilmesi amaçlanmıştır.

Enerji Verimliliği Kanunu'nun en önemli getirisi, enerji verimliliğinin etkin koordinasyonunun sağlanması, denetlenmesi ve yönetilmesi adına idari yapı oluşturulmasıdır. Bir idari yapı olan Enerji Verimliliği Koordinasyon Kurulu ulusal olarak enerji verimliliğine dair stratejiler, plan ve programlar hazırlamıştır.

5627 sayılı Kanun ile atılan diğer önemli adım enerji verimliliğinin toplum yapısına işlenmesi amacı ile oluşturulan eğitim ve bilinçlendirme çalışmalarının teşvik edilmesidir. Ayrıca, enerji sektörüne verimliliğin sağlanması amacıyla çeşitli destekleme araçları ve sektörel iş birliği öngörülmüştür. Enerji Verimliliği Kanunu SKH'nin benimsenmesinden önce yürürlüğe girmiş olsa da, Birleşmiş Milletler'in hem SKH kapsamında hem de önceki projelerinde uyguladığı sektörel işbirliği ve kamunun bilinçlendirilmesi stratejisi benzer şekilde 5627 sayılı Kanun'da benimsenmiştir.

Özel sektörün sürdürülebilir kalkınmaya katkısı 17 Numaralı Hedef'te ("Amaçlar için Ortaklıklar") belirtilmiş ve geleneksel kalkınma anlayışına yeni bir bakış açısı getirmiştir: özel sektör, kalkınmanın bir aracı olmaktan çıkıp sağlayıcısı olmuştur.

5627 sayılı Kanun da paralel olarak sürdürülebilir kalkınmaya yönelik hizmetlerde, yani enerji verimliliğinde üniversiteleri ve enerji verimliliği danışmanlık şirketlerini yetkilemiştir.

5627 sayılı Kanun'un m. 13/1 (h) bendinde "...üniversiteler, özel sektör ve sivil toplum örgütleri arasında etkili ve verimli işbirliğinin geliştirilmesi yönünde koordinasyonu sağlamak" Elektrik İşleri Etüt İdaresi'nin görevleri arasında sayılmıştır. Böylelikle, enerji verimliliğinde yalnızca devlet idareleri ile özel sektör arasında işbirliği öngörülmüştür.

5627 sayılı Kanun, endüstriyel işletmelerde, belirli ticari binalarda, hizmet ve kamu binalarında enerji yöneticisi bulundurma yükümlülüğü getirmiştir. Bu sorumluluklar

public buildings. Within the scope of these responsibilities, reporting and publication of information on energy expenditures and efficiency of these buildings are also included in the scope of Law No. 5627.

2. Regulation on Increasing the Efficiency of Energy Resources and Efficiency in the Use of Energy

The Regulation on Increasing the Efficiency of Energy Resources and Efficiency in the Use of Energy ("Regulation"), which came into force in 2011, continued cooperation with the private sector on energy efficiency and broadened the application of the energy manager concept first introduced by Law No. 5627.

The most effective change introduced by the Amended Regulation on Increasing the Efficiency of Energy Resources and Efficiency in the Use of Energy was the ISO 50001 certification. ISO 50001 is the energy management system standard published by the World Standards Organization in 2011 after the United Nations Industrial Development Organization stated the need for a common standard for energy management systems. ISO 50001 ensures that energy savings are achieved, energy expenditures are reduced and environmentally sensitive processes and systems are created by establishing an energy management system.

With the Amended Regulation on Increasing the Efficiency of Energy Resources and Efficiency in the Use of Energy published in the Official Gazette dated 25.01.2020 and numbered 31019, the ISO 50001 standard

kapsamında enerji harcamaları ve verimliliği konusunda raporlama yapılması ve yayımlanması yükümlülükleri de 5627 sayılı Kanun kapsamına girmektedir.

2. Enerji Kaynaklarının ve Enerjinin Kullanımında Verimliliğin Artırılmasına Dair Yönetmelik

Enerji verimliliğine dair özel sektör ile iş birliği 2011'de yürürlüğe giren Enerji Kaynaklarının ve Enerjinin Kullanımında Verimliliğin Artırılmasına Dair Yönetmelik ("Yönetmelik") ile devam ettirilmiş, 5627 sayılı Kanun ile getirilen enerji yöneticisi kavramının kapsamı genişletilmiştir.

Enerji Kaynaklarının ve Enerjinin Kullanımında Verimliliğin Artırılmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile getirilen etkili değişiklik ise ISO 50001 belgeleri olmuştur. Birleşmiş Milletler Sanayi Kalkınma Örgütü tarafından enerji yönetim sistemine dair ortak bir standarda ihtiyaç duyulduğu belirtildikten sonra 2011 yılında Dünya Standartlar Örgütü tarafından yayımlanan ISO 50001 enerji yönetim sistemi standardıdır. ISO 50001, enerji yönetim sistemi oluşturarak, enerji tasarrufunun gerçekleştirilmesini, enerji harcamalarının düşürülmesini ve çevreye duyarlı süreç ve sistemlerin oluşturulmasını sağlamaktadır.

31019 sayılı ve 25.01.2020 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan Enerji Kaynaklarının ve Enerjinin Kullanımında Verimliliğin Artırılmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile beraber, ISO 50001 standardı enerji verimliliğine yönelik mev-



PART 13

was included in the legislation on energy efficiency. According to this amendment, public and commercial buildings, service buildings, electricity generation facilities, industrial enterprises, organized industrial zones and industrial enterprises that are obliged to establish an energy management unit have been made responsible for establishing and certifying the TS EN ISO 50001 Energy Management System.

This amendment directly serves the SDGs. As a common standard for energy management systems, ISO 50001 makes a significant contribution to Sustainable Development Goal 7.2 that aims higher share of renewable energies and Sustainable Development Goal 7.3 that aims increase in energy efficiency.

The addition of ISO 50001, an international standard, to the legislation has contributed to the global integration of different energy standards. Thus, the requirements for energy efficiency can be determined by an already existing standard, and the process of additions to various energy management systems can be simplified based on the mentioned standard. This facilitates the increase in the share of renewable energy in global energy resources. Since the use of renewable energy in buildings is standardized with ISO 50001 and compliance is simplified, an increase in energy efficiency will be inevitable.

An important issue to consider is that there is no obligation for energy managers in residential buildings. One of the important aspects that Turkey should focus on to achieve energy efficiency is the energy used in res-

zuata dahil edilmiştir. Bu değişikliğe göre, enerji yöneticisi bulundurmamakla yükümlü olan kamu binaları ve ticari binalar, hizmet binaları, elektrik üretim tesisleri, endüstriyel işletmeler ve enerji yönetim birimi kurmakla yükümlü organize sanayi bölgeleri ile endüstriyel işletmeler TS EN ISO 50001 Enerji Yönetim Sistemi'ni kurmak ve bunu belgelen-dirmekle sorumlu hale getirilmiştir.

Getirilen bu değişiklik SKH'ye doğrudan hizmet etmektedir. Enerji yönetimi sistemlerinin ortak standardı olan ISO 50001, 7.2 numaralı Sürdürülebilir Kalkınma Hedefi olan "yenilenebilir enerjilerin daha yüksek payı" ve 7.3 numaralı Sürdürülebilir Kalkınma Hedefi olan "enerji verimliliğinde artış" alt hedeflerine önemli katkı sağlamaktadır.

ISO 50001'in, yani uluslararası bir standardın mevzuata eklenmesi farklı enerji standartlarının küresel entegrasyonuna katkı sağlamıştır. Böylece, enerji verimliliğine yönelik gereksinimler halihazırda var olan bir standart ile belirlenebilmekte, çeşitli enerji yönetim sistemlerine yapılması gereken eklemelerin süreci bahsedilen standart baz alınarak basitleştirilebilmektedir. Böylelikle yenilenebilir enerjinin küresel enerji kaynakları içerisindeki payının artması kolaylaşmaktadır. Binalarda yenilenebilir enerji kullanımı ISO 50001 ile standardize edildiğinden ve uyum basitleştirildiğinden, enerji verimliliğinde artış kaçınılmaz olacaktır.

Dikkate alınması gereken önemli bir konu, konut binalarında enerji yöneticisi zorunluğunun bulunmamasıdır. Enerji verimliliğini sağlamak için Türkiye'nin odaklanması gereken önemli hususlardan biri konut binalarda



FOOTNOTE

14 İbrahim Uzun, "Türkiye'nin Enerji Görünümü ve Enerji Verimliliği", MÜHENDİS ve MAKİNA Güncel, June 2022, p. 15.

idential buildings. Non-insulated buildings lose up to sixty percent more energy than insulated buildings. According to Turkish data, 80% of buildings are not yet insulated. Increasing thermal insulation in buildings will improve energy efficiency. According to the data, about 30% of energy use in Turkey is due to the energy used in buildings. Compared to developed countries, this energy expenditure is three times higher¹⁴.

3. Regulation on Energy Performance in Buildings

According to the 2011 amendments to the Regulation on Energy Performance in Buildings ("BEPY") numbered 27019, which entered into force in 2008, it has become mandatory for certain buildings to have an energy performance certificate. According to the regulation made in 2022, certain standards were introduced to the contents of the energy performance certificate of buildings with Article 23 of the Regulation on Energy Performance in Buildings:

"The energy performance level in the Energy Performance Certificate of NSEB buildings must be B or better, and at the same time, the building must have renewable energy use of at least 10% of its primary energy needs."

BEPY was established with the aim of aligning with the standards set out in the Energy Performance of Building Directive ("EPBD") published by the European Union ("EU") in 2002, and similar to EPBD, it introduced methods for measuring energy performance and set a common minimum level. The energy performance certificate introduced by BEPY is one of the practices created by EPBD to ensure energy efficiency, and BEPY has ensured compliance with EPBD in this regard.

Considering that most of the energy use in Turkey is in buildings, BEPY should be considered as a step towards Target 7.3, namely "doubling the global rate of energy efficiency progress by 2030". This regulation aims to ensure energy efficiency through energy performance certificates and certain renewable energy utilization standards.

According to the researches, the heating performance for İstanbul, Ankara and Erzurum provinces is "B". In order to increase heating performance and thus energy efficiency in

kullanılan enerjidir. Yalıtımsız binalar, yalıtımlı binalara oranla yüzde atmış daha fazla enerji kaybetmektedir. Türkiye'deki verilere göre binaların %80'inin yalıtımı henüz bulunmamaktadır. Binalardaki ısı yalıtımının artırılması, enerji verimliliğinde gelişme sağlayacaktır. Verilere göre Türkiye'de enerji kullanımının yaklaşık %30'u binalarda kullanılan enerjiden kaynaklanmaktadır. Gelişmiş ülkelere oranla, bu enerji harcaması üç kat fazladır¹⁴.

3. Binalarda Enerji Performansı Yönetmeliği

2008 yılında yürürlüğe giren 27019 sayılı Binalarda Enerji Performansı Yönetmeliği'nin ("BEPY") 2011 yılındaki düzenlemelerine göre, belirli binaların enerji kimlik belgesi bulundurulması zorunlu hale getirilmiştir. 2022 yılında yapılan düzenlemeye göre binaların enerji kimlik belgesinde bulunan içeriklere Binalarda Enerji Performansı Yönetmeliği madde 23 ile belirli standartlar getirilmiştir:

"NSEB niteliğindeki binaların Enerji Kimlik Belgesindeki enerji performans sınıfının B veya daha iyi olması ve aynı zamanda binanın birincil enerji ihtiyacının en az %10'u oranında yenilenebilir enerji kullanımına sahip olması zorunludur."

BEPY, 2002 yılında Avrupa Birliği ("AB") tarafından yayınlanan Bina Enerji Performansı Direktifi'nde ("EPBD") belirlenen standartlara uyum amacı ile oluşturulmuş, EPBD'ye benzer olarak enerji performansını ölçme yöntemleri getirip ortak asgari düzey belirlemiştir. BEPY ile getirilen enerji kimlik belgesi de EPBD'nin enerji verimliliğini sağlamak adına yarattığı uygulamalardan biri olup BEPY'nin bu konuda EPBD ile uyumluluğu sağlamıştır.

BEPY, Türkiye'de bulunan enerji kullanımının büyük bir çoğunluğunun binalardaki enerjiden kaynaklandığı göze alındığında Hedef 7.3'ye, yani "2030'a kadar küresel enerji verimliliği ilerleme oranının iki katına çıkarılması" hedefine atılan bir adım olarak değerlendirilmelidir. Bu yönetmelikle enerji verimliliğinin, enerji kimlik belgesi ve belirli yenilenebilir enerji kullanım standartları ile sağlanması amaçlanmıştır.

Yapılan araştırmalara göre İstanbul, Ankara ve Erzurum illeri için ısıtma performansı, "B" değerindedir. Bu illerde ısıtma performansının ve böylece enerji verimliliğinin artması için daha kaliteli ve yüksek miktarda yalıtıma

DİPNOT

14 İbrahim Uzun, "Türkiye'nin Enerji Görünümü ve Enerji Verimliliği", MÜHENDİS ve MAKİNA Güncel, Haziran 2022, s. 15.

PART 13

these provinces, better quality and higher amount of insulation is needed¹⁵. This shows that Turkey also needs sound economic and environmental infrastructure for legal energy efficiency regulations to lead to tangible changes.

4. Energy Efficiency Action Plan

An Energy Efficiency Strategy Document was established in 2012 to improve energy efficiency in Turkey. This document includes targets planned to be accomplished by 2023. The Energy Efficiency Strategy Document was updated in 2017, taking into account global practices.

According to the targets of the National Energy Efficiency Action Plan (“UEVEP”), 55 actions were set out in areas such as industry and technology, buildings, transportation and energy, and it was aimed to reduce primary energy consumption by 14% in 2023. It is estimated that 10.9 billion investments will be needed to achieve these targets and that the returns on these investments will amount to 8.4 billion dollars.

UEVEP is regulated in accordance with the EU Directive 2012/27/EU to ensure energy efficiency in Member States. When analyzed as a whole, UEVEP has expanded the scope of the regulations already in our legislation and set various targets for the public and private sectors. Increasing energy performance in buildings, public and private sector cooperation, establishment of energy management systems, increasing the share of renewable energy compared to other energy sources are the actions that UEVEP focuses on.

UEVEP serves the SDGs, especially with the action of establishing energy management systems. As mentioned, since the energy management systems cover both public buildings as well as commercial and service buildings, the responsibility for energy efficiency is no longer solely the responsibility of state administrations and cooperation with the private sector is increased. This action is an indication of a holistic approach to energy efficiency. This action plan shows that the UEVEP is in line with both SDG target 17 Partnerships for the Goals and target 7.3 “doubling the global rate of energy efficiency progress by 2030”, which prioritizes cooperation with the private sector.

ihtiyaç vardır¹⁵. Bu durum, Türkiye’nin yasal enerji verimliliği düzenlemelerinin somut değişimlere yol açması için, aynı zamanda sağlam ekonomik ve çevresel altyapıya ihtiyacı olduğunu göstermektedir.

4. Enerji Verimliliği Eylem Planı

Türkiye’de enerji verimliliğinin geliştirilmesi adına 2012 yılında Enerji Verimliliği Strateji Belgesi oluşturulmuştur. Bu belgede 2023 yılına yönelik gerçekleştirilmesi planlanan hedefler bulunmaktadır. Enerji Verimliliği Strateji Belgesi, dünyadaki uygulamalar dikkate alınarak 2017 yılında güncellenmiştir.

Hazırlanan Ulusal Enerji Verimliliği Eylem Planı (“UEVEP”) hedeflerine göre sanayi ve teknoloji, bina, ulaştırma ve enerji gibi konularda 55 eylem ortaya konulmuş ve birincil enerji tüketiminin 2023 yılında %14 azaltılması amaçlanmıştır. Bu hedeflere ulaşmak için 10,9 milyar yatırım ve bu yatırımların getirilerinin 8,4 milyar dolar olacağı öngörülmüştür.

UEVEP, AB’nin üye devletlerde enerji verimliliğini gerçekleştirmek üzere yayımladığı 2012/27/AB sayılı Direktifi uyarınca düzenlenmiştir. UEVEP, bir bütün olarak incelendiğinde mevzuatımızda halihazırda bulunan düzenlemelerin kapsamını genişletmiş, kamu ve özel sektöre yönelik çeşitli hedefler koymuştur. Binalarda enerji performansının artırılması, kamu ve özel sektör iş birliği, enerji yönetim sistemlerinin kurulması, yenilenebilir enerji payının diğer enerji kaynaklarına oranla artırılması UEVEP’in odaklandığı eylemlerdir.

UEVEP, özellikle enerji yönetim sistemlerinin kurulması eylemi ile SKH’ye hizmet etmektedir. Bahsedildiği üzere, enerji yönetim sistemi hem kamu binalarını hem de ticari binalar ve hizmet binalarını kapsadığından enerji verimliliğine yönelik sorumluluk sadece devlet idarelerinin sorumluluğundan çıkmakta, özel sektör ile iş birliği artırılmaktadır. Bu eylem, enerji verimliliğine bütüncül bir bakış açısı ile yaklaşıldığının göstergesidir. Bu eylem planı; UEVEP’in, özel sektör ile iş birliğini önceliğine koyan SKH’nin hem 17 numaralı Amaçlar İçin Ortaklıklar hedefine hem de 7.3 numaralı “2030’a kadar küresel enerji verimliliği ilerleme oranının iki katına çıkarılması” hedefine uyumlu olduğunu göstermektedir.

Another focus of the UEVEP is the development of financing mechanisms for energy efficiency. According to this initiative, energy distribution and supply companies are obliged to fulfill energy efficiency obligations, and if they are unable to fulfill their obligations, they are required to contribute to national energy efficiency financing. Developing an up-to-date legislation for this financing mechanism will ensure that Turkey is in line with its goal of cooperation with the private sector under the SDGs.

Since 2017, when the targets of UEVEP are evaluated, 1.1 billion dollars worth of energy savings have been achieved by 2020. According to the 2020 data, 635 billion dollars were invested in energy efficiency and

UEVEP’in odaklandığı başka bir husus enerji verimliliğine yönelik finansman mekanizmalarının geliştirilmesidir. Bu eyleme göre enerji dağıtım ve tedarik şirketlerine enerji verimliliği yükümlülüğü getirilmiş, yükümlülüklerini yerine getiremedikleri noktada ulusal enerji verimliliği finansmanına katkıda bulunmaları öngörülmüştür. Bu finans mekanizması adına güncel olarak bir mevzuat geliştirilmesi Türkiye’nin SKH kapsamında özel sektör ile iş birliği hedefine uyumlu olmasını sağlayacaktır.

2017 yılından bu yana UEVEP’in hedefleri değerlendirildiğinde 2020 yılına kadar 1,1 milyar dolar değerinde enerji tasarrufu sağlanmıştır. 2020 yılı verilerine göre enerji verimliliğine yönelik 635 milyar dolar yatırım yapılmış ve 158 milyar dolar değerinde bi-

Since 2017, when the targets of UEVEP are evaluated, 1.1 billion dollars worth of energy savings have been achieved by 2020.

2017 yılından bu yana UEVEP’in hedefleri değerlendirildiğinde 2020 yılına kadar 1,1 milyar dolar değerinde enerji tasarrufu sağlanmıştır.

158 billion dollars worth of primary energy savings were achieved. Due to the Covid-19 impact, only 53% of the UEVEP targets were met, but it was stated that 97% of the targets were fulfilled in 2017-2020. In 2021, according to the data announced by the Republic of Turkey Ministry of Energy and Natural Resources, 1 billion 325 million dollars was invested in energy efficiency and 372 million dollars worth of energy savings were achieved. In line with these targets, nearly 10 thousand jobs were created and a total of 15.61 million tons of carbon dioxide emissions were reduced in 2021. Cumulatively, the targets were attained by 109% from 2017 to 2021¹⁶.

rincil derecede enerji tasarrufu sağlanmıştır. Covid-19 etkisi sebebi UEVEP hedeflerinin yalnızca %53’ü gerçekleştirilmiş fakat 2017-2020 yılları toplamında hedeflerin %97’sine ulaşıldığı belirtilmiştir. 2021 yılında Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından açıklanan verilere göre enerji verimliliğine yönelik 1 milyar 325 milyon dolar yatırım yapılmış ve 372 milyon dolar değerinde enerji tasarrufu elde edilmiştir. Bu hedefler doğrultusunda ayrıca 10 bine yakın istihdam gücü sağlanmış ve 2021 yılındaki çalışmalarla toplamda 15,61 milyon ton karbondioksit emisyon azaltımı sağlanmıştır. Kümülatif olarak bakıldığında 2017’den 2021 yılına kadar hedefler %109 oranında gerçekleştirilmiştir¹⁶.

FOOTNOTE

¹⁵ İsmat Faruk Yaka/ Sadık Önal/ Abdulkadir Koçer/ Afşin Güngör, “Binalarda Enerji Performansının Belirlenmesinde Farklı İllerin Karşılaştırılması”, Küresel Mühendislik Çalışmaları Dergisi, Volume III, Issue 2, 2016, p. 133.

¹⁶ Enerji Verimliliği ve Çevre Dairesi Başkanlığı, “Ulusal Enerji Verimliliği Eylem Planı”, <https://enerji.gov.tr/evced-enerji-verimliliği-uevep> (Access Date: 15.10.2022).

DİPNOT

¹⁵ İsmat Faruk Yaka/ Sadık Önal/ Abdulkadir Koçer/ Afşin Güngör, “Binalarda Enerji Performansının Belirlenmesinde Farklı İllerin Karşılaştırılması”, Küresel Mühendislik Çalışmaları Dergisi, C. III, S. 2, 2016, s. 133.

¹⁶ Enerji Verimliliği ve Çevre Dairesi Başkanlığı, “Ulusal Enerji Verimliliği Eylem Planı”, <https://enerji.gov.tr/evced-enerji-verimliliği-uevep> (Erişim Tarihi: 15.10.2022).

PART 13

One of the main objectives of UEVEP is to achieve a 14% reduction in Turkey's primary energy consumption. Within the scope of this objective, although current data on primary energy consumption is not available, considering energy intensity (energy intensity is an energy efficiency indicator that measures the energy required to produce gross national product based on national or regional data), a 3% reduction in energy intensity was achieved from 2017 until 2020¹⁷.

5. Turkish Republic Ministry of Energy and Natural Resources Strategic Plan (2019-2023)

Within the scope of the 2019-2023 Strategic Plans, the Republic of Turkey Ministry of Environment and Urbanization, the Presidency of Strategy and Budget, and the Ministry of Agriculture and Forestry have adopted the United Nations Sustainable Development Goals as a superior policy document and have planned their economic investments, policies and sectoral development targets with a focus on the United Nations Sustainable Development Goals. The Strategic Plan of the Ministry of Energy and Natural Resources ("Strategic Plan"), on the other hand, did not introduce any regulations under the United Nations Sustainable Development Goals and adopted the UEVEP, which is regulated under the European Union Directives, and previously developed strategy documents as superior policy documents. Although it is not regulated under the SDGs, the Strategic Plan adopts strategies for target 7.2 "increase substantially the share of renewable energy in global energy mix by 2030", aiming to increase the share of installed power based on local and renewable energy sources to more than half of the total installed power. However, investment plans for fossil fuel production and coal reserves in the Strategic Plan may lead to a decrease in the portion of renewable energy use. Planning to include nuclear energy among the supply sources in the Turkish energy market and aiming to continue efforts to increase its share in energy supply do not contribute to renewable and efficient energy use and envisage shortcut, fast and costly solutions to current energy demand.

Turkey is well advanced in terms of developing legislation and action plans within the scope of SDG target 7.3 "doubling the global rate of energy efficiency progress by 2030". The regulations introduced have envisaged

Türkiye'nin birincil enerji tüketiminde %14 oranında azalma sağlanması UEVEP'nin temel amaçlarından biridir. Bu amaç kapsamında birincil enerji tüketimine dair güncel veriler bulunmasa da enerji yoğunluğu dikkate alındığında (enerji yoğunluğu ülkesel veya bölgesel veriler baz alınarak gayri safi milli hasıla üretebilmek için gereken enerjiyi ölçen bir enerji verimliliği göstergesidir) 2017'den başlayarak enerji yoğunluğunda 2020 yılına kadar %3 azalma gerçekleştirilmiştir¹⁷.

5. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Stratejik Planı (2019-2023)

2019-2023 Stratejik Planları kapsamında Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Tarım ve Orman Bakanlığı Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri'ni bir üst politika belgesi olarak benimsemiş ve stratejik planları kapsamında ekonomik yatırımlarını, politikalarını ve sektörel gelişme hedeflerini Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri'ne odaklanarak planlamışlardır. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Stratejik Planı ("Stratejik Plan") ise, Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri kapsamında herhangi bir düzenleme getirmemiş ve üst politika belgeleri olarak Avrupa Birliği Direktifleri kapsamında düzenlenen UEVEP ve daha önce geliştirilen strateji belgelerini benimsemiştir. Her ne kadar Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri kapsamında düzenlenmemiş olsa da Stratejik Plan yerli ve yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı kurulu gücün toplam kurulu güce oranını yansıtan fazlasına yükseltmeyi amaçlayarak 7.2 numaralı "2030'a kadar yenilenebilir enerjinin küresel enerji kaynakları içindeki payının önemli ölçüde artırılması" hedefine yönelik stratejiler benimsemektedir. Fakat, Stratejik Plan içinde bulunan fosil yakıt üretimine ve kömür rezervlerine yönelik yatırım planlamaları yenilenebilir enerjinin kullanıma oranının azalmasına neden olabilir. Nükleer enerjinin Türkiye enerji piyasasında arz kaynakları arasına dâhil edilmesinin planlanması ve enerji arzındaki payının artırılmasına yönelik çalışmaların sürdürülmesinin hedeflenmesi ise yenilenebilir ve verimli enerji kullanımına katkı sağlamamakta ve güncel enerji talebine kısa yollu, hızlı ve masraflı çözümler öngörmektedir.

Türkiye, SKH'nin 7.3 numaralı "2030'a kadar küresel enerji verimliliği ilerleme oranının iki katına çıkarılması" hedefi kapsamında mev-

comprehensive changes in terms of renewable and efficient energy and have aligned with various SDGs, especially in the last decade, with a focus on increasing public and private sector cooperation and increasing the use of renewable energy. However, it should be noted that most of these legislative measures are not regulated within the scope of the SDGs, but rather based on EU Directives, aiming to integrate Turkey, as a candidate country, into EU legislation.

B. Turkey's Evaluation of Practices within the Scope of Goal Seven

The "Sustainable Development Goals Assessment Report" prepared by the Presidency of the Republic of Turkey Strategy and Budget Directorate within the scope of the reporting obligation that is the responsibility of the countries within the scope of the Sustainable Development Goals was last published for 2019, and there is no report for 2020, 2021 and 2022.

According to the Sustainable Development Report published by the United Nations Sustainable Development Solutions Network ("SDSN") on June 5, 2022, Turkey ranks 71st among 163 countries with a score of 70.4 in terms of overall performance. It was noted that there was little progress under Goal Seven, Accessible and Clean Energy, but there was no decline in performance compared to last year¹⁸.



zuat ve eylem planlı gibi düzenlemeler getirme açısından oldukça ileridedir. Getirilen düzenlemeler yenilenebilir ve verimli enerji açısından kapsamlı değişiklikler öngörmüş, özellikle son on yılda kamu ve özel sektör iş birliğinin artırılmasına ve yenilenebilir enerji kullanımının artırılmasına odaklanarak çeşitli SKH'lere uyum sağlamıştır. Fakat belirtmek gerekir ki, belirtilen mevzuat düzenlemelerinin çoğu SKH kapsamında düzenlenmemiş, daha çok AB Direktifleri baz alınarak, aday ülke pozisyonundaki Türkiye'yi AB mevzuatına entegre etmeyi amaçlamıştır.

B. Yedi Numaralı Hedef Kapsamında Türkiye Uygulamalarının Değerlendirmesi

Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri kapsamında ülkelerin sorumluluğunda olan rapor verme yükümlülüğü T.C Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı tarafından "Sürdürülebilir Kalkınma Amaçları Değerlendirme Raporu" adında en son 2019 yılı için yayımlanmış olup 2020, 2021 ve 2022 yılları için değerlendirme raporu bulunmamaktadır.

5 Haziran 2022 tarihinde Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Çözümleri Ağı ("SDSN") tarafından yayınlanan Sürdürülebilir Kalkınma Raporu'nda belirtildiği üzere; Türkiye genel performans açısından 163 ülke arasında 70.4 puanla 71. Sırada yer almaktadır. Erişilebilir ve Temiz Enerji başlıklı yedi numaralı hedef kapsamında gelişmelerin az olduğu belirtilmiş, fakat geçen yıla kıyasla performans düşüşü yaşanmamıştır¹⁸.

FOOTNOTE

¹⁷ Enerji Verimliliği ve Çevre Dairesi Başkanlığı, "2020 Yılı Birincil ve Nihai Enerji Yoğunluğu", Enerji Verimliliği Veri Analizi Serisi-1, November 2021, p. 2.

¹⁸ BM Sürdürülebilir Kalkınma Çözümleri Ağı (SDSN), "2022 SÜRDÜRÜLEBİLİR KALKINMA RAPORU", <http://unsdsn.boun.edu.tr/2022-surdurulebilir-kalkinma-raporu/> (Access Date, 12.10.2022).

DİPNOT

¹⁷ Enerji Verimliliği ve Çevre Dairesi Başkanlığı, "2020 Yılı Birincil ve Nihai Enerji Yoğunluğu", Enerji Verimliliği Veri Analizi Serisi-1, Kasım 2021, s. 2.

¹⁸ BM Sürdürülebilir Kalkınma Çözümleri Ağı (SDSN), "2022 SÜRDÜRÜLEBİLİR KALKINMA RAPORU", <http://unsdsn.boun.edu.tr/2022-surdurulebilir-kalkinma-raporu/> (Erişim Tarihi, 12.10.2022).

PART 13

Under target 7.1, which is titled “ensure universal access to affordable, reliable and modern energy services by 2030”, according to World Bank data, access to electrical energy globally is 90.5% as of 2020, while this rate for Turkey is 100% according to 2019 data¹⁹.

Turkey’s biggest problem in access to electrical energy is the use of illegal electric power. Leakage rates in electricity distribution are high in Turkey. According to 2009 data, the rates are 4% in Japan and Germany, 5% in the USA and 14.5% in Turkey²⁰.

The damages caused by illegal electricity use are paid nationally as electricity theft tax. In order to improve efficiency in the transmission of energy, there is a need to increase inspections on illegal electricity use.

Within the scope of target 7.2 titled “increase substantially the share of renewable energy in the global energy mix by 2030”, according to the Industrial Development Bank of Turkey’s 2021 Energy Sector Outlook report, 53% of Turkey’s installed electricity capacity is currently generated by renewable energy power plants²¹.

Turkey has made various commitments on renewable energy through international agreements and in order to ensure regulatory integration with the EU. Turkey’s ratification of the Paris Agreement in 2021 and its Green Deal Action Plan to align with the European Union Green Deal include plans for the use of renewable energy in Turkey.

2030’a kadar uygun fiyatlı, güvenilir ve modern enerji hizmetlerine evrensel erişimin sağlanması başlıklı 7.1 numaralı hedef kapsamında Dünya Bankası verilerine göre küresel olarak elektrik enerjisine erişim, 2020 yılı itibari ile %90,5 iken Türkiye için bu oran 2019 yılı verilerine göre %100 olarak belirlenmiştir¹⁹.

Elektrik enerjisine ulaşımında Türkiye’nin en büyük sorunu kaçak elektrik kullanımıdır. Elektrik dağıtımında kaçak oranları Türkiye’de yüksek seviyededir. Oranlar, 2009 yılı verilerine göre Japonya ve Almanya’da %4, ABD’de %5 iken Türkiye’de %14,5 seviyesindedir²⁰.

Kaçak elektrik kullanımının doğurduğu zararlar elektrik hırsızlığı vergisi olarak ulusal kapsamda ödenmektedir. Enerjinin iletimi sürecinde de verimliliğinin gerçekleştirilmesi için, kaçak elektrik kullanımına yönelik denetimlerin artırılması gerekmektedir.

2030’a kadar yenilenebilir enerjinin küresel enerji kaynakları içindeki payının önemli ölçüde artırılması başlıklı 7.2 numaralı hedef kapsamında; Türkiye Sınai Kalkınma Bankası 2021 yılı Enerji Sektör Görünümü raporuna göre halihazırda Türkiye’nin elektrik kurulu gücünün %53’lük bölümünü yenilenebilir enerji kaynaklı santraller oluşturmaktadır²¹.

Türkiye uluslararası anlaşmalar aracılığı ile ve AB ile mevzuat entegrasyonunu sağlamak adına yenilenebilir enerji hakkında çeşitli taahhütler vermiştir. Türkiye’nin; Paris

The Paris Agreement aims to strengthen worldwide resilience to climate change after 2020. According to the long-term goals, the world’s temperature rise should be kept below 2 degrees compared to the pre-industrialization period.

In order to achieve these targets, Turkey needs to increase its renewable energy investments and utilization in line with target 7.2.

When Turkey’s renewable energy production is evaluated, it is seen that all of the electricity generation capacity put into operation in recent years has been provided by renewable energy power plants. Renewable energy utilization outside the electricity sector is in its beginning stages in Turkey compared to other countries. In Turkey, more than 90% of the energy used in the agricultural sector is oil compared to other energy sources, while 80% of the energy used in the industrial sector comes from coal, oil and natural gas fossil fuels. In the transportation sector, there is almost no share of renewable energy and fossil fuels meet all of the energy needs²².

Turkey should increase the use of renewable energy sources in line with its commitments under both the Paris Agreement and the 2030 Sustainable Development Goals. Turkey, which is rapidly developing itself especially in areas such as airline and maritime transportation where carbon emissions are high, should get its energy from renewable sources rather than fossil fuels. Turning to hydrogen based energy sources in these areas may be a solution for Turkey to fulfill its goals.

In 2022, the Climate Transparency Report published by the Climate Transparency Organization stated that Turkey has potential in the field of renewable energy but has failed to make use of it. The report states that if measures are taken in the building, electricity and transportation sectors, a 32% reduction in carbon dioxide emissions is possible²³.

Within the scope of the Green Deal, the European Union has the goal of becoming the first carbon neutral continent by 2050. Turkey, as a candidate country of the European Union, is taking steps in this regard. Within the scope of the Green Deal Action Plan, which is the most important step taken in this field, commitments have been made in the field of Clean, Economic and Secure Energy Supply.

İklim Anlaşması’nı 2021 yılında onaylaması ve Avrupa Birliği Yeşil Mutabakatına uyum sağlamak için oluşturduğu Eylem Planı Türkiye’de yenilenebilir enerjinin kullanımına dair planlar içermektedir.

Paris İklim Anlaşması, 2020 yılından sonraki süreçte iklim değişikliğine karşı dünya çapında dayanıklılığın güçlendirilmesini amaçlamaktadır. Uzun dönemli amaçlara göre sanayileşme öncesi döneme kıyasla dünyadaki sıcaklık artışının 2 derecenin altında tutulması gerekmektedir.

Bu hedeflere ulaşılabilmesi için, Türkiye’nin yenilenebilir enerji yatırımlarını ve kullanımlarını, 7.2 numaralı hedef ile uyumlu bir şekilde artırması gerekmektedir.

Türkiye’nin yenilenebilir enerji üretimi değerlendirildiğinde, son yıllarda devreye sokulan elektrik üretim kapasitesinin tamamını yenilenebilir enerji santrallerinden sağladığı görülmektedir. Elektrik sektörü dışındaki yenilenebilir enerji kullanımları ise diğer ülkelere kıyasla Türkiye’de başlangıç aşamasında bulunmaktadır. Türkiye’de tarım sektöründe kullanılan petrol diğer enerji kaynakları ile kıyasla %90’dan fazla bulunmakta iken, endüstriyel sektörde kullanılan enerjinin %80’i kömür, petrol ve doğalgaz fosil yakıtlardan kaynaklanmaktadır. Ulaştırma sektöründe ise neredeyse hiç yenilenebilir enerji payı bulunmamakta ve fosil yakıtlar enerji ihtiyacının tamamını karşılamaktadır²².

Türkiye hem Paris İklim Anlaşması kapsamında hem de 2030 Sürdürülebilir Kalkınma hedefleri kapsamında verdiği taahhütler doğrultusunda yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanımını artırmalıdır. Özellikle karbon emisyonunun yoğun olduğu havayolu, denizyolu gibi alanlarda kendini hızla geliştiren Türkiye; enerjisini fosil yakıtlardan ziyade yenilenebilir kaynaklardan almalıdır.

2022 yılında İklim Şeffaflığı Örgütü tarafından yayınlanan İklim Şeffaflığı Raporu, Türkiye’nin yenilenebilir enerji alanında potansiyelinin bulunduğunu fakat değerlendiremediğini belirtmiştir. Raporda, bina, elektrik ve ulaştırma sektörlerinde alınacak önlemler ile karbondioksit emisyonlarında %32 oranında düşüş yaşanabilme olanağı bulunduğu belirtilmektedir²³.

Yeşil Mutabakat kapsamında; Avrupa Birliği’nin 2050 yılına kadar ilk karbon nötr kıta

FOOTNOTE

¹⁹ BM Sürdürülebilir Kalkınma Çözümleri Ağı (SDSN), “2022 SÜRDÜRÜLEBİLİR KALKINMA RAPORU”.

²⁰ Murat Aydın, “Enerji Verimliliğinin Sürdürülebilir Kalkınmadaki Rolü: Türkiye Değerlendirmesi”, Yönetim Bilimleri Dergisi, Volume XIV, Issue 28, 2016, p. 421.

²¹ Türkiye Sınai Kalkınma Bankası, “Enerji Görünümü”, <https://www.tskb.com.tr/i/assets/document/pdf/enerji-sektor-gorunumu-2021.pdf> (Access Date, 15.10.2022).

²² Kumru Türköz/ Utku Utkulu, “Türkiye’de Sektör-Kaynak Bazında Enerji Yapısının Doğrusal Olmayan Yöntemlerle Analizi”, Balıkesir University The Journal of Social Sciences Institute, Volume XXIII, Issue 43, June 2020, p. 144.

²³ Climate Transparency, “Climate Transparency Report 2022”, 2022, <https://www.climate-transparency.org/wp-content/uploads/2022/10/CT2022-Summary-report.pdf> (Access Date, 20.10.2022).



DİPNOT

¹⁹ BM Sürdürülebilir Kalkınma Çözümleri Ağı (SDSN), “2022 SÜRDÜRÜLEBİLİR KALKINMA RAPORU”.

²⁰ Murat Aydın, “Enerji Verimliliğinin Sürdürülebilir Kalkınmadaki Rolü: Türkiye Değerlendirmesi”, Yönetim Bilimleri Dergisi, C. XIV, S. 28, 2016, s. 421.

²¹ Türkiye Sınai Kalkınma Bankası, “Enerji Görünümü”, <https://www.tskb.com.tr/i/assets/document/pdf/enerji-sektor-gorunumu-2021.pdf> (Erişim Tarihi, 15.10.2022).

²² Kumru Türköz/ Utku Utkulu, “Türkiye’de Sektör-Kaynak Bazında Enerji Yapısının Doğrusal Olmayan Yöntemlerle Analizi”, Balıkesir University The Journal of Social Sciences Institute, C. XXIII, S. 43, Haziran 2020, s. 144.

²³ Climate Transparency, “Climate Transparency Report 2022”, 2022, <https://www.climate-transparency.org/wp-content/uploads/2022/10/CT2022-Summary-report.pdf> (Erişim Tarihi, 20.10.2022).

PART 13

TURKEY HAS INTRODUCED EXTENSIVE REGULATIONS IN TERMS OF RENEWABLE AND EFFICIENT ENERGY AND HAS ALIGNED WITH THE UNITED NATIONS SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS, FOCUSING ON INCREASING PUBLIC AND PRIVATE SECTOR COOPERATION AND INCREASING THE USE OF RENEWABLE ENERGY, ESPECIALLY IN THE LAST DECADE.

As part of these obligations, Turkey's renewable energy and energy efficiency activities will be evaluated in the context of the Green Deal, and actions to raise public awareness of energy efficiency will be carried out.

Turkey's Action Plan under the European Union Green Deal also defines strategies for circular economy, sustainable agriculture and renewable energy. Considering Turkey's industrial structure, which is based on coal and has high carbon emissions, focusing on solutions that make more use of Turkey's renewable energy potential would be more in line with the Green Deal's main objective of net zero emissions of greenhouse gases.

VI. CONCLUSION

Turkey has introduced extensive regulations in terms of renewable and efficient energy and has aligned with the United Nations Sustainable Development Goals, focusing on increasing public and private sector cooperation and increasing the use of renewable energy, especially in the last decade. However, most of these regulative arrangements are designed to integrate Turkey, as a candidate country to the EU, into the EU legislation. Within the scope of energy efficiency and renewable energy practices, it would be beneficial for Turkey to increase the use of renewable energy sources, especially in transportation, agriculture and industry sectors, in order to achieve sustainable development goals in energy efficiency.

olma hedefi bulunmaktadır. Türkiye; Avrupa Birliği aday ülkesi olarak bu konuda adımlar atmaktadır. Bu alanda atılan en önemli adım olan Yeşil Mutabakat Eylem Planı kapsamında Temiz, Ekonomik ve Güvenli Enerji Arzu alanında taahhütler verilmiştir. Bu taahhütler kapsamında, Türkiye'de bulunan yenilenebilir enerji ve enerji verimliliği çalışmaları Yeşil Mutabakat kapsamında gözden geçirilecek, enerji verimliliği kapsamında bilgilendirme ve farkındalık çalışmaları yapılacaktır.

Avrupa Birliği Yeşil Mutabakat kapsamında Türkiye'nin oluşturduğu Eylem Planı'nda, ayrıca döngüsel ekonomi, sürdürülebilir tarım ve yenilenebilir enerji kapsamında stratejiler de tanımlanmıştır. Yeşil Mutabakat'ın ana hedeflerinden olan sera gazlarında net sıfır salınım hedefi kapsamında Türkiye'nin kömüre dayalı ve karbon emisyonu fazla olan sanayi yapısı da dikkate alındığında Türkiye'nin yenilenebilir enerji potansiyelinin daha çok kullanılabileceği çözümlere odaklanması Yeşil Mutabakat hedefleri ile daha uyumlu olabilecektir.

VI. SONUÇ

Türkiye yenilenebilir ve verimli enerji açısından kapsamlı düzenlemeler getirmiş, özellikle son on yılda kamu ve özel sektör iş birliğinin artırılmasına ve yenilenebilir enerji kullanımının artırılmasına odaklanarak Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri'ne uyum sağlama yönünde önemli adımlar atmıştır. Fakat belirtilen düzenlemelerin çoğu AB'ye aday ülke pozisyonundaki Türkiye'yi AB mevzuatına entegre etmeyi amaçlayarak hazırlanmıştır. Enerji verimliliği ve yenilenebilir enerjiye dair uygulamalar kapsamında ise Türkiye tarafından, enerji verimliliğinde sürdürülebilir kalkınma hedeflerine ulaşabilmesi için yenilenebilir enerji kaynaklarının özellikle ulaşım, tarım ve sanayi sektöründe kullanımının artırılması yararlı olacaktır.

TÜRKİYE YENİLENEBİLİR VE VERİMLİ ENERJİ AÇISINDAN KAPSAMLI DÜZENLEMELER GETİRMİŞ, ÖZELLİKLE SON ON YILDA KAMU VE ÖZEL SEKTÖR İŞ BİRLİĞİNİN ARTIRILMASINA VE YENİLENEBİLİR ENERJİ KULLANIMININ ARTIRILMASINA ODAKLANARAK BİRLEŞMİŞ MİLLETLER SÜRDÜRÜLEBİLİR KALKINMA HEDEFLERİNE UYUM SAĞLAMA YÖNÜNDE ÖNEMLİ ADIMLAR ATMIŞTIR.

BIBLIOGRAPHY

BILL PRINDLE/ MAGGIE ELDRIDGE, "The Twin Pillars of Sustainable Energy: Synergies between Energy Efficiency and Renewable Energy Technology and Policy", American Council for an Energy-Efficient Economy (ACEEE), May 2007.

BM SÜRDÜRÜLEBİLİR KALKINMA ÇÖZÜMLERİ AĞI (SDSN), "2022 SÜRDÜRÜLEBİLİR KALKINMA RAPORU", <http://unsdsn.boun.edu.tr/2022-surdurulebilir-kalkinma-raporu/> (Access Date, 12.10.2022).

CLIMATE TRANSPARENCY, "Climate Transparency Report 2022", 2022, <https://www.climate-transparency.org/wp-content/uploads/2022/10/CT2022-Summary-report.pdf> (Access Date, 20.10.2022).

ÇİĞDEM ÜSTÜN, "Küreselleşme ve Sürdürülebilir Kalkınma", Global Akademi Konuşmaları Serisi (Global Akademi ve Uluslararası İlişkiler Konseyi), No.4, November 2020, p. 3.

ENERJİ VERİMLİLİĞİ VE ÇEVRE DAİRESİ BAŞKANLIĞI, "Ulusal Enerji Verimliliği Eylem Planı", <https://enerji.gov.tr/evced-enerji-verimliliği-uevep>. (Access Date: 15.10.2022).

https://www.mfa.gov.tr/turkiye_nin-enerji-stratejisi.tr.mfa (Access Date: 12.10.2022)

İBRAHİM UZUN, "Türkiye'nin Enerji Görünümü Ve Enerji Verimliliği", MÜHENDİS VE MAKİNA Güncel, June 2022.

İSMAT FARUK YAKA/ SADIK ÖNAL/ ABDULKADİR KOÇER/ AFŞİN GÜNGÖR, "Binalarda Enerji Performansının Belirlenmesinde Farklı İllerin Karşılaştırılması", Küresel Mühendislik Çalışmaları Dergisi, Volume III, Issue 2, 2016.

KUMRU TÜRKÖZ/ UTKU UTKULU, "Türkiye'de Sektör-Kaynak Bazında Enerji Yapısının Doğrusal Olmayan Yöntemlerle Analizi", Balıkesir University The Journal of Social Sciences Institute, Volume XXIII, Issue 43, June 2020.

MURAT AYDIN, "Enerji Verimliliğinin Sürdürülebilir Kalkınmadaki Rolü: Türkiye Değerlendirmesi", Yönetim Bilimleri Dergisi, Volume XIV, Issue 28, 2016.

SDSN TURKEY, "Amaç 7: Erişilebilir ve Temiz Enerji", <http://unsdsn.boun.edu.tr/7-amac/> (Access Date, 12.10.2022).

T.C. BAŞBAKANLIK DEVLET PLANLAMA TEŞKİLATI MÜSTEŞARLIĞI, "Binyıl Kalkınma Hedefleri Raporu", 2010 http://www.surdurulebiliralkinma.gov.tr/wp-content/uploads/2016/07/UNDP-TR-TR-2010-MDG-Report_TR.pdf (Access Date, 10.10.2022).

TEİAŞ, "Türkiye Elektrik Üretim-İletim İstatistikleri", <https://www.teias.gov.tr/turkiye-elektrik-uretim-iletim-istatistikleri> (Access Date: 13.10.2022).

TÜRKİYE CUMHURİYETİ DIŞİŞLERİ BAKANLIĞI, "Türkiye'nin Uluslararası Enerji Stratejisi".

TÜRKİYE SİNAİ KALKINMA BANKASI, "Enerji Görünümü", <https://www.tskb.com.tr/assets/document/pdf/enerji-sektor-gorunu-2021.pdf> (Access Date, 15.10.2022).

UNDP TÜRKİYE, "Sürdürülebilir Kalkınma İçin Küresel Amaçlar", <https://www.kureselamaclar.org/> (Access Date, 15.10.2022).

UNITED NATIONS, "Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future (Brundtland Report)", 1987 <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf> (Access Date, 10.10.2022).

KAYNAKÇA

BILL PRINDLE/ MAGGIE ELDRIDGE, "The Twin Pillars of Sustainable Energy: Synergies between Energy Efficiency and Renewable Energy Technology and Policy", American Council for an Energy-Efficient Economy (ACEEE), Mayıs 2007.

BM SÜRDÜRÜLEBİLİR KALKINMA ÇÖZÜMLERİ AĞI (SDSN), "2022 SÜRDÜRÜLEBİLİR KALKINMA RAPORU", <http://unsdsn.boun.edu.tr/2022-surdurulebilir-kalkinma-raporu/> (Erişim Tarihi, 12.10.2022).

CLIMATE TRANSPARENCY, "Climate Transparency Report 2022", 2022, <https://www.climate-transparency.org/wp-content/uploads/2022/10/CT2022-Summary-report.pdf> (Erişim Tarihi, 20.10.2022).

ÇİĞDEM ÜSTÜN, "Küreselleşme ve Sürdürülebilir Kalkınma", Global Akademi Konuşmaları Serisi (Global Akademi ve Uluslararası İlişkiler Konseyi), No.4, Kasım 2020, s. 3.

ENERJİ VERİMLİLİĞİ VE ÇEVRE DAİRESİ BAŞKANLIĞI, "Ulusal Enerji Verimliliği Eylem Planı", <https://enerji.gov.tr/evced-enerji-verimliliği-uevep>. (Erişim Tarihi: 15.10.2022).

https://www.mfa.gov.tr/turkiye_nin-enerji-stratejisi.tr.mfa (Erişim Tarihi, 12.10.2022)

İBRAHİM UZUN, "Türkiye'nin Enerji Görünümü Ve Enerji Verimliliği", MÜHENDİS VE MAKİNA Güncel, Haziran 2022.

İSMAT FARUK YAKA/ SADIK ÖNAL/ ABDULKADİR KOÇER/ AFŞİN GÜNGÖR, "Binalarda Enerji Performansının Belirlenmesinde Farklı İllerin Karşılaştırılması", Küresel Mühendislik Çalışmaları Dergisi, C. III, S. 2, 2016.

KUMRU TÜRKÖZ/ UTKU UTKULU, "Türkiye'de Sektör-Kaynak Bazında Enerji Yapısının Doğrusal Olmayan Yöntemlerle Analizi", Balıkesir University The Journal of Social Sciences Institute, C. XXIII, S. 43, Haziran 2020.

MURAT AYDIN, "Enerji Verimliliğinin Sürdürülebilir Kalkınmadaki Rolü: Türkiye Değerlendirmesi", Yönetim Bilimleri Dergisi, C. XIV, S. 28, 2016.

SDSN TURKEY, "Amaç 7: Erişilebilir ve Temiz Enerji", <http://unsdsn.boun.edu.tr/7-amac/> (Erişim Tarihi, 12.10.2022).

T.C. BAŞBAKANLIK DEVLET PLANLAMA TEŞKİLATI MÜSTEŞARLIĞI, "Binyıl Kalkınma Hedefleri Raporu", 2010 http://www.surdurulebiliralkinma.gov.tr/wp-content/uploads/2016/07/UNDP-TR-TR-2010-MDG-Report_TR.pdf (Erişim Tarihi, 10.10.2022).

TEİAŞ, "Türkiye Elektrik Üretim-İletim İstatistikleri", <https://www.teias.gov.tr/turkiye-elektrik-uretim-iletim-istatistikleri> (Erişim Tarihi 13.10.2022).

TÜRKİYE CUMHURİYETİ DIŞİŞLERİ BAKANLIĞI, "Türkiye'nin Uluslararası Enerji Stratejisi".

TÜRKİYE SİNAİ KALKINMA BANKASI, "Enerji Görünümü", <https://www.tskb.com.tr/assets/document/pdf/enerji-sektor-gorunu-2021.pdf> (Erişim Tarihi, 15.10.2022).

UNDP TÜRKİYE, "Sürdürülebilir Kalkınma İçin Küresel Amaçlar", <https://www.kureselamaclar.org/> (Erişim Tarihi, 15.10.2022).

UNITED NATIONS, "Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future (Brundtland Report)", 1987 <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf> (Erişim Tarihi, 10.10.2022).

THE PENAL CLAUSE IN THE EMPLOYMENT CONTRACTS

İŞ SÖZLEŞMELERİNDE CEZAI ŞART

NUR SEZGİ ALTIOKKA
BİLGE NUR ATICI

ABSTRACT

When drafting the employment contract between the employee and the employer, some provisions are added to the contract in order to limit the parties to the termination of the contract. When terminating employment contracts, it becomes possible for both parties to impose certain limitations in this direction and to ensure that the parties fulfill their obligations by virtue of the penal clause institution. With the provision of a penal clause added to employment contracts, unfair termination of employment contracts in particular is subject to sanction. In this study, the legal nature and validity conditions of the penal clauses added to the employment contracts are examined.

ÖZET

İşçi ve işveren arasındaki iş sözleşmesi düzenlenirken, sözleşmeye, sözleşmenin sona ermesine ilişkin tarafları sınırlandırma amacıyla bazı hükümler eklenmektedir. İş sözleşmelerini sonlandırırken bu yönde belirli sınırlamalar getirmek, tarafların edimlerini yerine getirmesini güvence altına almak cezai şart kurumu sayesinde iki taraf açısından da mümkün hale gelmektedir. İş sözleşmelerine eklenen cezai şart kaydı ile özellikle iş sözleşmelerinin haksız feshi müeyyideye bağlanmaktadır. Bu çalışmada iş sözleşmelerine eklenen cezai şart hükümlerinin hukuki niteliği ve geçerlilik koşulları incelenmektedir.



KEYWORDS

PENAL CLAUSE, FIXED-TERM EMPLOYMENT CONTRACT, INDEFINITE-TERM EMPLOYMENT CONTRACT, ELEMENTS OF THE PENAL CLAUSE, TRAINING EXPENSES, NON-COMPETITION.



ANAHTAR KELİMELER

CEZAI ŞART, BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ, BELİRSİZ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ, CEZAI ŞARTIN UNSURLARI, EĞİTİM GİDERLERİ, REKABET YASAĞI.

PART 14

In this study, the legal nature and validity conditions of the penal clauses added to the employment contracts are examined.

Bu çalışmada iş sözleşmelerine eklenen cezai şart hükümlerinin hukuki niteliği ve geçerlilik koşulları incelenmektedir.

I. INTRODUCTION

Mutual obligations in the stipulated contracts, the parties must fulfill their obligations within the framework of the conditions set out in the contract and in accordance with the law. However, there may be situations when one of the parties does not fulfill its contractual obligations for various reasons. Some conditions are placed in the contracts to refer to in cases where the counterparty does not fulfill its contractual responsibility, aimed at guaranteeing the receivable. In practice, one of such conditions is a penal clause. The penal clause is an institution that is frequently applied in our law in order to ensure that the parties secure their mutual performances. The penal clause has a kind of nature of guarantee with the aim of encouraging the counterparty to act in accordance with its obligation. In cases where a penal clause is decided, the obligation arises to pay the counterparty the amount determined by the parties, regardless of the damage caused by the act of the party that does not perform its obligation at all or as required, contrary to the obligation.

There is no provision in the Labor Code numbered 4857 (“**Labor Code**”) regarding the penal clauses in employment contracts, however the relevant provisions of the Turk-

I. GİRİŞ

Karşılıklı yükümlülükler öngörülen sözleşmelerde tarafların yükümlülüklerini sözleşmede belirlenen koşullar çerçevesinde ve hukuka uygun olarak yerine getirmeleri gerekir. Bununla birlikte, taraflardan birinin çeşitli sebeplerle sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmediği durumlarda karşı karşıya kalınabilmektedir. Sözleşmelerde, karşı tarafın sözleşmesel sorumluluğunu yerine getirmediği hallerde başvurulmak üzere, alacağı garanti altına almayı amaçlayan bazı kayıtlar konulmaktadır. Uygulamada bu tür kayıtlardan bir tanesi de cezai şarttır. Cezai şart, tarafların karşılıklı edimlerini güvence altına almalarını sağlamak amacı ile hukukumuzda sıkça başvurulan bir kurumdur. Cezai şartın, karşı tarafı yükümlülüğüne uygun davranmaya teşvik etme amacı ile bir nevi garanti niteliği bulunur. Cezai şart kararlaştırıldığı durumlarda, borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmeyen tarafın borca aykırı hareketinin neden olduğu zarardan bağımsız olarak, taraflarca belirlenen miktarı karşı tarafa ödeme yükümlülüğü doğar.

İş sözleşmelerindeki cezai şarta dair 4857 sayılı İş Kanunu’nda (“İş Kanunu”) bir hüküm bulunmamakta olup, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun (“**TBK**”) ilgili hükümleri iş sözleşmelerinde de uygulama alanı bulmaktadır.



ish Code of Obligations numbered 6098 (“**TCO**”) are applicable in employment contracts. Due to the structure of labor law and the principle of interpretation in favor of the employee, the regulations in the TCO are not directly applied to labor law, and the rules regarding the penal clause in the doctrine and judicial decisions are adapted in accordance with the purpose of labor law¹. Therefore, judicial decisions on labor law are different from the law of obligations. As a matter of fact, in order not to cause inequality between the parties, the provisions of the TCO regarding the penal clause should be interpreted in light of the principles of labor law².

II. THE CONCEPT OF PENAL CLAUSE

The concept of the penal clause, which can be expressed as an institution that forces the debtor to perform, is regulated between Articles 179-182 in the TCO, and there is no definition of the penal clause in the relevant Articles. First of all, it should be noted that the penal clause is an institution that is quite common in contracts containing performances with high economic value. In the doctrine, it is stated that the penal clause is regulated in employment contracts for the purpose of assurance, for the purpose of penalty, or for the purpose of compensation.

İş hukukunun yapısı ve işçi lehine yorum ilkesi gereği, TBK’deki düzenlemeler iş hukukuna doğrudan uygulanmamış, doktrinde ve yargı kararlarında cezai şarta ilişkin kurallar iş hukukunun amacına uygun şekilde uyarlanmıştır¹. Bu nedenle, iş hukukuna ilişkin yargı kararları borçlar hukukundan farklıdır. Nitekim, taraflar arası eşitsizliğe neden olmaması açısından TBK’nın cezai şarta ilişkin hükümlerinin iş hukukundaki ilkeler ışığında yorumlanması gerekir².

II. CEZAI ŞART KAVRAMI

Borçluyu ifaya zorlayan bir kurum olarak ifade edilebilecek olan cezai şart kavramı TBK’nın 179. ve 182. maddeleri arasında düzenlenmekte olup, cezai şartın ilgili maddelerde herhangi bir tanımı bulunmamaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, cezai şart ekonomik değeri yüksek edimler içeren sözleşmelerde oldukça sık rastlanan bir kurumdur. Doktrinde cezai şartın, güvence amacı, ceza amacı ya da telafi amacı ile iş sözleşmelerinde düzenlendiği ifade edilmektedir. Cezai şart doktrin ve Yargıtay kararlarında³, mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifa

FOOTNOTE

¹ Talat Canbolat, “Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart”, İş ve Hayat, V. 3, I. 5, Haziran 2017, p. 229.

² Canbolat, p. 229.

DİPNOT

¹ Talat Canbolat, “Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart”, İş ve Hayat, C. 3, S. 5, Haziran 2017, s. 229.

² Canbolat, s. 229.

³ Yargıtay 22. H.D., T. 16.02.2015, E.2013/32529, K.2015/4817.

PART 14

In Supreme Court precedent and doctrine, a penal clause refers to an existing obligation, failure to perform or to be paid in the event of an incompletely carried out contract with a monetary value, the creditor if the debtor agrees to pay a debt that is never available or is not performed properly, and a legal act or process with economic value that the debtor has determined the creditor must accept payment for in the event of a violation of the obligation agreement. The penal clause that is expressed is a secondary performance which has a fiscal value to be paid in cases of failure to perform or defective performance of the existing obligation, a performance determined with a legal transaction³ which has economic value in which the debtor has undertaken to pay to the creditor and an agreement⁴ on the penalty that the debtor agrees to pay to the creditor in case of violation of the obligation in doctrine and the decisions⁵ of the Supreme Court.

The penal clause refers to a separate performance from the principal obligation and gives the creditor the right to receive a certain amount without having to bear the burden of proving the loss. Therefore, the penal clause must have an economic value. A penal clause is a performance related to the principal obligation, which has a secondary nature, and the validity of the penal clause depends on the validity of the principal obligation. As a result of the secondary nature of the penal clause, if the penal clause is invalid for any reason, there will be no mention of its impact on the validity of the principal obligation⁶. Therefore, even if the penal clause is invalid, the principal obligation will remain valid and the penal clause will become due if the contractual obligation is not duly fulfilled.

Authors⁷ who accept that the penal clause has the nature of a penalty, argue that if the debtor does not fulfill his/ her debt, he/ she will feel under the threat of punishment and that the debtor will perform his/ her debt flawlessly under this threat. Another opinion argues that the penal clause is in the nature of compensation and that an amount has been agreed upon in advance for the damages that will arise during the performance of the contract⁸. In addition, there are also authors⁹ who believe that the penal clause is a unique institution and therefore it is regulated under a separate heading in the TCO.

edilmesi hallerinde ödenmesi gereken mali değeri haiz fer'i bir edim, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi taahhüt ettiği, ekonomik değeri haiz hukuki bir işlem ile belirlenmiş bir edim⁴ ve borçlunun borcunu ihlal etmesi durumunda alacaklıya ödemeyi kabul ettiği ceza hususundaki anlaşma olarak ifade edilmektedir⁵.

Cezai şart asıl borçtan ayrı bir edimi ifade etmekte ve alacaklıya zararını ispat yükünü taşımasına gerek kalmaksızın belirli bir miktara kavuşma hakkı vermektedir. Bu nedenle cezai şartın ekonomik bir değerinin olması gerekir. Cezai şart fer'i niteliği olan asıl borca bağlı bir edim olup, cezai şartın geçerliliği asıl borcun geçerliliğine bağlıdır. Cezai şartın fer'i niteliğinin bir sonucu olarak, cezai şartın herhangi bir nedenle geçersiz olması halinde asıl borcun geçerliliğine etkisinden söz edilemeyecektir⁶. Dolayısıyla, cezai şart geçersiz olsa da asıl borç geçerliliğini koruyacak ve sözleşmeden doğan borç gereği gibi yerine getirilmediği takdirde cezai şart muaccel hale gelecektir.

Cezai şartın ceza niteliği taşıdığını kabul eden yazarlar⁷, borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda ceza tehdidi altında hissedeceğini ve borçlunun bu tehdit altında borcunu kusursuz olarak ifa edeceğini savunmaktadır. Cezai şartın bir tazminat olduğunu savunan görüşe göre ise; cezai şart, sözleşmenin ifası sırasında doğacak zararlar için peşinen kararlaştırılmış olan bir meblağdır⁸. Bunun yanı sıra cezai şartın kendine özgü bir kurum olduğu ve bu yüzden TBK'da ayrı bir başlık altında düzenlendiği görüşünde olan yazarlar da mevcuttur⁹.

A. The Elements of The Penal Clause

The penal clause is stipulated in order to serve to ensure the complete and flawless fulfillment of the principal obligation. The elements required for the penal clause to be valid can be expressed as the existence of the principal obligation, the existence of performance independent out of the principal obligation, and the determination of this obligation by legal transaction¹⁰. The acceptance of the penal clause as legally valid depends on the fact that it is based on a valid principal obligation. In other words, in cases where the principal obligation is invalid due to reasons such as defective intention or impossibility, it is not possible for the penal clause to come into force. Principle obligation may arise from a tort, contract, or law.

The penal clause is a contract and it is subject to the basic rules that contracts are subject to in accordance with the law of obligations. The penal clause must not be contrary to the law, morality, and mandatory provisions¹¹. While regulating the penal clause, it should be kept in mind that it will not be possible to agree on a penal clause for an obligation that has already been fulfilled. Although there is no formal requirement regarding the validity of the penalty clause, the fact that the agreement is made in written form will be important in terms of proving the penalty clause. However, it should be noted that if the principal obligation is subject to a form requirement, it is a condition of validity that the penal clause is made in accordance with this condition.

A. Cezai Şartın Unsurları

Cezai şart asıl borcun eksiksiz ve kusursuz yerine getirilmesini sağlamaya hizmet etmek için öngörülmektedir. Cezai şartın geçerli olabilmesi için gereken unsurlar; asıl borcun bulunması, asıl borçtan bağımsız bir edimin bulunması ve bu borcun hukuki işlemle tespit edilmesi olarak ifade edilebilir¹⁰. Cezai şartın hukuken geçerli kabul edilmesi, geçerli bir asıl borca dayanmasına bağlıdır. Bir başka deyişle asıl borcun irade sakatlığı ya da imkansızlık gibi nedenlerle geçersiz olduğu durumlarda cezai şartın devreye girmesi mümkün olmaz. Asıl borç haksız fiilden, sözleşmeden ya da kanundan doğabilir.

Cezai şart bir sözleşmedir ve borçlar hukuku uyarınca sözleşmelerin tabi olduğu temel kurallara tabidir. Cezai şartın kanuna, ahlaka ve emredici hükümlere aykırı olmaması gerekir¹¹. Cezai şart düzenlenirken, önceden ifa edilmiş bir borç için cezai şart kararlaştırılmasının mümkün olmayacağını da göz önünde tutulması gerekir. Cezai şartın geçerliliğine ilişkin herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş olsa da sözleşmenin yazılı yapılmış olması cezai şartın ispatı açısından önem taşıyacaktır. Fakat belirtmek gerekir ki, asıl borç bir şekil şartına tabi ise cezai şartın da bu koşula uygun olarak yapılması geçerlilik koşuludur.

Cezai şartın ekonomik bir değeri haiz olması gerekse de asıl borç için böyle bir şarttan söz edilemez. Nitekim bu durum TBK'da "Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir"¹² şeklin-

DİPNOT

4 Yargıtay 9. H.D., T. 10.09.2014, E.2012/33025, K.2014/ 26136.

5 Yargıtay 9. H.D., T. 01.10.2014, E.2012/34369, K.2014/28821.

6 Hakan Keser, "İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Cezai Şartlara İlişkin Bir Değerlendirme", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 35, 2016, s. 19.

7 Kenan Tunçomağ, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, s. 21.

8 Erol Cansel/ Çağlar Özel, Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu, journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/19-E.CANSEL-Ç.ÖZEL.pdf (Erişim Tarihi: 30.10.2022).

9 Canbolat, s. 232.

10 Keser, s. 20.

11 Karakurt, s. 58.

12 Keser, s. 20.



PART 14

Although the penal clause must have an economic value, such a condition cannot be mentioned for the principal obligation. As a matter of fact, this situation is regulated in the TCO as "Even if the creditor has not suffered any damage, the agreed penalty must be fulfilled"¹². Due to the necessity of the penal clause to carry an economic value, the regulations that limit or eliminate a right do not constitute the subject of the penal clause. In summary, it should be possible to follow up the performance decided as a penal clause through forced execution.

The validity of the penal clause is subject to the validity of principle obligation, and the objection defense that can be asserted against the principal obligation can be asserted against the penalty clause¹³. This issue should also be taken into consideration when analyzing the elements of the penal clause. It can also be said that the penal clause can only be subject to a legal transaction between the parties due to the fact that the testamentary dispositions are subject to their own regimes.

The parties can freely determine the amount of the penal clause. However, it should be noted that pursuant to Article 182 of the TCO, the judge has the authority to reduce the amount of penal clause ex officio¹⁴. If the amount of the penal clause agreed by parties is deemed excessive by the judge, the amount determined by the judge will be paid, not the full amount of the penal clause.

Another feature that distinguishes the penal clause from other institutions in terms of compensation for damage is that the existence of any damage is not sought in order to claim the penal clause.

III. PENAL CLAUSE IN EMPLOYMENT RELATIONS

A. General

The parties to the employment contract may include some penal clauses in their employment contracts against the violation of the provisions of the contract by the other party. With penal clauses, the parties may force each other to comply with the contract and guarantee themselves in a possible dispute. Although the penal clauses in employment

contracts generally aim to secure the expectations of the employer from the employee, these regulations may also have consequences in favor of the employee in some cases.

de düzenlenmiştir. Cezai şartın ekonomik bir değer taşıması gerekliliği nedeniyle, bir hakkı sınırlayan ya da ortadan kaldıran düzenlemeler cezai şartın konusunu oluşturmazlar. Özetle, cezai şart olarak kararlaştırılan edimin cebri icra yolu ile takibinin mümkün olması gerekir.

Cezai şartın geçerliliği asıl borcun geçerliliğine tabi olup, asıl borca karşı ileri sürülebilecek itiraz defileri cezai şarta karşı ileri sürülebilir¹³. Cezai şarta ilişkin unsurlar incelenirken bu husus da göz önünde bulundurulmalıdır. Ölümüne bağlı tasarrufların kendi rejimlerine tabi olmaları nedeni ile cezai şartın yalnızca sağlar arası bir hukuki işleme konu olabileceği de söylenebilecektir.

Taraflar cezai şart miktarını serbestçe belirleyebilirler. Fakat belirtmek gerekir ki TBK madde 182 uyarınca hâkim aşırı gördüğü cezai şart tutarını re'sen indirme yetkisine sahiptir¹⁴. Taraflarca kararlaştırılan cezai şartın tutarı hâkim tarafından fahiş olarak değerlendirilirse, cezai şartın tamamı değil hâkim tarafından belirlenen meblağ ödenecektir.

Cezai şartı zararın tazmini bakımından diğer kurumlardan ayıran bir diğer özellik de cezai şartın talep edilebilmesi için herhangi bir zararın varlığının aranmamasıdır.

III. İŞ İLİŞKİSİNDE CEZAI ŞART

A. Genel Olarak

İş sözleşmesinin tarafları, sözleşme hükümlerinin karşı tarafça ihlal edilmesine karşı iş sözleşmelerinde bazı cezai şart hükümlerine yer verebilmektedir. Taraflar, cezai şart hükümleri ile birbirini sözleşmeye uymaya zorlayabilmekte ve olası bir uyuşmazlıkta kendilerini garanti altına alabilmektedir. İş sözleşmelerinde düzenlenen cezai şart hü-

contracts generally aim to secure the expectations of the employer from the employee, these regulations may also have consequences in favor of the employee in some cases.

Penal clauses in employment contracts are mostly intended to prevent a qualified employee from terminating his/her employment contract before the expiry of the term without just cause, to enable the employer to claim the training expenses incurred for the employee and to ensure that the employee complies with the non-competition agreement concluded with the employee¹⁵. In employment contracts, penal clauses may also be agreed for the violation of the employee's confidentiality obligation or the prohibition of side job. It should be noted that penal clauses may also be regulated in other sources regulating the employment relationship (internal regulations, etc.). The penal clause in other sources regulating the employment relationship is important within the framework of general terms and conditions.

As we have stated while explaining the elements of the penal clause, the existence of the principal obligation is necessary for the existence of the penal clause. Therefore, the penal clause will not become due until the actual employment relationship is established between the parties to the contract. In testing periods of employment contracts, in order for the penal clause to become due, the probationary period agreed upon by the contract must expire.

kümleri genel olarak işverenin işçiden beklentisini güvence altına alma amacı taşısa da söz konusu düzenlemeler bazı durumlarda işçi lehine sonuçlar da doğurabilmektedir.

İş sözleşmeleri ile düzenlenen cezai şart hükümleri, çoğunlukla, nitelikli işçinin iş sözleşmesini süresinden önce haklı neden olmaksızın feshetmesinin engellenmesi, işçi için yapılan eğitim giderlerinin işveren tarafından talep edilebilmesi ve işçi ile yapılan rekabet yasağı sözleşmesine işçinin uymasını sağlama amacı taşır¹⁵. İş sözleşmelerinde cezai şart işçinin sır saklama yükümlülüğünün veya yan işte çalışma yasağının ihlali için de kararlaştırılabilmektedir. Belirtmek gerekir ki, iş ilişkisini düzenleyen diğer kaynaklarda (iç yönetmelikler vb.) da cezai şart düzenlenebilmektedir. İş ilişkisini düzenleyen diğer kaynaklarda yer alan cezai şart, genel işlem koşulları çerçevesinde önem arz etmektedir.

Cezai şartın unsurlarını açıklarken belirttiğimiz üzere, cezai şartın varlığı açısından öncelikle asıl borcun varlığı gereklidir. Dolayısıyla, sözleşmenin tarafları arasında fiili ilişkisi kurulmadan cezai şart muaccel hale gelmeyecektir. Deneme süresi iş sözleşmelerinde ise cezai şartın muaccel hale gelebilmesi için sözleşme ile kararlaştırılan deneme süresinin sona ermesi gerekmektedir.

Tüm bunlarla birlikte, cezai şartın geçerli olabilmesi için iş sözleşmesinde işçi ya da işveren aleyhine öngörülen cezai şartın fesh hakkının özünü ortadan kaldıran nitelikte olmaması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay da bir hakkın özünü ortadan kaldırır şekilde tespit edilen cezai şartların geçersiz olacağını belirtmektedir¹⁶.

FOOTNOTE

¹² Keser, p. 20.

¹³ Filiz Kozak, Yargıtay Kararları Işığında İş Sözleşmesinde Eğitim Giderleri Karşılığı Kararlaştırılan Cezai Şart Kayıtlarının Geçerliliği, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kütüphanecilik Anabilim Dalı, İzmir 2009, p. 8.

¹⁴ Keser, p. 39.

¹⁵ Ömer Ekmekçi, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri", Sicil İş Hukuku Dergisi, 1.13, Mart 2009, p. 40.

DİPNOT

¹³ Filiz Kozak, Yargıtay Kararları Işığında İş Sözleşmesinde Eğitim Giderleri Karşılığı Kararlaştırılan Cezai Şart Kayıtlarının Geçerliliği, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kütüphanecilik Anabilim Dalı, İzmir 2009, s. 8.

¹⁴ Keser, s. 39.

¹⁵ Ömer Ekmekçi, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.13, Mart 2009, s. 40.

¹⁶ Yargıtay 7. H.D., T. 02.04.2014, E. 2013/17692, K. 2014/7270.



PART 14

In addition to all these, in order for the penal clause to be valid, the penal clause stipulated against the employee or employer in the employment contract should not be a penal clause that eliminates the essence of the right to termination. As a matter of fact, the Supreme Court also states that the penal clauses that are determined in a way that eliminates the essence of a right will be invalid¹⁶.

B. Condition of The Stipulating for Both Parties of Penal Clause and Its Critics

The legislator has stipulated a regulation taking into account the economically weak position of the employee against the employer during the establishment of the employment contract and the application of the Supreme Court during the Turkish Code of Obligations numbered 818. With Article 420 of the TCO, it has been decided that the penal clause placed only against the employee in the service contracts is invalid.

The penal clause provisions in the TCO should be evaluated within the scope of the "principle of interpretation in favor of the employee" adopted by the Supreme Court. Accordingly, penal clauses in employment contracts should be regulated bilaterally for the employee and the employer (principle of reciprocity) and the penal clause agreed against the employee should not be more than the one agreed against the employer. In addition, in the event of an inequality in the bilateral penal clause against the employee, the penal clause is not completely invalid, but the liability of the employee cannot exceed the amount and circumstances for which the employer is responsible. As explained above, Article 420 of the TCO explicitly regulates that penal clauses in employment contracts shall be invalid only for the employee. The exceptions to this invalidity are the unilaterally agreed penal clause against the employee for the reimbursement of the expenses incurred by the employer for the training of the employee and the penal clause added to the contract in return for the employee's non-competition and breach of confidentiality¹⁷.

There are those who criticize the provision prohibiting the imposition of a unilateral penal clause against the employee¹⁸ as well as those who defend it in the doctrine¹⁹. According to the opinion criticizing the regulation, the principle, which became a provision of

B. Cezai Şartın Her İki Taraf İçin Öngörülmesi Koşulu ve Eleştirisi

Kanun koyucu, iş sözleşmesinin kurulması sürecinde işçinin işverene karşı ekonomik olarak zayıf konumda bulunmasını ve 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu dönemindeki Yargıtay uygulamasını dikkate alarak bir düzenleme öngörmüştür. TBK'nın 420. maddesi ile hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulunun geçersiz olduğu kararlaştırılmıştır.

TBK'da yer alan cezai şarta ilişkin düzenlemelerin, Yargıtayca benimsenen "işçi yararına yorum ilkesi" kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Buna göre iş sözleşmelerindeki cezai şart düzenlemelerinin, işçi ve işveren hakkında iki taraflı olarak düzenlenmesi (karşılıklılık ilkesi) ve işçi aleyhine kararlaştırılan cezai şartın, işveren aleyhine kararlaştırılardan daha fazla olmaması gerekir. Ayrıca, iki taraflı cezai şartta işçi aleyhine bir eşitsizlik olması durumunda, cezai şart hükmü tümünden geçersiz olmamakla birlikte, işçinin yükümlülüğü işverenin sorumlu olduğu miktar ve halleri aşamaz. Yukarıda da izah edildiği üzere, TBK m. 420, iş sözleşmelerinde yalnızca çalışan açısından cezai şart düzenlenmesinin geçersiz olacağını açıkça düzenlemektedir. İşçinin eğitimi için işverence yapılan giderlerin geri ödenmesine yönelik işçi aleyhine tek taraflı olarak kararlaştırılan cezai şart ve işçinin rekabet yasağı ile gizliliğe aykırı davranması karşılığında sözleşmeye eklenen cezai şart ise bu söz konusu geçersizliğin istisnalarını oluşturmaktadır¹⁷.

İşçi aleyhine tek taraflı cezai şart koyulmasını yasaklayan hükmü öğretide savunanlar kadar¹⁸ eleştirenler de bulunmaktadır¹⁹. Düzenlemeyi eleştiren görüşe göre, TBK'nın 420. maddesi ile kanun hükmü haline gelen ilke, günümüz iş hukuku ilkeleri çerçevesinde değerlendirildiğinde, taraflara eşdeğer sorumluluk öngören sözleşme hükümleri açısından isabetlidir. Fakat, iş sözleşmelerinde yer alan her hak ve borç mutlaka eş değer olmak zorunda değildir. Somut olarak uygulanama-

law with Article 420 of the TCO, is correct in terms of contractual provisions that provide for equivalent liability to the parties when evaluated within the framework of modern labor law principles. However, not every right and obligation contained in employment contracts must necessarily be of equal value. The fact that when rules that cannot be applied concretely become the mandatory provision of the law are criticized in the doctrine, as it may lead to unfair results²⁰.

In the event that the employment contract is terminated unfairly by the employee or the employer and there is a provision in the employment contract that the party who terminates the contract unfairly will pay a penal clause, but there is no provision in the contract that a penal clause will be paid in case of rightful termination of the contract, this situation will find an applicaton area in favor of the employee. This is because if the penal clause provisions are agreed unilaterally, they are not considered valid if they are against the employee²¹.

C. The Penal Clause Imposed to Prevent the Termination of the Indefinite-Term Employment Contract by the Parties

Termination of an employment contract is divided into two categories: indefinite termination and immediate termination for just cause. While indefinite termination is only valid for indefinite-term employment contracts, immediate termination is valid for both indefinite-term and fixed-term employment contracts. In employment contracts, the right of termination of the employee and the employer may be limited by penal clauses to be included in the contracts in a way that does not violate the essence of the right. However, the validity of this limitation depends on the absence of justified reasons for the termination of the employment contract. Provisions containing penal clauses in both fixed-term and indefinite-term employment contracts are valid as a rule in the presence of the principle of reciprocity²².

The right of the parties to terminate the employment contract is regulated in Article 431 of the TCO as mandatory. As a result of the mandatory regulation of the right of termination, the employee or employer will not be able to voluntarily waive the right of termination before the termination right arises.

yacak kuralların kanunun emredici hükmü haline gelmesi, haksız sonuçlara sebebiyet verebileceğinden doktrinde eleştirilmektedir²⁰.

İş sözleşmesinin işçi veya işveren tarafından haksız olarak feshedilmesi ve iş sözleşmesinde sözleşmeyi haksız olarak fesheden tarafın cezai şart ödeyeceği şeklinde düzenlemenin bulunması, ancak sözleşmede, iş sözleşmesinin haklı olarak feshedilmesi durumunda cezai şart ödeneceğine dair bir düzenleme bulunmaması halinde bu durum işçi lehine uygulama alanı bulacaktır. Zira cezai şart hükümleri tek taraflı olarak kararlaştırıldığı takdirde işçi aleyhine ise geçerli sayılmaz²¹.

C. Belirsiz Süreli İş Sözleşmesinin Taraflarca Feshedilmesinin Engellenmesine Yönelik Olarak Getirilmiş Cezai Şart

İş sözleşmesinin feshi, süreli fesih ve haklı nedente derhal fesih olarak ikiye ayrılmaktadır. Süreli fesih yalnızca belirsiz süreli iş sözleşmeleri için geçerliiyken, derhal fesih, hem belirsiz süreli hem de belirli süreli iş sözleşmelerinde geçerlidir. İş sözleşmelerinde işçi ve işverenin süreli fesih hakkı, hakkın özünü ihlal etmeyecek şekilde sözleşmelere konulacak cezai şart hükümleri ile sınırlandırılmaktadır. Fakat bu sınırlamanın geçerliliği iş sözleşmesinin feshinde haklı nedenlerin bulunmamasına bağlıdır²².

Tarafların iş sözleşmesini fesih hakkı TBK'nın 431. maddesinde emredici olarak düzenlenmiştir. Fesih hakkının emredici olarak düzenlenmesinin sonucu olarak, işçi ya da işveren fesih hakkından, fesih hakkı doğmadan kendi iradesiyle feragat edemeyecektir.

İş hukukunda asıl olan sözleşmelerin belirsiz süreli yapılması olsa da iş sözleşmeleri, belirli süreli ya da belirsiz süreli olarak imzalanabilecektir²³. İş Kanunu'nun 11. maddesinde belirli süreli iş sözleşmesi ve belirsiz süreli iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin esaslar belirtilmiştir. Belirli bir süre olmaksızın imzala-

FOOTNOTE

16 Yargıtay 7. H.D., T. 02.04.2014, E. 2013/17692, K. 2014/7270.

17 Yargıtay 9. H.D., T. 06.01.2020, E. 2019/2294, K. 2020/40; Ömer Ekmekçi/Esra Yiğit, Bireysel İş Hukuku Dersleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, p. 369.

18 Gülsevil Alpagut, "Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", Legal ISGHD, İ. 31, İstanbul 2011, p. 954.

19 Kübra Doğan Yenisey, "İş Hukukunda Cezai Şart", Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012, p. 29.

20 Ekmekçi, p.28.

21 Yargıtay 7. H.D., T. 09.06.2014, E.2014/4793, K.2014/12770.

22 Yargıtay 7. H.D., T. 09.06.2014, E.2014/4793, K.2014/12770.

DİPNOT

17 Yargıtay 9. H.D., E. 2019/2294 K. 2020/40, Ekmekçi, Esra Yiğit (2021). Bireysel İş Hukuku Dersleri (3üncü Baskı). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık. s. 369.

18 Gülsevil Alpagut, "Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", Legal ISGHD, S. 31, İstanbul 2011, s. 954.

19 Kübra Doğan Yenisey, "İş Hukukunda Cezai Şart", Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012, s. 29.

20 Ekmekçi, s. 28.

21 Yargıtay 7. H.D., T. 09.06.2014, E.2014/4793, K.2014/12770.

22 Yargıtay İBHGK, T. 08.03.2019, E. 2017/10, K. 2019/1.

23 Yargıtay 9. H.D., E. 2017/27839, K. 2018/1082.

PART 14

Although the main principle in labor law is to conclude contracts for an indefinite term, employment contracts may be concluded for a definite or indefinite term²³. Article 11 of the Labor Law stipulates the principles for concluding a fixed-term employment contract and an indefinite-term employment contract. An indefinite-term employment contract signed without a fixed term can be terminated at any time with the agreement of the parties in accordance with the principle of freedom of work and contract regulated in the Constitution.

In both fixed term employment contract and indefinite-term employment contracts, penal clauses are valid as a rule, provided that the principle of reciprocity exists. However, in order for the penal clause to be valid, the employment contract between the parties must be for a fixed term. It is also possible to include the same provisions in minimum term employment contracts²⁴.

D. The Penal Clause Imposed to Prevent the Termination of the Fixed-Term Employment Contract by the Parties

As fixed-term employment contracts are not subject to job security provisions as a rule, it is observed that the importance of fixed-term employment contracts has increased and employers have started to prefer fixed-term contracts more. In labor law, penal clause is also commonly agreed as a sanction to be paid in case of termination of fixed-term employment contracts without just cause²⁵.

nan belirsiz süreli iş sözleşmesi, Anayasa'da düzenlenen çalışma ve sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince tarafların anlaşması ile her zaman sona erdirilebilmektedir.

Gerek belirli gerekse belirsiz iş sözleşmelerinde, cezai şart içeren hükümler, karşılıklılık prensibinin bulunması halinde kural olarak geçerlidir. Ancak, sözleşmenin süresinden önce feshi koşuluna bağlı cezai şartın geçerli olabilmesi için, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olması zorunludur. Asgari süreli iş sözleşmelerine de aynı şekilde hükümler konulması mümkündür²⁴.

D. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Taraflarca Feshedilmesinin Engellenmesine Yönelik Olarak Getirilmiş Cezai Şart

Belirli süreli iş sözleşmelerine kural olarak iş güvencesi hükümleri uygulanmadığı için belirli süreli iş sözleşmelerinin öneminin arttığı, işverenlerin belirli süreli iş sözleşmesini daha çok tercih etmeye başladıkları görülmektedir. İş hukukunda cezai şart da yaygın olarak belirli süreli iş sözleşmelerinin haklı bir neden olmaksızın feshedilmesi durumunda ödenmesi gereken bir müeyyide olarak ka-

Since the main purpose of the penal clause is to create a deterrent effect, it is more likely to be seen especially in fixed-term employment contracts.

In order to be able to mention a fixed-term contract in accordance with the Labor Code, it is necessary to have one of the reasons specified in Article 11 of the Labor Code. These states are situations that depend on objective conditions, such as the completion of a certain job, or the emergence of a certain phenomenon.

In fixed-term employment contracts, penal clauses may be stipulated, provided that they do not contradict the mandatory rule in Article 420/1 of the TCO. It should be noted that the principle that only penal clauses imposed against the employee shall be deemed invalid is also valid here. The purpose of regulating this clause in fixed-term employment contracts is the need to have a certain sanction against the wrongful termination before the expiry of the term²⁶.

In the event that a fixed-term employment contract is terminated before its expiry without a justified reason, the legal consequences of wrongful termination will arise and the employee will be able to claim the wage amount for the remaining period as compensation. However, it should be noted that in accordance with the established jurisprudence of the Supreme Court; despite the existence of a written employment contract between the parties, if the fact of work has not been realized and no actual employment relationship has been established, the employee cannot claim compensation in the amount of the remaining period wage²⁷.

Unlike indefinite-term employment contracts, in fixed-term employment contracts, it is possible to decide that the parties will pay a penalty only in case of unfair termination of the employment contract²⁸. In fixed-term employment contracts, it is not possible for the parties to exercise the right of termination by complying with the notice period. For this reason, it cannot be mentioned that such an arrangement to be put into fixed-term employment contracts also touches the essence of the parties' right to termination²⁹. This regulation limits the parties for the duration of a fixed-term employment contract. During the period of the fixed-term employment contract, the penal clause will

rarlaştırılmaktadır²⁵. Cezai şartın asıl amacı caydırıcı etki yaratmak olduğu için, cezai şartın belirli süreli iş sözleşmelerinde görülme ihtimali daha fazladır.

İş kanunu uyarınca belirli süreli bir sözleşmeden bahsedebilmek için İş Kanunu'nun 11. maddesinde belirtilen nedenlerden birinin varlığı gerekir. Bu haller, belli bir işin tamamlanması, belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı durumlardır.

Belirli süreli iş sözleşmelerinde TBK madde 420/1'deki emredici kurala aykırı olmamak koşuluyla cezai şart hükümleri öngörülebilir. Dikkat etmek gerekir ki, sadece işçi aleyhine konulan cezai şartın geçersiz kabul edileceği ilkesi burada da geçerlidir. Bu şartın belirli süreli iş sözleşmelerinde düzenlenmesinin amacı süresinden önce haksız feshedene karşı getirilen belli bir yaptırımın bulunması ihtiyacıdır²⁶.

Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haklı bir neden olmaksızın sona erdirilmesi durumunda haksız feshin hukuki sonuçları doğacak, işçi bakiye süresine ilişkin ücret tutarını tazminat olarak isteyebilecektir. Fakat belirtmek gerekir ki Yargıtay'ın yerleşik içtihatları uyarınca, taraflar arasında yazılı bir iş sözleşmesinin varlığına rağmen çalışma olgusu gerçekleşmemiş ve fiilen iş ilişkisi kurulmamış ise bakiye süre ücreti tutarında tazminat işçi tarafından istenemez²⁷.

Belirsiz süreli iş sözleşmelerinden farklı olarak, belirli süreli iş sözleşmelerinde, iş sözleşmesinin yalnızca haksız feshi durumunda tarafların cezai şart ödeyeceklerinin kararlaştırılması mümkündür²⁸. Belirli süreli iş sözleşmelerinde tarafların ihbar süresine uyararak süreli fesih hakkını kullanmaları mümkün değildir. Bu nedenle belirli süreli iş sözleşmelerine koyulacak böyle bir düzenlemenin de tarafların fesih hakkının özüne dokunduğundan bahsedilemez²⁹. Bu düzenleme, belirli süreli iş sözleşmesi süresince tarafları sınırlandırmaktadır. Belirli süreli iş sözleşmesi sürecince, haklı neden olmaksızın, geçerli nedenler mevcut olsa dahi, taraflarca iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde cezai şartın ödenmesi gerekecektir.

Belirli süreli iş sözleşmelerinin haksız feshi halinde düzenlenen cezai şarta ilişkin değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin iş

FOOTNOTE

²³ Yargıtay 9. H.D., T. 23.01.2018, E.2017/27839, K.2018/1082.

²⁴ Yargıtay 9. H.D., T. 23.03.2021, E. 2021/2786 K. 2021/6672.

²⁵ Yargıtay 22. H.D., T. 23.02.10, E. 2008/11858, K. 2010/4640.

²⁶ Canbolat, p. 230.

²⁷ Yargıtay 22. H.D., T. 08.12.2014, E. 2013/25149, K. 2014/34675.

²⁸ Yargıtay 22. H.D., T. 26.01.2016, E. 2015/39477, K. 2016/1128.

²⁹ Sarper Süzek, İş Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2020, p. 744.



DİPNOT

²⁴ Yargıtay 9. H.D., E. 2021/2786, K. 2021/6672.

²⁵ Yargıtay 22. H.D., T. 23.02.10, E. 2008/11858, K. 2010/4640.

²⁶ Canbolat, s. 230.

²⁷ Yargıtay 22. H.D., E. 2013/25149, K. 2014/34675.

²⁸ Yargıtay 22. HD, E. 2015/39477, K. 2016/1128 T. 26.01.2016.

²⁹ Sarper Süzek, İş Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2020, s. 744.

PART 14

have to be paid in case of termination of the employment contract by the parties, even if there are valid reasons, without a justifiable reason.

Another issue that needs to be evaluated regarding the penal clause in case of unfair termination of fixed-term employment contracts is whether the employer should pay the penal clause if the employment contract between the parties is accepted as indefinite due to the absence of objective conditions in accordance with Article 11 of the Labor Law. The General Assembly of the Supreme Court on the Unification of Case Law has reached the following decision on the issue: *“The fact that the fixed-term employment contract is characterized as an indefinite term due to the lack of objective conditions should not lead to the invalidity of the contractual wills of the parties regarding the penal clause. In light of the explanations made, the penal clause which is stipulated in the contract by the employee and the employer to guarantee not to terminate the employment contract without a justifiable reason, during the period determined by them in fixed-term employment contracts shall maintain its validity to be limited with the period decided, in the event that is accepted indefinite-term employment contracts since the contract does not have the objective conditions of a fixed-term employment contract”*³⁰.

According to the opinion expressed in the decisions of the Supreme Court³¹ and in which we also agree, the conclusion of an employment contract for a fixed or indefinite period should not prevent the regulation of a penal clause in the employment contract. In addition, we are of the opinion that it is against the good faith for the employer to unlawfully claim that the fixed-term employment contract established between the parties is of indefinite duration.

The provision of Article 179/1 of the TCO is as follows: *“If a penalty has been stipulated for the non-performance of a contract at all or not properly, the creditor may request the performance of either the debt or the penalty, unless otherwise understood from the contract”*. Pursuant to the relevant provision, in case of unfair termination of the employment contract, one of the parties must have clearly agreed on this issue in the employment contract in order to claim compensation in the number of wages for the remaining period (balance period wage) and the penal

Kanunu’nun 11. maddesi uyarınca objektif koşulların bulunmaması gerekçesiyle belirsiz süreli olarak kabul edilmesi durumunda, işveren tarafından cezai şartın ödenmesinin gerekli gerekmediğidir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu konuya ilişkin şu karara varmıştır: *“Belirli süreli iş sözleşmesinin objektif koşulları bulunmaması nedeniyle belirsiz süreli olarak nitelendirilmesi, tarafların cezai şarta ilişkin sözleşme iradelerinin geçersizliği sonucunu doğurmamalıdır. Yapılan açıklamalar ışığında, işçi ve işverenin belirli süreli iş sözleşmesinde belirledikleri süre boyunca haklı neden olmaksızın sözleşmenin feshedilmemesini garanti altına almak amacıyla sözleşmede öngördükleri cezai şart hükmü, sözleşmenin, belirli süreli iş sözleşmesinin objektif koşulları taşımadığından belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi hâlinde, kararlaştırılmış olan süre ile sınırlı olmak üzere geçerliliğini koruyacaktır”*³⁰.

Yargıtay kararlarında da ifade edildiği³¹ ve bizim de katıldığımız görüşe göre; iş sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olarak akdedilmesi, iş sözleşmesinde cezai şart düzenlenmesine engel olmamalıdır. Ayrıca, taraflar arasında kurulan belirli süreli iş sözleşmesinin işverence hukuka aykırı olarak belirsiz süreli olduğunun iddia edilmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu kanaatindeyiz.

TBK’nın 179/1 hükmü şu şekildedir: *“Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir”*. İlgili hüküm uyarınca, iş sözleşmesinin haksız feshi durumunda, taraflardan birinin TBK madde 438 çerçevesinde geriye kalan süreye ilişkin ücret tutarında tazminatı (bakiye süre ücreti) ve cezai şartı (ifaya eklenen cezai şart) birlikte talep edebilmeleri için bu hususu iş sözleşmesinde açıkça kararlaştırmış olmaları gerekmektedir³².

Belirli süreli iş sözleşmelerinin haksız feshi halinde bakiye süre ücreti tutarında tazminat ile birlikte cezai şartın talep edilebilirliği konusunda Yargıtay bir kararında, TBK m. 179 gereği iş sözleşmesinde bu yönde açık hüküm bulunmadığı ve bu yüzden birlikte talep edilebilirliğin olanaklı olmadığı gerekçesiyle davacıya seçimlik hakkını kullanması için süre verilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır³³. Yine bir başka kararında Yargıtay, bu iki kurumun birlikte ifasının ölçüt alı-

clause (penalty added to performance) together within the framework of Article 438 of the TCO³².

In a decision of the Supreme Court regarding the claimability of compensation in the amount of the remaining period wage and penal clause in the event of unfair termination of fixed-term employment contracts, the Supreme Court concluded that the plaintiff should be given time to exercise his/ her right of choice on the grounds that there is no explicit provision in this direction in the employment contract in accordance with the Article 179 of TCO and therefore joint claimability is not possible³³. The Supreme Court rejected the ruling on the joint execution of these two institutions in yet another decision on the grounds that it would cause repetitive judgement based on the joint performance of these two institutions³⁴.

Regarding the validity of the penalty clause in a fixed-term employment contract that turns into an indefinite-term contract, the Supreme Court concluded that the penalty clause agreed upon by the parties will be valid for the period of time they agreed upon, if it turns into an indefinite-term employment contract³⁵. Again, the Supreme Court did not consider it appropriate for one of the parties to pay only the penal clause and not to pay the compensation in the amount of the remaining period wage in the event that the fixed-term employment contract is terminated unfairly by one of the parties before the expiry date; in this case, the Supreme Court concluded that the penal clause has lost its function and stated that the compensation for the remaining period wage is the result of the mandatory regulation of the law and that it cannot be agreed that only the penal clause will be paid and the remaining period wage will not be paid³⁶.

E. Penal Clause In Employment Contracts For Training Expenses

As stated in the established decisions of the Supreme Court, the training provided to the employee by the employer is for the benefit of the employer as the employee contributes to the production of goods and services in the workplace, and the employee becomes more qualified and can find a job more easily in the future because of the training provided. For this reason, it is possible to agree that

narak hüküm kurulduğu takdirde mükerrer yararlanmaya neden olacağı gerekçesi ile birlikte ifa edilebilirliğine dair verilen kararı bozmuştur³⁴.

Belirsiz süreli sözleşmeye dönüşen belirli süreli iş sözleşmesindeki cezai şartın geçerliliği konusunda Yargıtay, tarafların iradeleri ile kararlaştırdıkları cezai şartın, belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüştüğü takdirde, kararlaştırdıkları süre ile sınırlı olarak geçerli olacağı sonucuna varmıştır³⁵. Yine Yargıtay, belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce taraflardan biri tarafından haksız olarak feshedilmiş olması halinde, taraflardan birinin yalnızca cezai şartı ödeyerek, bakiye süre ücreti tutarında tazminatı ödememesini isabetli olarak değerlendirmemiş; bu durumda cezai şartın işlevini yitirdiği sonucuna vararak, bakiye süre ücretine ilişkin tazminatın kanunun emredici düzenlemesinin sonucu olduğunu, sözleşme ile yalnızca cezai şartın ödeneceğinin, bakiye süre ücretinin ödenmeyeceğinin kararlaştırılmayacağını belirtmiştir³⁶.

FOOTNOTE

³⁰ Yargıtay İBHGK, T. 08.03.2019, E. 2017/10, K. 2019/1.

³¹ Yargıtay 22. H.D., T. 22.11.2016, E. 2015/18939, K. 2016/26066.

³² Süzek, p. 747.

³³ Yargıtay 22. HD, T. 27.03.2019, E. 2017/14212, K. 2019/6788.

³⁴ Ali Güzel, “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Hukuki Nitelemesi-Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart”, Çalışma ve Toplum Dergisi, V. 3, I. 73, 2022, p. 1723.

³⁵ Yargıtay İBHGK, T. 08.03.2019, E. 2017/10, K. 2019/1.

³⁶ Güzel, p. 1723; Yargıtay 9. H.D., T. 07.12.2021, E. 2021/8864, K. 2021/16270.

DİPNOT

³⁰ Yargıtay İBHGK, T. 08.03.2019, E. 2017/10, K. 2019/1.

³¹ Yargıtay 22. H.D., T. 22.11.2016, E. 2015/18939, K. 2016/26066.

³² Süzek, s. 747.

³³ Yargıtay 22. HD, T. 27.03.2019, E. 2017/14212, K. 2019/6788.

³⁴ Ali Güzel, “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Hukuki Nitelemesi-Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart”, Çalışma ve Toplum Dergisi, C. 3, S. 73, 2022, s. 1723.

³⁵ Yargıtay İBHGK, T. 08.03.2019, E. 2017/10, K. 2019/1.

³⁶ Güzel, s. 1723; Yargıtay 9. H.D., T. 07.12.2021, E. 2021/8864, K. 2021/16270.

PART 14

the employee will work for a certain period of time in return for the training provided at the employer's expense. The fact that the employee works for the employer for a certain period of time in return for the training provided is considered within the scope of the duty of loyalty to the employer. The amount of labor time required in exchange for the training must also be reasonable given its nature and price. On the other hand, the expenses of the trainings that must be provided to the employee within the scope of occupational health and safety measures cannot be requested from the employee³⁷.

The costs expended by the employer in exchange for the training provided to the employee must be particular to that employee and must be supported by written records in the event of a future disagreement. The amount per employee of the expenses in-

sının kararlaştırılması mümkündür. İşçinin de verilen eğitim karşılığında işverene belli bir süre iş görmesi, işverene olan sadakat borcu kapsamında değerlendirilmektedir. Verilen eğitimin karşılığında üstlenilen çalışma süresinin de eğitimin türü ve masrafları ile uyumlu olması gerekir. Buna karşın, işçiye, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri kapsamında verilmesi gereken eğitimlere ait giderler işçiden istenemez³⁷.

İşçiye verilen eğitimin karşılığında işverence yapılan masraflar o işçiye özgü olmalı ve ileride olası bir ihtilafta yazılı delille ispatlanmalı/ yazılı belgelere dayanmalıdır. İşverenin toplu olarak verdiği eğitimler sebebiyle yapmış olduğu giderlerin işçi başına düşen tutarı, aynı dönemde eğitim alan işçi sayısına bölünmek suretiyle belirlenir. İşçiye verilen eğitim ile ilgili olduğu belirlenemeyen giderlerden işçi sorumlu olmaz. Nitekim, olası ihtilaflarda,

The employee shall not be liable for the expenses that cannot be determined to be related to the training provided to the employee.

İşçiye verilen eğitim ile ilgili olduğu belirlenemeyen giderlerden işçi sorumlu olmaz.

curring by the employer due to collective trainings is determined by dividing by the number of employees receiving training in the same period. The employee shall not be liable for the expenses that cannot be determined to be related to the training provided to the employee. As a matter of fact, in possible disputes, the burden of proof regarding the training provided to the employee and the training expenses incurred belongs to the employer. The employer can only claim from the employee for training expense that can be documented and that have actually been incurred. The Supreme Court ruled in one of its decisions³⁸ on the subject as follows: "If the plaintiff proves that he/she has made expenses as training expenses, it is necessary to award such training expenses

işçiye eğitim verildiği konusunda ve katlanılan eğitim masrafları ile ilgili olarak ispat yükü işverene aittir. İşveren sadece belge ile kanıtlayabileceği ve fiilen yapılmış olan eğitim masraflarını işçiden talep edebilir. Yargıtay konu ile ilgili bir kararında "Davacı taraf eğitim gideri olarak harcama yaptığını ispatladığı takdirde bu tür eğitim giderlerine davalı işçinin çalıştığı süre, eğitimden yararlanan sayısı dikkate alınarak ve oranlanarak davalıya düşen eğitim giderine hükmetmek gerekir" şeklinde hüküm vermiştir³⁸. Bu konuda uygulamada sıklıkla çalışanlardan, işveren tarafından sağlanacak eğitimlerin karşılığı olarak belli bir süre çalışmayı taahhüt eden ve taahhüt ettiği süre içerisinde iş sözleşmesini haklı bir neden olmaksızın feshetmesi veya iş sözleşmesinin işveren tarafın-

to the defendant by taking into account and proportioning the duration of the defendant employee's employment and the number of beneficiaries of the training". In practice, employees are often asked to provide a written undertaking that they will work for a certain period of time in return for the training provided by the employer and that if they terminate their employment contract unjustly or if their employment contract is terminated by the employer unjustly, they will pay the employer a certain amount of penalty or the entire training expenses in return for the training provided to them, or a provision to this effect is added to the employment contract, or a "work-for-training protocol/ contract" is signed separately from the employment contract and these arrangements are agreed between the parties.

Although unilateral penalty clauses against the employee are considered invalid, a penalty clause for training is an exception. However, even if a penalty clause is set or a provision is made that the employee will pay the full amount of the training expenses, the courts, in accordance with the established case law of the Supreme Court, determine the training expenses actually incurred by the employer and, taking into account how much of the committed working time the employee has worked, decide to collect the remaining amount after making a discount by establishing a ratio according to the periods that the employee has worked and should have worked, instead of the full amount of the training expenses incurred by the employer on behalf of the employee. This is because, if the employee has worked for a part of the time he/ she is obliged to work after the training, he/ she has contributed to the employer in this regard. In the event that the employee has worked for the entire period for which he is obliged to work, the employer cannot claim training expenses.

If the parties agree on a penal clause in the employment contract in return for training expenses, the employer remains liable for the consequences of the justified termination if the employee terminates the contract for just cause, but it is not possible for the employer to claim the penalty clause for the agreed training expenses from the employee who terminates the contract for just cause. Even if a contract stipulates that the penalty clause will be paid unconditionally, this record should only be understood as limited to cases of termination for just cause. Other-

dan haklı nedenlerle feshedilmesi halinde, kendisine verilmiş olan eğitimlerin karşılığı olarak belli bir cezai şart tutarını veya eğitim giderlerinin tamamını işverene ödeyeceğine dair yazılı taahhütname alınmakta veya iş sözleşmesine bu yönde hüküm eklenmekte veyahut iş sözleşmesinden ayrı bir "eğitim karşılığı çalışma protokolü/ sözleşmesi" imzalanarak, bu düzenlemeler taraflar arasında kararlaştırılmaktadır.

Tek taraflı işçi aleyhine cezai şartlar geçersiz kabul edilmekle birlikte, eğitim karşılığı cezai şart bunun istisnasıdır. Ancak, bir cezai şart belirlense ya da çalışanın eğitim giderlerinin tamamını ödeyeceğine dair düzenleme getirilse dahi, mahkemeler Yargıtay'ın yerleşik içtihatları uyarınca, işverenin gerçekten yaptığı eğitim giderlerini tespit ederek, çalışanın taahhüt ettiği çalışma süresinin ne kadarında çalıştığını da dikkate alarak, işverence çalışan adına yapılan eğitim giderlerinin tamamı yerine, çalışanın, çalıştığı ve çalışması gereken süreler göre oran kurularak indirim yaptıktan sonra kalan miktarın tahsiline karar vermektedir. Zira, işçi, eğitimden sonra çalışmayı yükümlendiği sürenin bir kısmında çalışmış ise işverene bu konuda katkı sağlamış olmaktadır. İşçinin yükümlü olduğu sürenin tamamında çalışmış olması halinde ise, işverence eğitim giderleri istenemez.

Taraflarca iş sözleşmesinde eğitim giderleri karşılığında cezai şartta dair bir hüküm kararlaştırıldığı takdirde, işçi sözleşmeyi haklı nedenle feshederse işveren haklı feshin sonuçlarıyla sorumlu olmaya devam etmekle beraber, kararlaştırılan eğitim giderleri karşılığı cezai şartın sözleşmeyi haklı nedenle fesheden işçiden talep edilebilmesi mümkün değildir. Bir sözleşmede kayıtsız ve şartsız olarak cezai şartın ödeneceğine dair kayıt konulmuşsa da bu kayıt ancak haklı nedenle fesih halleriyle sınırlı olarak anlaşılmalıdır. Zira aksi bir durumda tarafların fesih özgürlüğüne halel gelmiş olacaktır. Her ne durumda olursa olsun, tarafların haklı fesih hakları kısıtlanamaz ve bu haktan feragatleri geçerli kabul edilmez³⁹.

İş sözleşmesinin taahhüt edilen süre içinde işverence İş Kanunu madde 25/2'de sayılı olan "ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" kapsamında bir nedene dayalı olarak feshedilmesi durumunda da işveren, işçiden eğitim karşılığında yaptığı masrafları talep edebilecek olup, bunun haricinde iş sözleşmesinin işverence İş Kanunu'nun 17. ve 18. maddeleri uyarınca veya

DİPNOT

³⁷ Yargıtay 9. H.D., T. 10.12.2014, E.2013/5494, K.2014/37973; Yargıtay 9. H.D., T. 30.06.2011, E.2009/17762, K.2011/19801.

³⁸ Yargıtay 9. H.D., T. 10.3.2004, E.2003/14720, K.2004/4609.

³⁹ Kozak, s. 115.

FOOTNOTE

³⁷ Yargıtay 9. H.D., T. 10.12.2014, E.2013/5494, K.2014/37973; Yargıtay 9. H.D., T. 30.06.2011, E.2009/17762, K.2011/19801.

³⁸ Yargıtay 9. H.D., T. 10.3.2004, E.2003/14720, K.2004/4609.

PART 14

wise, the parties' freedom of termination will be prejudiced. In any case, the parties' right of rightful termination cannot be restricted and their waiver of this right is not considered valid³⁹.

In the event that the employment contract is terminated by the employer within the committed period based on a reason within the scope of "situations that do not comply with the rules of morality and goodwill etc." listed in Article 25/2 of the Labor Law, the employer will be able to claim the expenses incurred in return for training from the employee; otherwise, in the event that the employment contract is terminated by the employer in accordance with Articles 17 and 18 of the Labor Law or in accordance with Article 25/1, 25/3 or 25/4 of the Labor Law, the employer will not be able to claim the expenses incurred in return for training from the employee.

F. Penal Clause for Breach of Non-Competition Agreement

The non-competition obligation of the employee arises in two different ways. The first one is the non-competition of the employee with his/her employer during the term of the employment contract, which is related to the employee's duty of loyalty. The second is the non-competition obligation arising from the competition agreement, which prohibits the employee from competing with his employer after the termination of the employment contract. Violation of the non-competition obligation by the employee during the employment contract is within the scope of the conduct incompatible with integrity and loyalty regulated under Article 25/1 (e) of the Labor Law and constitutes a just cause for termination for the employer. The non-competition obligation regulated under the TCO is fulfilled after the employment contract is terminated.

The non-competition obligation fulfilled after the termination of the employment contract stems from the employment contract and the penal clause is regulated here to ensure compliance with the non-competition obligation⁴⁰. A non-competition clause may be included in the employment contract regardless of whether it is a fixed or indefinite term contract, or a partial or full-term employment contract⁴¹. However, it should

İş Kanunu'nun 25/1, 25/3 ya da 25/4 düzenlemeleri uyarınca feshedilmesi durumunda, işveren işçiden eğitim karşılığı harcamaları talep edemeyecektir.

F. Rekabet Yasağı Sözleşmesine Aykırı Davranılması Durumuna Yönelik Olarak Getirilmiş Cezai Şart

İşçinin rekabet etmeme borcu iki farklı şekilde ortaya çıkmaktadır. Birincisi, iş sözleşmesi süresince işçinin işvereni ile rekabet etmesidir ve bu husus işçinin sadakat borcuna ilişkindir. İkincisi ise, iş sözleşmesi sona erdikten sonra işçinin işvereni ile rekabet etmesini yasaklayan ve rekabet sözleşmesinden doğan rekabet etmeme borcudur. İş sözleşmesi süresince işçinin rekabet etmeme borcunu ihlal etmesi İş Kanunu'nun 25. maddesinin birinci fıkrasının e alt bendinde düzenlenen doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış kapsamındadır ve işveren için haklı fesih nedeni teşkil eder. TBK'da düzenlenen rekabet etmeme borcu ise iş sözleşmesi sona erdikten sonra yerine getirilir.

İş sözleşmesi sona erdikten sonra yerine getirilen rekabet etmeme borcu iş sözleşmesinden kaynaklıdır ve burada cezai şart, rekabet etmeme borcuna uygun davranılmasını sağlamak amacıyla düzenlenmiştir⁴⁰. Belirli ya da belirsiz süreli sözleşmesi; kısmi ya da tam süreli iş sözleşmesi ayrımı yapılmaksızın iş sözleşmelerine rekabet yasağına ilişkin hüküm eklenebilir⁴¹. Ancak, işyeri iç yönetmelikleri ile rekabet yasağının kararlaştırılmayacağına dikkat edilmelidir⁴². Bununla beraber, işveren, iş sözleşmesine rekabet yasağı düzenlemesini koyma hakkını saklı tutacağına ilişkin hüküm koyamaz⁴³.

be noted that the prohibition of competition cannot be determined by internal workplace regulations⁴². In addition, the employer may not include a provision in the employment contract stating that he reserves the right to impose a non-competition clause⁴³.

Pursuant to Article 444 of the TCO, in order for the non-competition clause to be valid, the employee must be in a position to have information about trade secrets or the employer's business⁴⁴, the employee must have the opportunity to obtain information about the employer's customers⁴⁵, there must be a possibility of serious damage⁴⁶ to the employer, and the non-competition clause in the contract must not harm the economic future of the employee.

It should be noted that the non-competition agreement between the employee and the employer, which is separate from the employment contract, or the non-competition clause included in the employment contract must be subject to certain limitations⁴⁷. Pursuant to Article 445/1 of the TCO, "The non-competition clause may not contain inappropriate restrictions in terms of place, time and type of the work, which may harm the economic future of the employee, and the duration of the prohibition may not exceed two years, except for special conditions". However, the judge may limit the scope or duration of the non-competition clause if he deems its excessive, taking into account all the circumstances and the counter-performance that the employer may have undertaken. One of the consequences of breach of the non-competition agreement is the payment of a penal clause by the employee. Pursuant to Article 446/1 of the TCO, the employee who violates the non-competition clause is obliged to compensate all damages incurred by the employer. However, it is extremely difficult to prove the damages incurred due to non-competition. Due to the existing difficulty of proof, penal clauses are attached to the non-competition clause in the employment contract concluded by the Parties. Pursuant to Article 446/2 of the TCO, "If the breach of the prohibition is subject to a penal clause and there is no contrary provision in the contract, the employee may be released from the non-competition obligation by paying the stipulated amount; however, the employee must compensate for the damage exceeding this amount". However, it should be noted that if the employer proves that the damage caused by the employee is

TBK m. 444 uyarınca iş sözleşmesine koyulacak olan rekabet yasağı kaydının geçerli olabilmesi için, işçi üretimle ilgili sırları veya işverenin işleri hakkında bilgi sahibi olabilecek pozisyonda olmalı⁴⁴, işçinin işverenin müşteri çevresi hakkında bilgi edinme olanağı olmalı⁴⁵, işverenin ciddi bir zarara uğrama ihtimali olmalı⁴⁶ ve sözleşmede düzenlenen rekabet yasağı işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmüyor olmalıdır.

Belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesinden ayrı olarak işçi ve işveren arasında düzenlenmiş olan rekabet yasağı sözleşmesi veya iş sözleşmesinin içerisine koyulmuş olan rekabet yasağı kaydı bazı sınırlamalara tabi olmalıdır⁴⁷. TBK m. 445/1 uyarınca "Rekabet yasağı, işçinin ekonomik açıdan geleceğini, tehlikeye sokacak biçimde yer, zaman ve işlerin türü açısından uygun olmayan sınırlamalar içeremez ve yasağın süresi özel durum ve koşullar haricinde iki yılı aşamaz". Bununla beraber, hâkim, aşırı gördüğü rekabet yasağını, tüm koşulları ele alarak ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de göz önünde bulundurarak, kapsamı veya süresi açısından sınırlayabilecektir. Rekabet yasağına aykırı davranışın sonuçlarından bir tanesi de işçinin cezai şart ödemesidir. TBK m. 446/1 uyarınca, rekabet yasağına aykırı davranan işçi, işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlüdür. Bununla beraber rekabet yasağına aykırılık nedeniyle uğranılan zararın ispatı son derece güçtür. Mevcut ispat güçlüğünden dolayı taraflarca düzenlenen iş sözleşmesinde rekabet yasağına aykırı davranışa cezai şart bağlanmaktadır. TBK m. 446/2 uyarınca, "Yasağa aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmıyorsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa, işçi öngörülen miktarda ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir; ancak, işçi bu miktarda aşan zararları gidermek zorundadır". Ancak belirtmek gerekir ki, işveren, işçinin verdiği zararın sözleşmede kararlaştırılan cezai şart ile karşılanmayan bir zarar olduğunu ve işçinin kusurlu olduğunu ispatlarsa aşkın zarar talep edebilir.

Diğer yandan, işveren, cezai şart ve doğabilecek ek zararların ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışını haklı gösteriyorsa, yasağa aykırı davranışa son verilmesini de talep edebilecektir. Rekabet yasağına ilişkin sözleşmede düzenlenen cezai şartın muaccel hale gelebilmesi için, borca aykırı davranılmış olması yeterlidir. Ce-

FOOTNOTE

39 Kozak, p. 115.

40 Nuri Çelik/ Nurşen Caniklioğlu/ Talat Canbolat, İş Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, p. 300.

41 Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 300.

42 M. Polat Soyer, Rekabet Yasağı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi, Ankara, 1994, p. 43.

43 Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, p. 300.

44 Süzek, p. 383.

45 Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, p. 301.

46 Süzek, p. 385.

47 Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, p. 309.

DİPNOT

40 Nuri Çelik/ Nurşen Caniklioğlu/ Talat Canbolat, İş Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 300.

41 Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 300.

42 M. Polat Soyer, Rekabet Yasağı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi, Ankara, 1994, s. 43.

43 Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 300.

44 Süzek, s. 383.

45 Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 301.

46 Süzek, s. 385.

47 Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 309.

PART 14

a damage that is not covered by the penal clause agreed in the contract and that the employee is at fault, the employer may claim the excessive damage.

On the other hand, in addition to the penal clause and the payment of additional damages that may arise, the employer may also demand the termination of the non-competitive behavior, provided that it is expressly reserved in writing in the contract, if the importance of its interests that are violated or threatened and the behavior of the employee justify it. In order for the penal clause regulated in the non-competition agreement to become due and payable, it is sufficient to have breached the obligation. If the penal clause is excessive, the judge may automatically reduce the amount of the penal clause in accordance with Article 182 of the TCO.

Article 420 of the TCO clearly regulates that the penal clause in employment contracts will be invalid only for the employee, and the penal clause added to the contract in case the employee violates the non-competition clause constitutes an exception to this invalidity⁴⁸. Since the penal clause may be stipulated only for the employee in case of violation of the non-competition clause in employment contracts, it is usual that the penal clause is only in question for the employee, and this alone does not render the penal clause invalid⁴⁹. However, in the event that the non-competition agreement or record is invalid, the penal clause will also be invalid.

Finally, we would like to point out that pursuant to Article 13 of the Press Labor Law, non-competition agreements with journalists are invalid. There is no separate provision on non-competition in the Maritime Labor Law.

G. Reduction of Penalty Clause

Article 182 of the TCO stipulates that the parties may freely determine the amount of the penal clause, but the judge may reduce the penal clause ex officio if he deems it excessive. The judge's power to reduce the penal clause, which he deems excessive, is conditional upon the filing of a lawsuit. According to the abrogated Code of Obligations, the debate on whether the judge has the power to set off without a claim has lost its importance with the TCO. This is because the judge is no longer bound by the request

zai şartın fahiş olması halinde hâkim TBK m. 182 doğrultusunda uyarınca cezai şart tutarını kendiliğinden indirebilecektir.

TBK m. 420, iş sözleşmelerinde yalnızca çalışan açısından cezai şart düzenlenmesinin geçersiz olacağını açıkça düzenlemekte olup, işçinin rekabet yasağına aykırı davranması karşılığında sözleşmeye eklenen cezai şart bu söz konusu geçersizliğin bir istisnasını oluşturmaktadır⁴⁸. İş sözleşmelerinde rekabet yasağına aykırılık halinde cezai şart niteliği gereği sadece işçi bakımından öngörülebileceğinden, cezai şartın sadece işçi bakımından söz konusu olması olağan olup, bu durum tek başına cezai şartı geçersiz hale getirmez⁴⁹. Ancak, rekabet yasağına ilişkin sözleşmenin ya da kaydın geçersiz olması durumunda ise cezai şart da geçersiz olacaktır.

Son olarak belirtmek isteriz ki Basın İş Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca, gazetecilerle yapılacak olan rekabet yasağı sözleşmesi geçersizdir. Deniz İş Kanunu'nda ise rekabet yasağı ile ilgili herhangi ayrı bir hüküm bulunmamaktadır.

G. Cezai Şartın Tenkisi

TBK madde 182'de, tarafların cezai şartın miktarını serbestçe belirleyebilecekleri ancak hâkimin aşırı gördüğü cezai şartı re'sen indirebileceği düzenlenmiştir. Hâkimin aşırı gördüğü cezai şartı tenkis etme yetkisini kullanabilmesi, öncelikli olarak dava açılması şartına bağlıdır. Mülga BK'ya göre hâkimin talep olmadan tenkis yetkisinin olup olmadığı tartışması TBK ile önemini yitirmiştir. Zira artık hâkim bu yetkisini kullanma konusunda tarafların talebi ile bağlı olmadığı gibi re'sen karar verebilme imkanına da sahiptir⁵⁰.

of the parties in exercising this power, and has the opportunity to decide ex officio⁵⁰.

Certain conditions are stipulated for the penal clause to be set off by the judge. These conditions are the existence of a due penal clause, the existence of a valid contract containing a due penal clause, the amount of the penal clause being excessive and the debtor's failure to fulfill its obligation. Some criteria that may be taken into account in order for the penal clause to be deemed excessive may be the interests of the creditor, the degree of fault of the debtor, the amount of damage caused by the breach of obligation and the economic situation of the parties. At the same time, the claimability of the penalty clause must also continue. In some decisions of the Supreme Court, which may be considered inaccurate regarding the judge's power of compensation, a penal clause was agreed for the underpayment of the wage by the employer in a fixed-term employment contract, and while determining the amount of the penal clause to be paid to the employee for underpayment of the wage, a proportion was made according to the time the employee worked and did not work, but such an application is not included in the law and it should be said that the judge's power of compensation can only be exercised while exercising the power of reduction regarding the penal clause that the judge finds excessive⁵¹.

Cezai şartın hâkim tarafından tenkis edilmesi için belirli şartlar öngörülmüştür. Bu şartlar, muaccel bir cezai şartın bulunması, muaccel cezai şartı içeren geçerli bir sözleşme olması, cezai şartın miktarının fahiş olması, borçlunun cezai şartın indirilmesi talebinde bulunması ve borçlunun borcunu ifa etmemiş olmasıdır. Cezai şartın aşırı sayılabilmesi için dikkate alınabilecek bazı kıstaslar; alacaklının menfaatleri, borçlunun kusur derecesi, borca aykırılığın yol açtığı zarar miktarı ve tarafların ekonomik durumu olabilir. Aynı zamanda cezai şartın talep edilebilirliğinin de sürüyor olması gerekir. Hâkimin tenkis yetkisi hakkında Yargıtay'ın isabetsiz sayılabilecek bazı kararlarında, belirli süreli iş sözleşmesinde işveren tarafından ücretin az ödenmesi hali için cezai şart kararlaştırılmış ve karar verilirken işveren ücreti eksik ödemediği için işçiye ödeyeceği cezai şart miktarını belirlerken işçinin çalıştığı ve çalışmadığı süreye göre oranlama yapılmışsa da, böyle bir uygulama kanunda yer almamakta ve hâkimin tenkis yetkisinin sadece aşırı bulduğu cezai şarta dair indirim yetkisini kullanırken uygulayabileceği söylenmelidir⁵¹.



FOOTNOTE

⁴⁸ Yargıtay 9. H.D., T. 06.01.2020, E.2019/2294, K.2020/40.

⁴⁹ Ömer Ekmekçi/ Esra Yiğit, Bireysel İş Hukuku Derstleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, p. 369.

⁵⁰ Namli, p. 157.

⁵¹ Namli, p. 379-380.

DİPNOT

⁴⁸ Yargıtay 9. H.D., E. 2019/2294, K. 2020/40.

⁴⁹ Ekmekçi, Yiğit s. 369

⁵⁰ Namli, s. 157.

⁵¹ Namli, s. 379-380.

PART 14

PENAL CLAUSES IN EMPLOYMENT CONTRACTS ARE INTENDED TO PREVENT THE TERMINATION OF EMPLOYMENT CONTRACTS OF QUALIFIED WORKERS, TO ENSURE THAT THE TRAINING EXPENSES INCURRED FOR THE WORKER CAN BE CLAIMED FROM THE WORKER, AND TO ENSURE THAT THE WORKER COMPLIES WITH THE NON-COMPETITION AGREEMENT.

IV. CONCLUSION

A penal clause is an act of economic value that arises in the event that the debtor performs the obligation incompletely or not at all. Although it is established in connection with a valid obligation, it has the characteristics of an independent performance. In the event that the contractual obligation is not fulfilled at all or as required, the penal clause, which is an ancillary debt that depends on the contractual debt, becomes due and payable.

The penal clause may be agreed for all types of debt relations, and the condition for the penal clause to be agreed is that the contractual obligation is valid and the obligation has not been fulfilled when the penal clause is agreed.

Penal clauses in employment contracts are intended to prevent the termination of employment contracts of qualified workers, to ensure that the training expenses incurred for the worker can be claimed from the worker, and to ensure that the worker complies with the non-competition agreement.

In order for the penal clause to be valid, the penal clause stipulated against one of the parties in the employment contract should not be of a nature that eliminates the essence of the right of termination and the penal clause should be mutual. In addition, in order for the penal clause to be claimed by one of the parties, the conditions under which the penalty can be claimed should be clearly regulated in the contract.

The validity of penal clauses in both indefinite-term and fixed-term employment contracts depends on compliance with the "principle of reciprocity". In order for the penal clause in fixed-term employment contracts to be valid, first of all, the service contract between the employee and the employer must be a contract based on an objective reason within the framework of the Labor Law.

Article 420 of the TCO clearly regulates that the penal clause in employment contracts shall be invalid only for the employee, and the penal clause unilaterally agreed against the employee for the reimbursement of the expenses incurred by the employer for the training of the employee and the penal clause added to the contract in return for the

IV. SONUÇ

Cezai şart, borçlunun borcunu ifa ederken eksik ifa etmesi ya da hiç ifa etmemesi durumunda ortaya çıkan ve ekonomik değer taşıyan bir edimdir. Geçerli bir borca bağlı olarak kurulsun da bağımsız bir edim niteliğini haizdir. Sözleşmeden doğan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde sözleşme konusu borca bağlı olan ferî borç özelliği taşıyan cezai şart muaccel hale gelir.

Cezai şart her tür borç ilişkisi için kararlaştırılabilmekte olup, cezai şartın kararlaştırılabilmesinin koşulu sözleşmeden doğan borcun geçerli olması ve cezai şartın kararlaştırılırken borcun ifa edilmemiş olmasıdır.

İş sözleşmelerinde düzenlenen cezai şart hükümleri özellikle nitelikli işçilerin iş sözleşmelerinin feshinin önüne geçilmesini, işçi için yapılmış bulunan eğitim giderlerinin işçiden talep edilebilmesini ve işçinin rekabet yasağı sözleşmesine riayet etmesini sağlamaya yöneliktir.

Cezai şartın geçerli olabilmesi için iş sözleşmesinde taraflardan biri aleyhine öngörülen cezai şartın fesih hakkının özünü ortadan kaldıran nitelikte olmaması ve cezai şartın karşılıklı olması gerekmektedir. Ayrıca, cezai şartın taraflardan birisi tarafından talep edilebilmesi için, cezanın hangi koşullarda talep edilebileceği de sözleşmede açıkça düzenlenmelidir.

Hem belirsiz süreli iş sözleşmelerinde hem de belirli süreli iş sözleşmelerinde cezai şartla ilişkin hükümlerin geçerli olabilmesi "karşılıklılık ilkesine" uygun davranılmasına bağlıdır. Belirli süreli iş sözleşmelerinde sözleşmenin süresinden önce feshi koşuluna bağlı cezai şartın geçerli olması için, öncelikle işçi ve işveren arasındaki hizmet akdinin İş Kanunu çerçevesinde objektif sebebe dayalı bir sözleşme olması gerekir.

TBK m. 420, iş sözleşmelerinde yalnızca çalışan açısından cezai şart düzenlenmesinin geçersiz olacağını açıkça düzenlemekte olup, işçinin eğitimi için işverence yapılan giderlerin geri ödenmesine yönelik işçi aleyhine tek taraflı olarak kararlaştırılan cezai şart ve işçinin rekabet yasağı ile gizliliğe aykırı davranması karşılığında sözleşmeye eklenen cezai şart ise bu söz konusu geçerliliğin istisnasını oluşturmaktadır. Cezai

employee's non-competition and breach of confidentiality are the exceptions to this invalidity. If the penal clause is excessive, the judge may automatically reduce the amount of the penal clause in accordance with Article 182 of the TCO.

şartın fahiş olması halinde hâkim TBK m. 182 doğrultusunda uyarınca cezai şart tutarını kendiliğinden indirebilecektir.

BIBLIOGRAPHY

ALİ GÜZEL, "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Hukuki Niteliği- Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart", Çalışma ve Toplum Dergisi, V. 3, I. 73, 2022.

BARIŞ KARAKURT, İş Akdinin Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlanması ve Cezai Şart, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2019.

ERDEM ÖZDEMİR, "İş Hukukunda Eğitim Giderleri Karşılığı Öngörülen Cezai Şart", Çalışma ve Toplum Dergisi, I. 1, 2005.

EROL CANSEL/ ÇAĞLAR ÖZEL, Türk Hukuku'nda Ceza Koşulu, journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/19-E.CANSEL-Ç.-ÖZEL.pdf (Date Accessed: 30.10.2022).

FİLİZ KOZAK, "Yargıtay Kararları Işığında İş Sözleşmesinde Eğitim Giderleri Karşılığı Kararlaştırılan Cezai Şart Kayıtlarının Geçerliliği" (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kütüphanecilik Anabilim Dalı, İzmir, 2009.

GÜLSEVİL ALPAGUT, "Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri" Legal ISGHD, I. 31, 2011.

HAKAN KESER, "İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Cezai Şartlara İlişkin Bir Değerlendirme", Sicil İş Hukuku Dergisi, I. 35, 2016.

İREM YAYVAK NAMLI, İş Hukukunda Cezai Şart, 1st Edition, İstanbul 2019.

KENAN TUNÇOMAĞ, Türk Hukuku'nda Cezai Şart, İstanbul 1963.

KÜBRA DOĞAN YENİSEY, "İş Hukukunda Cezai Şart", Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2012.

M. POLAT SOYER, Rekabet Yasağı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayinevi, Ankara, 1994.

NURİ ÇELİK/ NURŞEN CANIKLIOĞLU/ TALAT CANBOLAT, İş Hukuku, Beta Yayinevi, İstanbul, 2018.

ÖMER EKMEKÇİ, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri", Sicil İş Hukuku Dergisi, I. 13, 2009.

ÖMER EKMEKÇİ/ ESRA YİĞİT, Bireysel İş Hukuku Dersleri, On İki Levha Yayinevi, İstanbul 2021.

SARPER SÜZEK, İş Hukuku, 22nd Edition, İstanbul 2020.

TALAT CANBOLAT, "Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart", İş ve Hayat, V. 3, I. 5, 2017.

KAYNAKÇA

ALİ GÜZEL, "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Hukuki Niteliği- Haksız Feshe Bağlı Tazminat ve Cezai Şart", Çalışma ve Toplum Dergisi, C. 3, S. 73, 2022.

BARIŞ KARAKURT, İş Akdinin Fesih Hakkının Sözleşmelerle Sınırlanması ve Cezai Şart, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2019.

ERDEM ÖZDEMİR, "İş Hukukunda Eğitim Giderleri Karşılığı Öngörülen Cezai Şart", Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 1, 2005.

EROL CANSEL/ ÇAĞLAR ÖZEL, Türk Hukuku'nda Ceza Koşulu, journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/19-E.CANSEL-Ç.-ÖZEL.pdf (Erişim Tarihi: 30.10.2022).

FİLİZ KOZAK, "Yargıtay Kararları Işığında İş Sözleşmesinde Eğitim Giderleri Karşılığı Kararlaştırılan Cezai Şart Kayıtlarının Geçerliliği" (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kütüphanecilik Anabilim Dalı, İzmir, 2009.

GÜLSEVİL ALPAGUT, "Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri" Legal ISGHD, S. 31, 2011.

HAKAN KESER, "İş Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Cezai Şartlara İlişkin Bir Değerlendirme", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 35, 2016.

İREM YAYVAK NAMLI, İş Hukukunda Cezai Şart, 1. Baskı, İstanbul 2019.

KENAN TUNÇOMAĞ, Türk Hukuku'nda Cezai Şart, İstanbul 1963.

KÜBRA DOĞAN YENİSEY, "İş Hukukunda Cezai Şart", Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2012.

M. POLAT SOYER, Rekabet Yasağı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayinevi, Ankara, 1994.

NURİ ÇELİK/ NURŞEN CANIKLIOĞLU/ TALAT CANBOLAT, İş Hukuku, Beta Yayinevi, İstanbul, 2018.

ÖMER EKMEKÇİ, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İş Sözleşmesine İlişkin Belli Başlı Hükümleri", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 13, 2009.

ÖMER EKMEKÇİ/ ESRA YİĞİT, Bireysel İş Hukuku Dersleri, On İki Levha Yayinevi, İstanbul 2021.

SARPER SÜZEK, İş Hukuku, 22. Baskı, İstanbul 2020.

TALAT CANBOLAT, "Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart", İş ve Hayat, C. 3, S. 5, 2017.

İŞ SÖZLEŞMELERİNDE DÜZENLENEN CEZAI ŞART HÜKÜMLERİ ÖZELLİKLE NİTELİKLİ İŞÇİLERİN İŞ SÖZLEŞMELERİNİN FESHİNİN ÖNÜNE GEÇİLMESİNİ, İŞÇİ İÇİN YAPILMIŞ BULANAN EĞİTİM GİDERLERİNİN İŞÇİDEN TALEP EDİLEBİLMESİNİ VE İŞÇİNİN REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNE RİAYET ETMESİNİ SAĞLAMAYA YÖNELİKTİR.

TERMINATION AND RE-LEASE PROHIBITION OF LESSOR/NEW OWNER IN RESIDENTIAL AND ROOFED WORKPLACE LEASES DUE TO SPECIAL NEEDS OR RECONSTRUCTION AND ZONING

KONUT VE ÇATILI İŞYERİ KİRALARINDA KİRAYA VERENİN/ YENİ MALİKİN İHTİYACI YAHUT YENİDEN İNŞA VE İMAR NEDENİYLE SÖZLEŞMENİN FESHİ VE YENİDEN KİRAYA VERME YASAĞI

MİHRİ CEREN AKTAN
YUNUS EMRE BAŞ

ABSTRACT

The reasons for the termination of the lease agreements regarding the residence and/or roofed workplace rental by the lessor and the evacuation of the residence and/or roofed workplace that is the subject of the lease agreement are considered within the scope of the limited number principle in the Turkish Code of Obligations No. 6098 ("TCO"). One of the situations in which the lease agreements regarding the residential and/or roofed workplace rental can be terminated by the lessor is the "requirement, reconstruction and zoning" listed in Article 350 of the TCO, while the other is the "requirement of the new owner" listed in Article 351 of the TCO. In the event that all of the conditions listed in Article 350 of the TCO are fulfilled, the lessor, in the event that all of the conditions listed in Article 351 of the TCO are fulfilled, the new owner who acquires the leased property subject to the lease agreement may request the termination of the lease agreement and the eviction of the leased property with an eviction lawsuit to be filed by the court.



KEYWORDS

LEASE AGREEMENT, LESSEE, LESSOR, NEW OWNER, REQUIREMENT, RECONSTRUCTION AND ZONING, PROHIBITION OF RE-HIRE, INDEMNITY.

ÖZET

Konut ve/ veya çatılı işyeri kirasına ilişkin kira sözleşmelerinin kiraya veren tarafından feshine ve kira sözleşmesinin konusunu oluşturan konut ve/ veya çatılı işyerinin tahliyesine ilişkin sebepler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ("**TBK**") sınırlı sayı ilkesi kapsamında sayılmaktadır. Konut ve/ veya çatılı işyeri kirasına ilişkin kira sözleşmelerinin kiraya veren tarafından feshedebileceği hallerden biri TBK m. 350'de sayılan "gereksinim, yeniden inşa ve imar" iken bir diğeri ise TBK m. 351'de sayılan "yeni malikin gereksinimi"dir. TBK m. 350'de sayılan koşulların tümünün gerçekleşmesi halinde kiraya veren, TBK m. 351'de sayılan koşulların tümünün gerçekleşmesi halinde ise kira sözleşmesine konu kiralananı iktisap eden yeni malik, açacağı bir tahliye davası ile kira sözleşmesinin feshine ve kiralananın tahliyesine mahkeme tarafından karar verilmesini talep edebilir.



ANAHTAR KELİMELER

KİRA SÖZLEŞMESİ, KİRACI, KİRAYA VEREN, YENİ MALİK, GEREKSİNİM, YENİDEN İNŞA VE İMAR, YENİDEN KİRALAMA YASAĞI, TAZMİNAT.

PART 15

In the event that all of the conditions listed in Article 350 of the TCO are fulfilled, the lessor, in the event that all of the conditions listed in Article 351 of the TCO are fulfilled, the new owner who acquires the leased property subject to the lease agreement may request the termination of the lease agreement and the eviction of the leased property with an eviction lawsuit to be filed by the court.

TBK m. 350'de sayılan koşulların tümünün gerçekleşmesi halinde kiraya veren, TBK m. 351'de sayılan koşulların tümünün gerçekleşmesi halinde ise kira sözleşmesine konu kiralananı iktisap eden yeni malik, açacağı bir tahliye davası ile kira sözleşmesinin feshine ve kiralananın tahliyesine mahkeme tarafından karar verilmesini talep edebilir.

I. INTRODUCTION

Paragraph 1 of Article 350 of the TCO stipulates that "If there is an obligation to use the rented property for himself, his wife, subordinate, supersouse or other persons whom he is obliged by law, due to the need for housing or workplace,... In certain term contracts, at the end of the period, it can be terminated within one month starting from the date to be determined in compliance with the termination period and the periods stipulated for the notice of termination in accordance with the general provisions on rent in indefinite term contracts." Accordingly, the lessor has the opportunity to file an eviction lawsuit against the lessee if he/she and/or his/her relatives listed in Paragraph 1 of Article 350 of the TCO (his/her spouse, subordinate family, senior family or dependents as required by law) need the leased property as a residence or workplace. Accordingly, in the eviction case to be filed by the lessor, the court will evaluate whether its requirement is genuine and sincere.

Pursuant to paragraph 2 of Article 350 of the TCO, "If the lease needs to be repaired, expanded or replaced for the purpose of reconstruction or zoning, and the use of the lease is impossible during these works,... In certain term contracts, at the end of the period, it can

I. GİRİŞ

TBK m. 350/1 "Kiraya veren, kira sözleşmesini; kiralananı kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakımına yükümlü olduğu diğer kişiler için konut ya da işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğu varsa... belirli süreli sözleşmelerde sürenin sonunda, belirsiz süreli sözleşmelerde kiraya ilişkin genel hükümlere göre fesih dönemine ve fesih bildirimini için öngörülen sürelerle uyularak belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içinde açacağı dava ile sona erdirebilir." şeklinde düzenlenmektedir. Buna göre kiraya veren, kendisinin ve/veya TBK m. 350/1'de sayılan yakınlarının (eşinin, altsoyunun, üstsoyunun veya kanun gereği bakımına yükümlü olduğu kişilerin) kiralananı konut veya işyeri olarak gereksinim duyması durumunda kiracıya karşı tahliye davası açma imkanına sahiptir. Bu doğrultuda kiraya veren tarafından açılacak tahliye davasında mahkeme, gereksiniminin gerçek ve samimi olup olmadığını değerlendirecektir.

TBK m. 350/2 uyarınca ise "Kiraya veren, kira sözleşmesini; kiralananın yeniden inşası veya imarı amacıyla esaslı onarımı, genişletilmesi ya da değiştirilmesi gerekli ve bu işler sırasında kiralananın kullanımı imkânsız ise... belirli süreli sözleşmelerde sürenin sonunda, belirsiz süreli sözleşmelerde kiraya ilişkin ge-



be terminated within one month starting from the date to be determined in compliance with the termination period and the periods stipulated for the notice of termination in accordance with the general provisions on rent in indefinite term contracts". Accordingly, the lessor has the opportunity to file an eviction lawsuit against the lessee in cases where it is necessary to substantially repair, expand or replace the leased property and it is impossible to use the leased property during this period. "If the leased property changes hands for any reason after the conclusion of the contract, the new owner becomes a party to the lease contract." according to Paragraph 1 of Article 310 of the TCO, the new owner who acquires the leased property will become a party to the lease agreement upon the acquisition of the leased property, and the new owner who acquires the leased property will have the opportunity to file an eviction lawsuit against the lessee based on paragraph 2 of Article 350 of the TCO.

Finally, pursuant to Article 351 of the TCO, "If the person who subsequently acquires the leased property has an obligation to use it for himself, his spouse, his descendants, or other persons whom he is obliged to look after due to housing or workplace needs, may terminate the lease with a lawsuit to be filed after six months, provided that the lessee is notified in writing within one month from the date

nel hükümlere göre fesih dönemine ve fesih bildirimini için öngörülen sürelerle uyularak belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içinde açacağı dava ile sona erdirebilir". Buna göre kiraya veren, kiralananın esaslı onarımı, genişletilmesi ya da değiştirilmesi gerekli olduğu ve bu süre zarfında kiralananın kullanımının imkânsız olduğu durumlarda, kiracıya karşı tahliye davası açma imkanına sahiptir. "Sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur." hükmünü havi TBK m. 310/1 uyarınca kiralananı iktisap eden yeni malik, kiralananın iktisap edilmesi ile birlikte kira sözleşmesinin tarafı haline geleceğinden, kiralananı iktisap eden yeni malik de TBK m. 350/2'e dayanarak kiracıya karşı tahliye davası açma imkanına sahip olacaktır.

Son olarak, TBK m. 351 uyarınca "Kiralananı sonradan edinen kişi, onu kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakımına yükümlü olduğu diğer kişiler için konut veya işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğu varsa, edinme tarihinden başlayarak bir ay içinde durumu kiracıya yazılı olarak bildirmek koşuluyla, kira sözleşmesini altı ay sonra açacağı bir davayla sona erdirebilir. Kiralananı sonradan edinen kişi, dilerse gereksinim sebebiyle sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını, sözleşme süresinin bitiminden başlayarak bir ay içinde açacağı dava yoluyla

PART 15

of acquisition. The person who acquires the leased property can use the right to terminate the contract due to the need, if he wishes, by opening a case within a month starting from the end of the contract period.”. Unlike Article 350 of the TCO, the person who can request the termination of the lease agreement and the evacuation of the leased property under Article 351 of the TCO is the owner who subsequently acquires the leased property. The new owner has the opportunity to file an eviction lawsuit against the lessee if he/she and/or his/her relatives listed in paragraph 1 of Article 351 of the TCO (his/her spouse, subordinate family, senior family or dependents as required by law) need the leased property as a residence or workplace.

In summary, in cases where a lease agreement related to the lease of immovable property is desired to be terminated due to the requirement of (i) the lessor or the relatives listed in Paragraph 1 of Article 350 of the TCO, the TCO will find application areas in paragraph 1 of Article 350 of the TCO; (ii) in cases where it is desired to be terminated due to the requirement of the new owner or the relatives listed in paragraph 1 of Article 351 of the TCO, the TCO will find application areas in Article 351; (iii) in cases where the lease is desired to be terminated due to the necessity of reconstruction and/or zoning, Article 350/2, 3 of the TCO will be applicable regardless of whether the reconstruction and zoning is requested by the lessor or the new owner who later acquires the leased property.

da kullanılabilir”. TBK m. 350’den farklı olarak TBK m. 351 tahtında kira sözleşmesinin feshini ve kiralananın tahliyesini talep edebilecek kişi, kiralananı sonradan edinen maliktir. Yeni malik, kendisinin ve/veya TBK m. 351/1’de sayılan yakınlarının (eşinin, altsoyunun, üstsoyunun veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu kişilerin) kiralananı konut veya işyeri olarak gereksinim duyması durumunda kiracıya karşı tahliye davası açma imkanına sahiptir.

Özetle, taşınmaz kirasına ilişkin bir kira sözleşmesinin; (i) kiraya verenin yahut TBK m. 350/1’de sayılan yakınlarının gereksinimi nedeniyle feshedilmek istendiği durumlarda TBK m. 350/1; (ii) kiralananı sonradan iktisap eden yeni malikin yahut TBK m. 351/1’de sayılan yakınlarının gereksinimi nedeniyle feshedilmek istendiği durumlarda TBK m. 351; (iii) kiralananın yeniden inşa ve/veya imarının gerekli olması nedeniyle feshedilmek istendiği durumlarda ise, yeniden inşa ve imarın kiraya veren tarafından mı yoksa kiralananı sonradan iktisap eden yeni malik tarafından mı talep edildiğinden bağımsız olarak TBK m. 350/2, 3 uygulama alanı bulacaktır.



FOOTNOTE

1 İbrahim Gül, “Yeniden Kiralama Yasağına Aykırılık Nedeniyle Tazminat ve Hukuki Niteliği”, Yeditepe University Faculty of Law Journal, Volume 18, Issue 2, 2021, p. 940.

2 Gül, p. 941; Yargıtay 3. H.D., T. 27.03.2019, E. 2019/1642, K. 2019/2625. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>)

3 Ercan Akyiğit, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kira Sözleşmesi, Ankara 2012, p. 177.

4 Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Volume 1/2, 4. Edition, İstanbul 2008, p. 256.

5 Yargıtay 6. H.D., T. 09.05.1994, E. 1994/5031, K. 1994/5276. (<https://www.lexpera.com.tr/>).

II. REASONS ARISING FROM THE LESSOR

A. Need of Lessor and/or New Owner

Pursuant to paragraph 1 of Article 350 of the TCO, the lessor may request the termination of the lease agreement and the eviction of the leased property with an eviction lawsuit to be filed by him/ her, if he/ she, his/ her spouse, his/ her descendants, or other persons he/she is obliged to look after needs housing and/or workplace. The lessor cannot request evacuation for the requirement of his relatives other than those listed¹. Pursuant to paragraph 1 of Article 351 of the TCO, if the new owner acquires the leased property afterwards, if the relatives listed in paragraph 1 of Article 351 of the TCO need to use the leased property as a residence and/or workplace, provided that they notify the lessee in writing within one month from date of acquisition of the leased property, they have been given the opportunity to terminate the lease agreement and request the eviction of the leased property through an eviction lawsuit to be filed six months after the date of acquisition².

1. Conditions

a. Finding the Need for Housing and/ or Roofed Workplace

The basic condition sought under paragraph 1 of Article 350 and paragraph 1 of Article 351 of the TCO is the emergence of the need for the lessor/new owner or the lessor’s relatives/ relatives of the new owner (spouse, descendants or dependents under the law) to use the leased property personally. In short, housing or workplace needs of the lessor/new owner or his/ her related relatives should arise³. Even if the contract to be terminated is related to the housing rent, it is sufficient to terminate the contract if the lessor/new owner or their relatives need it to be used as a workplace⁴. No doubt the opposite is also true. According to a decision made by the Supreme Court in 1994⁵, it was emphasized that the fact that the leased property is registered as a residence in the land registry will not change the result. Although the Turkish Code of Obligations was not in force at the time of the said decision, the Law of

II. KİRAYA VERENDEN KAYNAKLANAN SEBEP- LER

A. Kiraya Veren ve/ veya Yeni Malikin İhtiyacı

TBK m. 350/1 uyarınca kiraya veren, kendisinin, eşinin, altsoyunun, üstsoyunun veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişilerin konut ve/ veya işyeri ihtiyacı varsa, açacağı bir tahliye davası ile kira sözleşmesinin sona erdirilmesini ve kiralananın tahliyesini talep edebilir. Kiraya veren, sayılanlar dışındaki yakınlarının gereksinimi için tahliye isteminde bulunamaz¹. TBK m. 351/1 uyarınca kiralananı sonradan iktisap eden yeni malike ise, TBK m. 351/1’de sayılan yakınlarının kiralananı konut ve/ veya işyeri olarak kullanılmak üzere gereksinim duyması halinde, kiralananı iktisap ettiği tarihten başlayarak bir ay içinde durumu kiracıya yazılı olarak bildirmek koşuluyla, kiralananın iktisap edildiği tarihten altı ay sonra açacağı bir tahliye davası yoluyla kira sözleşmesinin sona erdirilmesini ve kiralananın tahliyesini talep etme imkânı tanınmıştır².

1. Şartları

a. Konut ve/ veya Çatılı İşyeri İhtiyacının Bulunması

TBK m. 350/1, m. 351/1 tahtında aranan temel şart, kiraya verenin/ yeni malikin veya kiraya verenin/ yeni malikin TBK’da sayılan yakınlarının (eş, altsoy, üstsoy veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu kişiler), kiralananı şahsen kullanma ihtiyacının ortaya çıkmasıdır. Kısacası, kiraya verenin/ yeni malikin veya ilgili yakınlarının konut veya işyeri ihtiyacı doğmalıdır³. Sona erdirilmek istenen sözleşme konut kirasına ilişkin olsa dahi, kiraya verenin/ yeni malikin veya ilgili yakınlarının kiralananı işyeri olarak kullanılmak üzere ihtiyaçlarının olması, sözleşmenin sona erdirilmesi noktasında yeterlidir⁴. Hiç şüphesizdir ki tam tersi de geçerlidir. Yargıtay’ın 1994 yılında verdiği bir karara⁵ göre, kiralananın tapuda konut olarak kayıtlı olmasının sonucu değiştirmeyeceği vurgulanmıştır. Her ne kadar söz konusu kararın verildiği tarihte TBK yürürlükte olmayıp 818 sayılı Borçlar Kanunu ve 6570 sayılı Gayri-

DİPNOT

1 İbrahim Gül, “Yeniden Kiralama Yasağına Aykırılık Nedeniyle Tazminat ve Hukuki Niteliği”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 2, 2021, s. 940.

2 Gül, s. 941; Yargıtay 3. H.D., T. 27.03.2019, E. 2019/1642, K. 2019/2625. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

3 Ercan Akyiğit, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kira Sözleşmesi, Ankara 2012, s. 177.

4 Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 1/2, 4. Baskı, İstanbul 2008, s. 256.

5 Yargıtay 6. H.D., T. 09.05.1994, E. 1994/5031, K. 1994/5276. (<https://www.lexpera.com.tr/>).

PART 15

FOOTNOTE

6 Murat İnceoğlu, Kira Hukuku: Volume 2, 1st Edition, İstanbul 2014, p. 341.

7 Yargıtay 6. H.D., T. 26.12.1995, E. 1995/12579, K. 1995/12612. (https://www.hukukturk.com/yargitay-kararlari).

8 Yargıtay 6. H.D., T. 15.10.1987, E. 1987/7540, K. 1987/9858. (https://www.hukukturk.com/juditay-decisions).

9 Haluk Burcuoğlu, Yargıtay Kararları Işığında 6570 sayılı Yasaya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, İstanbul 1993, p. 357.

10 Tandoğan, p. 248; Mustafa Alper Gümüş, Yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, 2. Edition, İstanbul 2012, p. 343.

11 Yargıtay 6. H.D., T. 22.03.2007, E. 2007/1360, K. 2007/3234 (https://www.lexpera.com.tr/); Yargıtay 6. H.D., T. 20.05.1996, E. 1996/1476, K. 1996/4814. (https://www.lexpera.com.tr/).

12 Yargıtay 6. H.D., T. 15.04.1986, E. 1986/3867, K. 1986/5321. (https://www.lexpera.com.tr/).

13 Yargıtay 6. H.D., T. 16.11.1989, E. 1989/15558, K. 1989/17758. (https://www.hukukturk.com/yargitay-kararlari).

14 Yargıtay 6. H.D., T. 25.09.2003, M. 2003/6287, K. 2003/6402. (https://www.hukukturk.com/yargitay-kararlari).

15 Yargıtay 6. H.D., T. 08.02.1990, E. 1990/1242, K. 1990/1549. (https://www.lexpera.com.tr/).

16 Yargıtay 6. H.D., T. 07.04.2011, E. 2011/753, K. 2011/4422. (https://www.lexpera.com.tr/).

Obligations numbered 818 and the Law on Real Estate Leases numbered 6570 were in effect, similar to paragraph 2 of Article 351 of the TCO, Article 7(b), 7(c) of the Law on Real Estate Leases numbered 6570 stipulates that if the lessor himself or his spouse or children need to use the leased property as a residence or to perform a profession or art personally, an eviction lawsuit can be filed against the lessee. According to İnceoğlu, it is not possible to accept that a place that is a residence and registered as a residence in the title deed cannot be sued due to the need for housing just because it is rented as a workplace⁶.

In order for the landlord/ new owner to file an eviction lawsuit due to necessity, it is first necessary to have a need to use the real estate in question as a residential and/ or roofed workplace. For example, if the lessor/ new owner lives in another rented property, a presumption for the presence of housing needs may occur⁷. The fact that the lessor/ new owner is under the threat of evacuation is not necessary for the need to use it. It would not be appropriate to agree with the decision of the Supreme Court⁸ that the housing needs of a person who is not threatened with eviction are not real and sincere.

The fact that the lessor/ new owner has to stay with others may also indicate the existence of this need⁹. The fact that the child, grandchild or one of the relatives of the lessor/ new owner living with him/ her getting married is undoubtedly a sign of the need. Even if there is no marriage, it is considered sufficient for an adult to want to go to the residence and live on their own¹⁰. The Supreme Court also has decisions that a person, who¹¹ is an adult, cannot be forced to live with his/ her family members. In some decisions¹², of the Supreme Court, it is investigated whether the adult individual has the economic power to meet the housing costs. However, it is possible that the lessor/ new owner has the economic power to cover the costs of both residences. Therefore, it would not be appropriate to look at the economic power of the adult individual. In a decision¹³ of Supreme Court, it was not accepted as a need for the immature child to go to another residence within the same provincial boundaries just to study.

Examples of reasons for needing the leased property can be the leased property is close to the hospital where a sick person is treat-

menkul Kiraları Hakkında Kanun uygulanmaktaydıysa da TBK m. 351/2'ye benzer şekilde 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun m. 7(b), 7(c)'de, kiraya verenin kendisinin veya eşinin veya çocuklarının, kiralanan gayrimenkulü mesken olarak yahut bir meslek veya sanatı bizzat icra etmesi için kullanma ihtiyacı olması durumunda kiracıya karşı tahliye davası açılabilmesi düzenlenmektedir. İnceoğlu'na göre konut niteliğinde olan ve tapuda konut olarak kayıtlı olan bir yerin sırf işyeri olarak kiralandığı için konut ihtiyacı sebebiyle dava açılmayacağı kabul etmek mümkün görülmemektedir⁶.

Kiraya verenin/ yeni malikin gereksinim sebebiyle tahliye davası açması için ilk olarak söz konusu taşınmazı konut ve/ veya çatılı işyeri olarak kullanma yönünde bir ihtiyacının olması gereklidir. Örneğin kiraya veren/ yeni malik, başka bir taşınmazda kirada oturuyorsa konut ihtiyacı varlığına yönelik karine oluşabilecektir⁷. Kiraya verenin/ yeni malikin tahliye tehdidi altında olması, kullanma ihtiyacı için gerekli değildir. Tahliye tehdidinde olmayan birinin konut ihtiyacının gerçek ve samimi olmadığı yönündeki Yargıtay kararı⁸ katılmak yerinde olmayacaktır.

Kiraya verenin/ yeni malikin başkalarının yanında kalacak zorunda olması da bu ihtiyacın varlığını gösterebilir⁹. Kiraya verenin/ yeni malikin kendisiyle birlikte yaşayan çocuğunun, torununun veyahut kanunda sayılan yakınlarından birinin evlenecek olması da hiç şüphesiz ihtiyacın varlığına işarettir. Evlilik söz konusu olmasa dahi ergin kimsenin kendi başına konuta çıkmak istemesi bile yeterli kabul edilmektedir¹⁰. Yargıtay'ın da ergin olan bir kimsenin aile bireyleri ile oturmaya zorlanamayacağı yönünde kararları¹¹ mevcuttur. Yargıtay, bazı kararlarında¹² ergin bireyin konut masraflarını karşılayacak ekonomik güçte olup olmadığını araştırmaktadır. Fakat kiraya verenin/ yeni malikin iki konutun da masraflarını karşılayacak ekonomik güce sahip olması mümkündür. Dolayısıyla ergin bireyin ekonomik gücüne bakılması yerinde olmayacaktır. Yargıtay bir kararında¹³ ergin olmamış çocuğun sırf ders çalışmak için aynı il sınırları içinde başka konuta çıkmasını bir ihtiyaç olarak kabul etmemiştir.

Kiralananın hasta bir kimsenin tedavisinin gerçekleştiği hastaneye yakın olması¹⁴, sağlığına daha uygun bir yer olması¹⁵, apartmanda asansör bulunması, kiraya verenin/ yeni malikin veya ilgili yakınlarının kiralananına

ed¹⁴, is a more suitable place for his/ her health¹⁵, there being an elevator in the apartment, or the lessor/ new owner or his/ her related relatives need the leased property. It can also be considered in this context that the lessor/ new owner, who cannot fit into the current workplace, needs the leased property to grow his/ her business¹⁶.

b. The Need is Real and Sincere

As accepted by the established case-law of Supreme Court, the housing and/ or workplace needs of the persons listed in the provisions of paragraph 1 of Article 350 and paragraph 1 of Article 351 of the TCO must be real, sincere and mandatory also the plaintiff must prove this issue. The expression of "obligation to use" in the provisions of paragraph 1 of Article 350 and paragraph 1 of Article 351 of the TCO is in accordance with the rule of honesty. In cases where the lessor/ new owner requests eviction for the purpose of increasing the rent, disturbing the lessee, getting rid of the lessee, selling the house and/ or workplace more easily (in terms of the lessor), it will be accepted that there is no real need and the claim of need does not reflect the truth.

The circumstances of the concrete event are expected to show that the need is sincere. In addition to the fact that the need is real, sincere and necessary, the need in question should be continuous. Accordingly, the need that is not continuous, a temporary need, reason for evacuation not being able to be made, and the need that has not yet arisen or that depends on a long period of time cannot be accepted as the reason for evacuation. For example, situations such as putting the immovable property on sale and renting it to someone else show that the need is not real, sincere and mandatory. Moreover, as explained more in detail below, "prohibition of re-leasing" will be applicable when leasing an immovable to third parties within three years of the date of eviction. In this sense, whether the need is sincere or not will be examined by the judge in each concrete case. When determining this situation, the judge should take into account the social, economic, cultural, professional and health status of the lessor/ new owner and his/ her related relatives.

Although a real, sincere, compulsory and continuous need is absolutely necessary,

ihtiyacı duymasındaki sebeplere örnek gösterilebilir. Halihazırdaki işyerine sığamayan kiraya verenin/ yeni malikin, işlerini büyütmek için kiralanan ihtiyacı duyması da bu kapsamda değerlendirilebilir¹⁶.

b. İhtiyacın Gerçek ve Samimi Olması

Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında kabul edildiği üzere, TBK m. 350/1, m. 351/1 hükümlerinde sayılan kişilerin konut ve/ veya işyeri gereksiniminin gerçek, samimi ve zorunlu olması ve bu hususu davacının ispatlaması gerekir. TBK m. 350/1, m. 351/1 hükümlerinde yer alan "kullanma zorunluluğu" ifadesi, dürüstlük kuralının gereğidir. Kiraya verenin/ yeni malikin kira bedelini artırmak, kiracıyı huzursuz etmek, kiracıdan kurtulmak, konutu ve/ veya işyerini daha rahat satabilmek (kiraya veren açısından) gibi maksatlarla tahliye isteminde bulunduğu hallerde, esasen gerçek bir gereksiniminin bulunmadığı ve ihtiyaç iddiasının da gerçeği yansıtmadığı kabul edilecektir.

Somut olayın koşullarının ihtiyacın samimi olduğunu göstermesi beklenir. İhtiyacın gerçek, samimi ve zorunlu olmasına ek olarak, söz konusu ihtiyaç devamlı olmalıdır. Buna göre, devamlılık arz etmeyen, geçici ihtiyaç, tahliye nedeni yapılamayacağı gibi henüz doğmamış veya gerçekleşmesi uzun bir süreye bağlı olan ihtiyaç da tahliye sebebi olarak kabul edilemez. Örnek olarak, ihtiyaç nedeniyle tahliye istenen taşınmazın satışa çıkarılması, başkasına kiraya verilmesi gibi durumlar ihtiyacın gerçek, samimi ve zorunlu olmadığını gösterir. Kaldı ki ihtiyaç nedeniyle tahliye edilen bir taşınmazın, tahliye tarihinden itibaren üç yıllık süre zarfında üçüncü kişilere kiraya verilmesi noktasında aşağıda detaylıca açıklandığı üzere "yeniden kiraya verme yasağı" gündeme gelecektir. Bu anlamda ihtiyacın samimi olup olmadığı her bir somut olayda hakim tarafından incelenecektir. Hakim bu durumu tespit ederken kiraya verenin/ yeni malikin ve ilgili yakınlarının sosyal, ekonomik, kültürel, mesleki ve sağlık durumlarını dikkate almalıdır.

Mutlaka gerçek, samimi, zorunlu ve devamlı bir ihtiyaç gerekli ise de söz konusu ihtiyacın yorumlanmasında Yargıtay, kiralananın niteliğine (konut veya işyeri) göre değerlendirmede bulunmaktadır. Kiralananın kiraya

DİPNOT

6 Murat İnceoğlu, Kira Hukuku: Cilt 2, 1. Baskı, İstanbul 2014, s. 341.

7 Yargıtay 6. H.D., T. 26.12.1995, E. 1995/12579, K. 1995/12612. (https://www.hukukturk.com/yargitay-kararlari).

8 Yargıtay 6. H.D., T. 15.10.1987, E. 1987/7540, K. 1987/9858. (https://www.hukukturk.com/yargitay-kararlari).

9 Haluk Burcuoğlu, Yargıtay Kararları Işığında 6570 sayılı Yasaya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, İstanbul 1993, s. 357.

10 Tandoğan, s. 248; Mustafa Alper Gümüş, Yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 343.

11 Yargıtay 6. H.D., T. 22.03.2007, E. 2007/1360, K. 2007/3234 (https://www.lexpera.com.tr/); Yargıtay 6. H.D., T. 20.05.1996, E. 1996/1476, K. 1996/4814. (https://www.lexpera.com.tr/).

12 Yargıtay 6. H.D., T. 15.04.1986, E. 1986/3867, K. 1986/5321. (https://www.lexpera.com.tr/).

13 Yargıtay 6. H.D., T. 16.11.1989, E. 1989/15558, K. 1989/17758. (https://www.hukukturk.com/yargitay-kararlari).

14 Yargıtay 6. H.D., T. 25.09.2003, E. 2003/6287, K. 2003/6402. (https://www.hukukturk.com/yargitay-kararlari).

15 Yargıtay 6. H.D., T. 08.02.1990, E. 1990/1242, K. 1990/1549. (https://www.lexpera.com.tr/).

16 Yargıtay 6. H.D., T. 07.04.2011, E. 2011/753, K. 2011/4422. (https://www.lexpera.com.tr/).

PART 15

Supreme Court evaluates the interpretation of this need according to the nature of the leased property (housing or workplace). For the evacuation of the leased property by the lessor/ new owner or related relatives due to the workplace requirement, the leased property must be superior to the work to be done and at least still be equivalent to the place of work. If there is equivalence, the right to property should be given supremacy. The existence of one of these situations is sufficient for the acceptance of the need. Although it has not been claimed that the leased property is superior to the place where the work is currently carried out by the lessor/ new owner or his/ her related relatives, since this issue is also included in the claim of need, this issue should be determined by the court through an expert expert. In cases where the evacuation of the leased property is requested due to the housing requirement, if the new owner/ lessor or his/ her related relatives are under the threat of evacuation from their current place of residence, the plaintiff requesting the termination of the contract and the evacuation of the leased property must assert and prove the existence of the threat of evacuation; the presence of the threat of evacuation is not automatically taken into consideration by the court unless the plaintiff is asserted by the lessor/ new owner.

The "need for housing and/or roofed workplace", which forms the basis of the eviction case, should continue until the eviction case is concluded.

2. Effect of Annotation

As previously stated, the new owner who subsequently acquires the leased property shall have the right to terminate the lease agreement based on Article 351 of the TCO, claiming that he/she, his/ her spouse, subordinate family, senior family or other persons he/ she is obliged to depend on by law are obliged to use the leased property due to the need for housing or workplace. However, the exception to this is the annotation of the lease agreement to the land registry of the leased property. In accordance with Article 312 of the TCO, "In immovable leases, an annotation of the lessee's right to tenancy to the land registry can be agreed with the contract" the annotation of the lease agreement regarding the immovable rental to the land registry of the immovable property strengthens the effect of the lessee's relative tenancy right. Strengthening the effect

veren/ yeni malik veya ilgili yakınları tarafından işyeri gereksinimi nedeniyle tahliyesi için, kiralananın, yapılacak iş için daha üstün nitelikte olması, en azından halen iş yapılan yerle eşdeğer nitelikte bulunması gerekir. Eşdeğerlik durumu varsa mülkiyet hakkına üstünlük tanınmalıdır. Bu gibi hallerden birisinin varlığı, ihtiyacın kabulü için yeterlidir. Kiralananın kiraya veren/ yeni malik veya ilgili yakınları tarafından halihazırda iş yapılan yerden üstün nitelikte olduğu ileri sürülmemiş olsa bile ihtiyaç iddiasının içinde bu husus da mevcut olduğundan mahkemece uzman bilirkişi aracılığıyla keşif yapılarak bu hususun belirlenmesi gerekir. Kiralananın konut gereksinimi nedeniyle tahliyesinin talep edildiği durumlarda ise, yeni malik/ kiraya veren veya ilgili yakınları, halihazırda ikamet ettikleri yerden tahliye tehdidi altında iseler bu durumda sözleşmenin feshini ve kiralananın tahliyesini talep eden davacı kiraya verenin/ yeni malikin, tahliye tehdidinin varlığını ileri sürmeli ve ispatlamalıdır; tahliye tehdidinin varlığı, davacı kiraya veren/ yeni malik tarafından ileri sürülmedikçe mahkeme tarafından kendiliğinden nazara alınmaz.

Tahliye davasının temelini oluşturan "konut ve/ veya çatılı işyeri ihtiyacı", tahliye davası neticeleninceye kadar devam etmelidir.

2. Şerhin Etkisi

Daha evvel belirtildiği üzere, kiralanayı sonradan iktisap eden yeni malik, TBK m. 351'den hareketle kendisinin, eşinin, altsoyunun, üstsoyunun veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişilerin kiralanayı konut veya işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğunun bulunduğunu ileri sürerek kira sözleşmesini sona erdirmeye hakkına sahip olacaktır. Ancak bu durumun istisnasını kira sözleşmesinin kiralananın tapu siciline şerh edilmesi teşkil etmektedir. "Taşınmaz kiralalarında, sözleşmeyle kiracının kiracılık hakkının tapu siciline şerhi kararlaştırılabilir." düzenlemesini havi TBK m. 312 uyarınca taşınmaz kiralalarına ilişkin kira sözleşmelerinin taşınmazın tapu siciline şerh edilmesi birlikte kiracının nispi nitelikteki kiracılık hakkının etkisi güçlendiril-

of a relative right means that it can also be asserted against third parties other than the person concerned. As a matter of fact, this issue is stated in paragraph 2 of Article 1009 of the Turkish Civil Code No. 4721 ("TCC") as follows: "It can be put forward against the owners of the rights subsequently acquired on that immovable by giving an annotation." Accordingly, the new owner, who subsequently acquires the leased property, is in a position to know that the leased property is being used by a third party on the basis of a lease contract as of the date of the acquisition, since the lease agreement has been annotated in the land registry, they will not be able to terminate the lease agreement by claiming that they or their relatives, who are listed in TCO article 351 and paragraph 1 of TCO article 350, have an obligation to use the leased property due to their housing or workplace needs, they will not be able to get the tenant to evict the leased property, and will have to bear with the tenant's continued use of the leased property.

However, since the new owner who subsequently acquires the leased property will become a party to the lease agreement upon the acquisition of the leased property in accordance with Article 310 of the TCO, he/ she may terminate the lease agreement based on paragraph 1 of Article 350 of the TCO due to the requirement of himself/ herself or his/ her relatives listed in paragraph 1 of Article 350 of the TCO. In summary, the main function of the annotation made to the land registry is to prevent the lawsuits to be filed pursuant to Article 351 of the TCO by the new owner who subsequently acquires the leased property. Although the new owner who acquired the

miş olur. Nispi bir hakkın etkisinin güçlendirilmesi, o hakkın ilgilisi dışında kalan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebileceği anlamına gelir. Nitekim bu husus, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ("TMK") m. 1009/2'de; "şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir." şeklinde ifade edilmektedir. Buna göre kiralanayı sonradan iktisap eden yeni malik, kira sözleşmesinin kiralananın tapu siciline şerh edilmiş olması dolayısıyla kiralananın iktisap tarihi itibarıyla üçüncü bir kişi tarafından kira sözleşmesine dayalı olarak kullanıldığını bilebilecek durumda olduğundan, TBK m. 351'den hareketle kendisinin veya TBK m. 350/1'de sayılan yakınlarının kiralanayı konut veya işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğunun bulunduğunu ileri sürerek kira sözleşmesini sona erdiremeyecek, kiracının kiralanayı tahliye etmesini sağlayamayacak ve kiracının kiralanayı kullanmaya devam etmesine katlanmak zorunda kalacaktır.

Şu kadar ki, kiralanayı sonradan iktisap eden yeni malik, TBK m. 310 uyarınca kiralananın iktisap edilmesi ile birlikte kira sözleşmesinin tarafı haline geleceğinden, TBK m. 350/1'e dayanarak kira sözleşmesini, kendisinin veya TBK m. 350/1'de sayılan yakınlarının gereksinimi sebebiyle feshedebilecektir. Özetle, tapu siciline yapılan şerhin asıl işlevi, kiralanayı sonradan iktisap eden yeni malik tarafından TBK m. 351 uyarınca açılacak davaların önüne geçmesidir. Kiralanayı sonradan iktisap eden yeni malikin TBK m. 350/1'e dayanarak dava açma hakkı saklı olmakla birlikte, bu hakkını TBK m. 350/3'te belirtilen süreler içerisinde kullanması gerekir.



PART 15

leased property later reserves the right to file a lawsuit based on paragraph 1 of Article 350 of the TCO, he/ she must use this right within the periods specified in paragraph 3 of Article 350 of the TCO.

B. Reconstruction and Zoning

It is normal for the real estate to wear out over the years and require reconstruction and substantial repair. In some cases, it is not possible to carry out this construction and substantial repair while the lessee is in the property. Pursuant to paragraph 2 of Article 350 of the TCO, if it is necessary to repair, expand or replace the leased property for the purpose of reconstruction or zoning, the right to terminate the lease agreement is granted if it becomes impossible for the lessee to use the leased property during these procedures.

The repair, extension or replacement to be made for the purpose of zoning must be essential.

İmar amacıyla yapılacak onarımın, genişletmenin ya da değiştirmenin esaslı olması gerekmektedir.

Although the reconstruction or zoning of the leased property is not specified as a reason for termination or evacuation in Article 351 of the TCO, which regulates the termination of the leased property due to the requirement of the new owner and the evacuation of the leased property based on this reason, this does not mean that the new owner cannot terminate the lease contract due to the reconstruction or zoning of the leased property. As previously stated, the new owner acquiring the leased property becomes a party to the lease agreement upon the acquisition of the leased property in accordance with Article 310 of the TCO. Accordingly, the new owner acquiring the leased property will be able to use the "right to terminate the lease contract due to the reconstruction or zoning of the leased property" granted to the lessor in ac-

B. Yeniden İnşa ve İmar

Taşınmazın yıllar içinde eskikip yeniden inşa ve esaslı onarımı gerektirmesi olağandır. Bu inşa ve esaslı onarımın taşınmaz içerisinde kiracı varken yapılması bazı hallerde mümkün olmamaktadır. TBK m. 350/2 uyarınca kiraya veren, kiralananın yeniden inşası veya imarı amacıyla esaslı onarımı, genişletilmesi ya da değiştirilmesi gerekli ise bu işlemler sırasında kiralananın kiracı tarafından kullanılması imkânsız hale gelmekte ise, kira sözleşmesini sona erdirebilme hakkı tanınmıştır.

Her ne kadar kira sözleşmesinin yeni malikin gereksinimi nedeniyle feshini ve kiralananın bu sebebe dayalı olarak tahliyesini düzenleyen TBK m. 351'de kiralananın yeniden inşası veya imarı bir fesih ve tahliye sebebi olarak belirtilmemişse de bu durum yeni malikin kiralananın yeniden inşası veya imarı sebebiyle kira sözleşmesini feshedemeyeceği anlamına gelmemektedir. Daha evvel belirtildiği üzere, kiralananı iktisap eden yeni malik, TBK m. 310 uyarınca kiralananın iktisap edilmesi ile birlikte kira sözleşmesinin tarafı haline gelir. Buna bağlı olarak kiralananı iktisap eden yeni malik, TBK m. 350/2 uyarınca kiraya verene tanınan "kiralananın yeniden inşa veya imarı nedeniyle kira sözleşmesini fesih hakkını" kullanabilecektir. Esasen TBK m. 350/1 ve m. 351, gereksinim sebebiyle tahliye noktasında birbi-

cordance with paragraph 2 of Article 350 of the TCO. In fact, paragraph 1 of Article 350 and Article 351 of the TCO differ from each other at the point of evacuation due to the requirement. As a matter of fact, in accordance with paragraph 3 of Article 350 of the TCO, the lessor may use the right of termination due to the requirement with a lawsuit to be filed within one month starting from the date to be determined by complying with the termination period and the periods stipulated for the termination notification in accordance with the general provisions regarding the lease at the end of the period in fixed-term contracts and in indefinite-term contracts; In accordance with Article 351 of the TCO, the new owner who acquires the leased property may use this right (the right of termination due to the requirement) with a lawsuit to be filed after six months, provided that he notifies the lessee in writing within one month starting from the date of acquisition of the leased property, and if he wishes, with a lawsuit to be filed within one month starting from the expiry of the contract period.

The first condition sought for the termination of the lease agreement in this way is the purpose of reconstruction or zoning. In paragraph 2 of Article 350 of the TCO, the "purpose of reconstruction" is to demolish and reconstruct the immovable. If reconstruction is on the agenda, the zoning purpose will not be sought, because the zoning purpose is possible on an existing building¹⁷. "Zoning purpose" refers to improving the leased property's value and usefulness¹⁸. Examples for zoning purpose can be, if a building must be rebuilt due to the expiration of its useful life or a legal requirement such as urban redevelopment, possible reconstruction is the addition of an elevator¹⁹, building an indoor parking lot, adding a new floor to the attic²⁰, and reinforcing the wooden ceiling.

The repair, extension or replacement to be made for the purpose of zoning must be essential. In paragraph 2 of Article 350 of the TCO, this issue is stated as "the impossibility of using the rented property during these works". In this context, paragraph 2 of 350 of the TCO shall not apply to non-essential, simple repairs, extensions or replacements. Although it is not mandatory, repairs or changes to increase the income provided are not considered for zoning purposes in accordance with the well-established case law of Supreme Court and the relevant provision, and the request for evacuation is rejected²¹.

rinden ayrılmaktadır. Nitekim TBK m. 350/3 uyarınca kiraya veren, gereksinim nedeniyle fesih hakkını belirli süreli sözleşmelerde sürenin sonunda, belirsiz süreli sözleşmelerde kiraya ilişkin genel hükümlere göre fesih dönemine ve fesih bildirimini için öngörülen sürelerle uyularak belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içinde açacağı dava ile kullanabilecek iken; TBK m. 351 uyarınca kiralananı iktisap eden yeni malik, bu hakkını (gereksinim nedeniyle fesih hakkını) dilerse kiralananı iktisap ettiği tarihten başlayarak bir ay içinde durumu kiracıya yazılı olarak bildirmek koşuluyla altı ay sonra açacağı bir davayla, dilerse de sözleşme süresinin bitiminden başlayarak bir ay içinde açacağı dava yoluyla kullanabilecektir.

Kira sözleşmesinin bu şekilde sona erdirilebilmesi için aranan ilk şart yeniden inşa veya imar amacıdır. TBK m. 350/2'de "yeniden inşa amacı" ile kast edilen, taşınmazın yıkılarak yeniden yapılmasıdır. Yeniden inşa gündeme gelirse imar amacı aranmayacaktır, çünkü imar amacı mevcut bir bina üzerinde mümkün olmaktadır¹⁷. "İmar amacı" ile kastedilen ise kiralanan taşınmazın daha kullanışlı, iyi bir hale sokulmasıdır¹⁸. Örnek vermek gerekir ise; kullanma ömrünün sona ermesi veya kentsel dönüşüm gibi yasal zorunluluk halinde taşınmazın yeniden inşası gerekirken, taşınmaza asansör eklenmesi¹⁹, kapalı otopark inşa edilmesi, çatı katına yeni kat ilavesi²⁰, ahşap tavanın betonarme hale getirmesi gibi hallerde ise imar amacı mevcuttur.

İmar amacıyla yapılacak onarımın, genişletmenin ya da değiştirmenin esaslı olması gerekmektedir. TBK m. 350/2'de bu husus, "bu işler sırasında kiralananın kullanımının imkânsız olması" şeklinde belirtilmiştir. Bu bağlamda, esaslı olmayan, basit onarım, genişletme veya değiştirmelerde TBK m. 350/2 uygulama alanı bulmayacaktır. Zorunluluk olmadığı halde sırf sağlanan geliri artırmak amaçlı onarım veya değişiklikler Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatları ve ilgili hüküm gereğince imar amaçlı sayılmamakta ve tahliye talebi ise reddedilmektedir²¹. Bu bağlamda Yargıtay, asıl amacın gelir artırma olup olmadığını incelemekte ve sırf gelir artırıcı amacı yeterli kabul etmemektedir²².

Kiraya verenin TBK m. 350/2 tahtındaki hakkını da TBK m. 350/1 tahtındaki hakkına benzer şekilde dava yoluyla kullanması gerekmektedir.

DİPNOT

17 Ömer Çınar, "Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanuna Göre Yeniden İnşa ve İmar Sebebiyle Tahliye", Ali Güzel 'e Armağan, Volume II, İstanbul 2010, p. 1359.

18 Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, İstanbul 2012, s. 284.

19 Tandoğan, s. 279.

20 Tandoğan, s. 279.

21 Cevdet Yavuz/ Faruk Acar/ Burak Özen, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 12. Baskı, İstanbul 2013, s. 335.

22 Yargıtay 6. H.D., T. 18.02.2015, E. 2015/547, K. 2015/1556. (https://www.lexpera.com.tr/).

FOOTNOTE

17 Ömer Çınar, "Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanuna Göre Yeniden İnşa ve İmar Sebebiyle Tahliye", Ali Güzel 'e Armağan, Volume II, İstanbul 2010, p. 1359.

18 Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, 9. Edition, İstanbul 2012, p. 284.

19 Tandoğan, p. 279.

20 Tandoğan, p. 279.

21 Cevdet Yavuz/ Faruk Acar/ Burak Özen, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 12. Edition, İstanbul 2013, p. 335.

PART 15

In this context, Supreme Court examines whether the main purpose is to increase income and does not accept the income-increasing purpose as sufficient²².

The lessor is required to exercise its right under paragraph 2 of Article 350 of the TCO through litigation similar to its right under paragraph 1 of Article 350 of the TCO.

III. EVICTION CASE

A. In Terms of the Eviction Case to be Filed under Article 350 of the TCO

The lessor is required to use the right of termination regulated in Article 350 of the TCO through litigation, and when the said lawsuit, called eviction lawsuit, will be filed differs in cases where the lease period is decided and not decided in the lease contract concluded between the lessor and the lessee²³. Accordingly, the said lawsuit should be filed within one month from the end of this period if (i) the lease agreement is for a fixed term; (ii) if the lease agreement is for an indefinite term, within one month from the date to be determined by complying with the termination period and the periods stipulated for the termination notification in the general provisions regarding the lease, that is, for the end of the six-month lease period in accordance with Article 329 of the TCO, within one month from the notification of termination to be made by complying with the three-month termination notice period. However, Article 353 of the TCO stipulates that “*If the lessor has notified the lessee in writing that he will file a lawsuit within the period stipulated for the filing of the lawsuit at the latest, the period of filing a lawsuit is deemed to be extended for one rental year*”. According to the aforementioned regulation, the period in which the lessor can use the right to file a lawsuit if the lessor notifies the lessee that the lawsuit will be filed within the period of filing the lawsuit shall be deemed to have been extended “until the end of the new lease year”. The period for filing a lawsuit is related to public order and must be taken into account by the court itself, even if the defendant does not claim it.

The above-mentioned filing periods also apply to the evacuation of the leased property due to reconstruction and zoning. However, in practice, a “temporary evacuation” deci-

III. TAHLİYE DAVASI

A. TBK m. 350 Tahtında Açılacak Tahliye Davası Açısından

Kiraya verenin TBK m. 350 hükmünde düzenlenen fesih hakkını mutlaka dava yolu ile kullanması gerekmekte olup, tahliye davası olarak adlandırılan söz konusu davanın ne zaman açılacağı, kiraya veren ile kiracı arasında akdedilen kira sözleşmesinde kira süresinin kararlaştırıldığı ve kararlaştırılmadığı durumlarda farklılık arz etmektedir²³. Buna göre, söz konusu dava, (i) kira sözleşmesi belirli süreli ise, bu sürenin sonundan itibaren bir ay içerisinde; (ii) kira sözleşmesi belirsiz süreli ise, kiraya ilişkin genel hükümlerdeki fesih dönemi ve fesih bildirim için öngörülen sürelerle uyularak belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içerisinde, yani TBK m. 329 uyarınca altı aylık kira döneminin sonu için, üç aylık fesih bildirim süresine uyularak yapılacak fesih bildiriminden itibaren bir ay içerisinde açılmalıdır. Şu kadar ki, TBK m. 353 “*Kiraya veren, en geç davanın açılması için öngörülen sürede dava açacağını kiracıya yazılı olarak bildirmişse, dava açma süresi bir kira yılı için uzamış sayılır.*” şeklinde düzenlenmekte olup, anılan düzenleme uyarınca, kiraya verenin, dava açma süresi içerisinde dava açılacağına kiracıya bildirilmesi durumunda kiraya verenin dava açma hakkını kullanabileceği süre, “yeni kira yılının sonuna kadar” olacak şekilde uzamış sayılır. Dava açma süresi kamu düzenine ilişkin olup, davalı ileri sürmese bile mahkemece kendiliğinden göz önünde bulundurulması gerekir.

Yukarıda açıklanan dava açma süreleri kiralananın, yeniden inşa ve imar sebebiyle tahliyesinde de geçerlidir. Fakat uygulamada, onarım, değişiklik veya yenilemenin sözleşmenin feshini gerektirecek boyutlarda olmasına rağmen onarım sırasında taşınmaz içinde oturma imkânı bulunmadığı takdirde “geçici tahliye” kararı verilebilmektedir²⁴.

sion can be made if there is no opportunity to sit in the immovable during the repair although the repair, modification or renewal is not in the dimensions that require the termination of the contract²⁴. In order for a temporary evacuation decision to be made, the repair, modification or renewal (modification) of the leased property must be mandatory.

Termination of the lease agreement pursuant to the Article 350 of the TCO may find application in case of substantial modification. Since the reasons such as painting the immovable and changing the parquets are momental, these require a temporary evacuation decision²⁵. In case of temporary evacuation, the rental contract does not end²⁶. If no change is made within the period stipulated in the court decision, the lessee may request that it be delivered to him²⁷. If the immovable is rented to someone else during this period, the lessee who is a party to the rental contract will be satisfied with the claim for compensation.

Pursuant to Article 350 of the TCO, the right to terminate the lease agreement is granted to the lessor, not to the owner of the leased property. Accordingly, it is not required for the lessor to be the owner, and it is accepted that he/ she may be the beneficial owner or sublessee²⁸. In practice, one of the situations that create disputes is that the lessor and the owner are different persons. An opinion in the doctrine argues that the landlord, who does not have the title of lessor, cannot file an eviction lawsuit due to the need because of the explicit mention of the lessor in the provision of the law²⁹. The prevailing opinion in the doctrine is that the owner who does not have the title of lessor can also rely on the provision of Article 350 of the TCO³⁰. According to İnceoğlu, in such disputes, the relationship between the lessor and the owner should be examined³¹. In cases where the lessor is not the owner of the leased property, the lease agreement shall not bind the owner if the owner does not have the consent to the lease of the leased property by the lessor or the lessor does not have any right at the point of leasing the leased property. In such a case, the owner may request the eviction of the lessee who unfairly uses the leased property even if he does not need the leased property; however, in such a case, the basis of the eviction case is not the lease contract but the direct property right³². If the landlord has granted the right to rent the leased property to third parties in accordance with the

Geçici tahliye kararı verilebilmesi için kiralananda yapılacak onarım, değişiklik veya yenilemenin (tadilatın) zorunlu olması gerekir.

Kira sözleşmesinin TBK m. 350 uyarınca sona ermesi, esaslı tadilat halinde uygulama alanı bulabilecektir. Taşınmaza boya yapılması, parkelerin değişmesi gibi nedenler kısa süreli olduğundan geçici tahliye kararı verilmesi gerekecektir²⁵. Geçici tahliye halinde kira sözleşmesi sona ermemektedir²⁶. Mahkeme kararında öngörülen süre içerisinde değişiklik yapılmazsa kiracı kendisine teslimini isteyebilmektedir²⁷. Bu sürede taşınmaz başkasına kiraya verilirse kira sözleşmesinin tarafı olan kiracı tazminat talebiyle yetinecektir.

TBK m. 350 uyarınca kira sözleşmesini sona erdirmeye hakkı kiralanın taşınmazın malikine değil, kiraya verene tanınmıştır. Buna göre, kiraya verenin mutlaka malik olması aranmamakta, intifa hakkı sahibi veyahut alt kiracı da olabileceği kabul edilmektedir²⁸. Uygulamada özellikle uyumsuzluk yaratan durumlardan birisi kiraya veren ve malikin farklı kişiler olmasıdır. Doktrindeki bir görüş, kanun hükmünde açıkça kiraya verenden bahsedilmesi sebebiyle kiraya veren sıfatını haiz olmayan malikin ihtiyaç sebebiyle tahliye davası açamayacağını savunmaktadır²⁹. Doktrindeki hakim görüş, kiraya veren sıfatını haiz olmayan malikin de TBK m. 350 hükmüne dayanabileceği yönündedir³⁰. İnceoğlu’na göre ise bu tarz uyumsuzluklarda kiraya veren ve malik arasındaki ilişkiye bakılmalıdır³¹. Kiraya verenin kiralanın taşınmazın maliki olmadığı hallerde malikin, kiralanın taşınmazın kiraya veren tarafından kiraya verilmesine ilişkin rızası yoksa veyahut kiraya verenin kiralanın taşınmazı kiraya verme noktasında herhangi bir hakkı bulunmuyorsa kira sözleşmesi maliki bağlamayacaktır. Böyle bir durumda malik, kiralanın taşınmaza ihtiyacı olmasa dahi kiralanın haksız şekilde kullanan kiracının tahliyesini isteyebilir; ancak böyle bir durumda tahliye davasının temelini kira sözleşmesi değil doğrudan mülkiyet hakkı oluşturur³². Malik, kiraya veren (asıl kiracı) ile akdettiği kira sözleşmesi uyarınca kiralanın taşınmazı üçüncü kişilere kiralama hakkı tanıdıysa, kiraya verene (asıl kiracıya) karşı kendi ihtiyacı nedeniyle TBK m. 350/1 tahtında tahliye davası açabilecektir. Malik ile kiraya veren (asıl kiracı) arasında akdedilen kira sözleşmesinin sona ermesi, kiraya veren (asıl) kiracı ile kiracı (alt kiracı) arasında akdedilen kira sözleşmesinin de kendiliğinden sona ermesine neden olacaktır³³.

FOOTNOTE

22 Yargıtay 6. H.D., T. 18.02.2015, E. 2015/647, K. 2015/1556. (https://www.lexpera.com.tr/).

23 Yargıtay 6. H.D., T. 31.03.2016, E. 2016/1972, K. 2016/2584. (https://www.lexpera.com.tr/).

24 Yargıtay HGK, T. 24.09.2003, E. 2003/6-497, K. 2003/507. (https://www.hukukturk.com/judicial-decisions).

25 Yargıtay 6. H.D., T. 25.01.2010, E. 2010/9889, K. 2010/491. (https://www.lexpera.com.tr/).

26 Yargıtay HGK, T. 25.10.1989, E. 1989/6-362, K. 1989/551. (https://www.lexpera.com.tr/).

27 İnceoğlu, s. 418.

28 Tandoğan, s. 242; Gümüş, s. 344.

29 Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 215; Murat Doğan, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Ankara 2011, s. 75.

30 Ahmet Cemal Ruhi, Yeni Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Kira Hukuku, Volume 1, Ankara 2011, s. 889.

31 İnceoğlu, s. 368.

32 İnceoğlu, s. 368.

DİPNOT

23 Yargıtay 6. H.D., T. 31.03.2016, E. 2016/1972, K. 2016/2584. (https://www.lexpera.com.tr/).

24 Yargıtay HGK, T. 24.09.2003, E. 2003/6-497, K. 2003/507. (https://www.hukukturk.com/yargitay-karar-lari).

25 Yargıtay 6. H.D., T. 25.01.2010, E. 2010/9889, K. 2010/491. (https://www.lexpera.com.tr/).

26 Yargıtay HGK, T. 25.10.1989, E. 1989/6-362, K. 1989/551. (https://www.lexpera.com.tr/).

27 İnceoğlu, s. 418.

28 Tandoğan, s. 242; Gümüş, s. 344.

29 Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 215; Murat Doğan, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Ankara 2011, s. 75.

30 Ahmet Cemal Ruhi, Yeni Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Kira Hukuku, Cilt 1, Ankara 2011, s. 889.

31 İnceoğlu, s. 368.

32 İnceoğlu, s. 368.

33 İnceoğlu, s. 368.

PART 15

lease agreement concluded with the lessor (principal lessee), the landlord may file an eviction lawsuit to the principal lessee under Article 350/1 of the TCO due to its own needs. The termination of the lease agreement concluded between the landlord and the lessor (original lessee) will also result in the automatic termination of the lease agreement concluded between the lessor (original) lessee and the lessee (sublessee)³³.

If the leased property is subject to shared ownership, it is a problem by whom the evacuation case will be filed for whose need rather than by whom it will be filed. It is clear that even if the required share and stakeholder majority is provided at the point of filing the eviction lawsuit, no single stakeholder can use the immovable. In this respect, it is accepted that the need is not real and sincere in the eviction case filed by a single stakeholder unless the stakeholders are unanimous³⁴. In cases where joint ownership is in question, unanimity is sought for the filing of an evacuation case. In the case of unanimity, the consent of other owners is accepted in the case filed by a single stakeholder and the need is considered to be real and sincere.

B. In Terms of the Eviction Case to be Filed under Article 351 of the TCO

Pursuant to Article 351 of the TCO, the new owner who acquires the leased property may terminate the lease agreement and evacuate the leased property in accordance with Article 351 of the TCO in case it is needed to be used as a residence and/or workplace for the leased property or for the relatives (new owner, spouse, descendants, senior citizens or other persons who are legally obliged to depend) listed in Article 351 of the TCO. The above-mentioned issues regarding the conditions of evacuation of the leased property due to the housing and/or workplace requirement of the lessor or his/ her related relatives under paragraph 1 of Article 350 of the TCO also apply to the evacuation of the leased property by the new owner under Article 351 of the TCO. Similar to Article 350 of the TCO, the new owner must also exercise his right arising from Article 351 of the TCO through litigation.

Pursuant to Article 351 of the TCO, in order for the new owner to file an eviction lawsuit against the lessee, he/ she must first notify the lessee in writing that he/ she has

Kiralananın paylı mülkiyete konu olması halinde tahliye davasının kim(ler) tarafından açılacağından ziyade kimin ihtiyacı için açılacağı sorun teşkil etmektedir. Tahliye davasının açılması noktasında gerekli pay ve paydaş çoğunluğu sağlansa dahi tek bir paydaşın taşınmazı kullanamayacağı bellidir. Bu itibarla, paydaşların oybirliği sağlanmadığı sürece tek bir paydaş tarafından açılan tahliye davasında ihtiyacın gerçek ve samimi olmadığı kabul edilmektedir³⁴. Elbirliği ile mülkiyetin söz konusu olduğu hallerde tahliye davasının açılması için oybirliği aranır. Oybirliğinin olması halinde tek bir paydaşın açtığı davada diğer maliklerin rızasının varlığı kabul edilir ve ihtiyacın gerçek ve samimi olduğu kabul edilir.

B. TBK m. 351 Tahtında Açılacak Tahliye Davası Açısından

TBK m. 351 uyarınca, kiralananı iktisap eden yeni malik, kendisi veya TBK m. 351’de sayılan yakınları için (yeni malikin, eşinin, altsoyunun, üstsoyunun veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişilerin) kiralananı konut ve/ veya işyeri olarak kullanılmak üzere gereksinim duyulması halinde TBK m. 351’e uygun olarak kira sözleşmesinin feshini ve kiralananın tahliyesini sağlayabilir. Kiralananın, kiraya veren veya ilgili yakınlarının konut ve/ veya işyeri gereksinimi sebebiyle TBK m. 350/1 tahtında tahliye ettirilmesinin koşullarına ilişkin yukarıda belirtilen hususlar, kiralananın yeni malik tarafından TBK m. 351 tahtında tahliye ettirilmesi için de geçerlidir. Yine TBK m. 350’ye benzer şekilde, yeni malikin, TBK m. 351’den doğan hakkını da dava yoluyla kullanması gerekir.

Yeni malikin TBK m. 351 uyarınca kiracıya karşı tahliye davası açabilmesi için öncelikle kiralananın iktisap ettiği tarihten itibaren bir ay içerisinde kiralananı iktisap ettiğini ve kendisinin veya ilgili yakınlarının kiralananı konut ve/ veya çatılı işyeri olarak kullanılmak üzere ihtiyacı olduğunu kiracıya yazılı olarak

acquired the leased property within one month from the date of acquisition of the leased property and that he/ she or his/ her related relatives need the leased property to be used as a residence and/ or roofed workplace. In fact, in many decisions of Supreme Court, sending the notification in question within one month from the date of acquisition was not considered sufficient, and it was stated that the notification should have reached the lessee within this period. In the event that the new owner makes a written notification to the lessee with the conditions listed in this paragraph, he/ she will be able to terminate the lease agreement and evacuate the leased property with the eviction lawsuit to be filed against the lessee at the earliest six months after the acquisition date. Unless the new owner gives a written notice to the lessee within one month, he/ she is deemed to have undertaken the contract under the same conditions and cannot file an eviction lawsuit based on this reason. However, even if the new owner has not made a written notification to the lessee within one month from the date of acquisition, he/ she may also use the right to terminate the contract due to necessity by means of a lawsuit to be filed within one month starting from the end of the contract period.

There are different opinions in the doctrine in terms of the time when the eviction lawsuit to be filed by the new owner in accordance with paragraph 1 of Article 351 of the TCO will be filed.

The views in the doctrine are as follows;

(a) the eviction case must be filed within one month after the expiry of a period of six months from the acquisition of the leased property³⁵,

(b) Since the new owner has notified the leased property within one month from the date of acquisition and the leased property has to be waited for six months from the date of acquisition, the TCO regarding the extension of the duration of the case must be applied through Article 353 analogy and an eviction case must be filed at any time from the end of the six-month waiting period. However, eviction cases filed long after the six-month period expires are dismissed because the requirement is not sincere³⁶.

bildirmesi gerekir. Hatta Yargıtay’ın pek çok kararında söz konusu bildirim iktisap tarihinden itibaren bir ay içerisinde gönderilmesi tek başına yeterli görülmemiş, bildirim bu süre içerisinde kiracıya ulaşmış olması gerektiği belirtilmiştir. Yeni malikin kiracıya bu paragrafta sayılan koşulları haiz yazılı bir bildirimde bulunması halinde iktisap tarihinden en erken altı ay sonra kiracı aleyhine açacağı tahliye davası ile kira sözleşmesinin feshini ve kiralananın tahliye edilmesini sağlayabilecektir. Yeni malik, bir ay içerisinde kiracıya yazılı bir bildirimde bulunmadığı takdirde sözleşmeyi aynı koşullarla üstlenmiş sayılır ve bu sebebe dayanarak tahliye davası açamaz. Şu kadar ki, yeni malik, iktisap tarihinden itibaren bir ay içerisinde kiracıya yazılı bir bildirimde bulunmamış olsa dahi dilerse sözleşmeyi ihtiyaç sebebiyle sona erdirmeye hakkını, sözleşme süresinin bitiminden başlayarak bir ay içerisinde açacağı dava yoluyla da kullanabilir.

Yeni malik tarafından TBK m. 351/1 uyarınca açılacak tahliye davasının açılacağı süre bakımından doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Doktrindeki görüşler şu şekildedir;

(a) tahliye davasının, kiralananın iktisap edilmesinin üzerinden altı aylık süre geçtikten sonra bir ay içerisinde açılması gerekir³⁵,

(b) yeni malik tarafından kiralananın iktisap edildiği tarihten itibaren bir ay içerisinde bildirimde bulunulduğundan ve zorunlu olarak kiralananın iktisap tarihinden itibaren altı ay beklendiğinden, dava süresinin uzamasına ilişkin TBK m. 353 kıyas yoluyla uygulanmalı ve altı aylık bekleme süresinin bitiminden itibaren herhangi bir zamanda tahliye davası açılmalıdır. Ancak, altı aylık sürenin dolmasından çok sonra açılan tahliye davaları, gereksinimin samimi olmaması nedeniyle reddedilmektedir³⁶.

Yargıtay’a göre ise tahliye davası, kiralananın iktisap edildiği tarihte başlayacak altı aylık bekleme süresinin bitiminden itibaren eski malik ile kiracı arasında imzalanan kira sözleşmesinin sonuna kadar geçecek süre zarfında açılabilir³⁷.

TBK m. 350’den farklı olarak TBK m. 351 kapsamında açılacak tahliye davasının davacısı, kiralananı sonradan iktisap eden ve dolayısıyla kira sözleşmesinin tarafı haline gelen

FOOTNOTE

33 İnceoğlu, p. 368.

34 Arpacı, p. 215.

35 Mustafa Alper Gümüş, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler: Volume I, 3. Edition, İstanbul 2013, p. 355

36 Murat Aydoğdu/ Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 2. Edition, Ankara 2014, p. 681.

DİPNOT

34 Arpacı, s. 215

35 Mustafa Alper Gümüş, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler: Cilt I, 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 355.

36 Murat Aydoğdu/ Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 681.

37 Yargıtay 6. H.D., T.02.05.2016, E. 2015/10452, K. 2016/3567. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

PART 15

According to Supreme Court, the eviction case can be filed within the period from the end of the six-month waiting period that will start on the date of acquisition of the leased property until the end of the lease agreement signed between the former owner and the lessee³⁷.

Unlike Article 350 of the TCO, the plaintiff of the eviction lawsuit to be filed within the scope of Article 351 of the TCO is the new owner who subsequently acquires the leased property and thus becomes a party to the lease agreement. Because it is possible for someone else to acquire the right of ownership over the leased property after the establishment of the lease agreement. The new owner who gains the ownership right of the leased property shall become a party to the lease agreement in accordance with Article 310 of the TCO. Therefore, if he/ she or his/ her related relatives need the rented property for use as a residence and/or workplace, the new owner may file an eviction lawsuit "due to necessity" under Article 351 of the TCO. We repeat our explanations in the last paragraph of the section titled "In Terms of Eviction Lawsuit to be Filed under Article 350 of the TCO" above in terms of the possibility that the rented immovable is the subject of shared ownership or joint ownership.

IV. PROHIBITION OF RE-LEASING

The prohibition of re-lease is an accepted regulation for cases where the termination of the lease agreement and the evacuation of the leased property are provided in accordance with Article 350 or Article 351 of the TCO. In other words, if the termination of the lease agreement and the evacuation of the leased property are provided in accordance with Article 350 or Article 351 of the TCO, the lessor will not be able to rent the leased property to third parties for three years from the date of evacuation. The aforementioned regulation will be applied if the immovable subject to the residential and/ or roofed workplace lease contract is rented to a third party during the three-year prohibition period, and if the immovable is sold to a third party by the lessor, the lessor will not be obliged to pay any compensation to the former lessee under Article 355 of the TCO.

In order for the prohibition of re-lease to be in question, the termination of the lease agreement regarding the residential and/ or

yeni maliktir. Zira kira sözleşmesinin kurulmasından sonra kiralanan üzerindeki mülkiyet hakkını başkasının kazanması mümkündür. Kiralanan taşınmazın mülkiyet hakkını kazanan yeni malik, TBK m. 310 gereği kira sözleşmesinin de tarafı hale gelecektir. Dolayısıyla kendisinin veya ilgili yakınlarının kiralanan taşınmaza konut ve/ veya işyeri olarak kullanmak üzere gereksinim duyması halinde yeni malik, TBK m. 351 tahtında "gereksinim nedeniyle" tahliye davası açabilecektir. Kiralanan taşınmazın paylı mülkiyete yahut elbirligi ile mülkiyete konu olması ihtimali açısından, yukarıdaki "TBK m. 350 Tahtında Açılacak Tahliye Davası Açısından" başlıklı kısmın son paragrafındaki açıklamalarımızı tekrarlarız.

IV. YENİDEN KİRALAMA YASAĞI

Yeniden kiralama yasağı, kira sözleşmesinin feshinin ve kiralananın tahliyesinin TBK m. 350 yahut m. 351 uyarınca sağlandığı durumları için kabul edilen bir düzenlemedir. Bir başka deyişle, kira sözleşmesinin feshi ve kiralananın tahliyesi TBK m. 350 yahut m. 351 uyarınca sağlanmış ise, kiraya veren, tahliye tarihinden itibaren üç sene boyunca kiralananı üçüncü kişilere kiraya veremeyecektir. Söz konusu düzenleme, konut ve/ veya çatılı işyeri kira sözleşmesine konu taşınmazın üç senelik yasak süresi boyunca üçüncü bir kişiye kiraya verilmesi halinde uygulama alanı bulacak olup, taşınmazın kiraya veren tarafından üçüncü bir kişiye satılması halinde kiraya veren, eski kiracısına TBK m. 355 tahtında herhangi bir tazminat ödemekle yükümlü olmayacaktır.

Yeniden kiralama yasağının söz konusu olabilmesi için, konut ve/ veya çatılı işyerine ilişkin kira sözleşmesinin feshinin ve kiralananın tahliyesinin TBK m. 350 yahut m. 351 uyarınca sağlanması gereklidir. Bu itibarla,

roofed workplace and the evacuation of the leased property must be provided in accordance with Article 350 or Article 351 of the TCO. In this respect, every reason for termination regarding the residential and/ or roofed workplace does not cause the prohibition of re-lease³⁸.

In the event that the immovable property subject to the residential and/ or roofed workplace rental contract is evacuated by the lessor for the purpose of reconstruction or zoning of the leased property, the lessee has the priority right to rent the reconstructed and zoned property with its new condition and new rental price as per paragraph 2 of Article 355 of the TCO. This right must be exercised by the lessee within one month following the written notification to be made by the lessor. If the lessee does not exercise his/her right of priority within this one-month period and/or declares that he/ she will not exercise this right before the expiry of the period, the landlord's prohibition of re-lease under paragraph 1 of Article 355 of the TCO will expire even if the three-year period has not been completed.

The prohibition of re-lease refers to the fact that if the immovable property has been evacuated by the landlord due to the need for reconstruction and zoning, and by the new owner only due to the need, then the immovable property subject to the residential and/ or roofed workplace lease agreement cannot be leased from the lessee to another person until three years have passed without a justified reason. The sanction for the violation of the prohibition of re-lease is specified in paragraph 3 of Article 355 of the TCO. Ac-

konut ve/ veya çatılı işyeri ilişkin her sona erme nedeni, yeniden kiralama yasağına neden olmaz³⁸.

Konut ve/ veya çatılı işyeri kira sözleşmesine konu taşınmazın, kiraya veren tarafından kiralananın yeniden inşası veya imarı amacıyla tahliye ettirilmesi durumunda kiracının, TBK m. 355/2 tahtında, yeniden inşaa ve imarı gerçekleştirilen taşınmazı yeni durumu ve yeni kira bedeli ile kiralama konusunda öncelik hakkı vardır. Bu hakkın, kiracı tarafından kiraya verenin yapacağı yazılı bildirim izleyen bir ay içinde kullanılması gerekir. Kiracının öncelik hakkını işbu bir aylık süre içinde kullanmaması ve/ veya sürenin sona ermesinden önce bu hakkı kullanmayacağını beyan etmesi halinde, kiraya verenin TBK m. 355/1 kapsamındaki yeniden kiraya verme yasağı, üç senelik süre dolmamış olsa dahi sona erecektir.

Yeniden kiralama yasağı, konut ve/ veya çatılı işyeri kira sözleşmesine konu taşınmazın, kiraya veren tarafından gereksinim veya yeniden inşaa ve imar sebebiyle, yeni malik tarafından ise yalnızca gereksinim sebebiyle tahliye ettirilmiş olması durumunda haklı bir neden olmaksızın üç yıl geçmedikçe kiracıdan başka bir kişiye kiraya verememesini ifade eder. Yeniden kiralama yasağına aykırılığın yaptırımını, TBK m. 355/3 hükmünde belirtilmiştir. Buna göre yeniden kiralama yasağına aykırı davranan kiraya veren/ yeni malik, eski kiracısına son kira yılında ödenen bir senelik kira bedelinden az olmamak kaydıyla tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Kiracının zararının daha az olması, TBK m. 355/3 uyarınca ödenecek tazminat miktarının azalmasına sebebiyet vermeyecektir. Kiracı tarafından bu

FOOTNOTE

37 Yargıtay 6. H.D., T. 02.05.2016, E. 2015/10452, K. 2016/3567. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

38 Gül, p. 949.

DİPNOT

38 Gül, s. 949.

PART 15

EVACUATION OF THE IMMOVABLE PROPERTY TO THE LESSEE BY THE LESSOR/ NEW OWNER, OTHERWISE A WARNING THAT AN EVACUATION CASE WILL BE FILED IS SUFFICIENT TO PROVE.

cordingly, the lessor/ new owner who acts contrary to the prohibition of re-lease shall be obliged to pay compensation to the former lessee, provided that it is not less than the one-year rental fee paid in the last rental year. Less loss of the lessee will not cause a decrease in the amount of compensation to be paid in accordance with paragraph 3 of Article 355 of the TCO. Since there is no special statute of limitations period in the TCO regarding the compensation that may be claimed by the lessee in this way, the lessee may request compensation from the lessor within the ten-year general statute of limitations period regulated in Article 147 of the TCO from the date when the damage occurred, that is, the leased property was leased by the lessor to a third party. In addition to the compensation it may claim pursuant to paragraph 3 of Article 355 of the TCO, the lessee may request the compensation of the excess damage if it proves that the damage it has suffered is more than the compensation to be calculated under paragraph 3 of Article 355 of the TCO³⁹.

It does not matter how the evacuation is carried out, but if the evacuation is not carried out through a lawsuit, the lessee must prove that the leased property has been evacuated in accordance with Article 350 and Article 351 of the TCO. Evacuation of the immovable property to the lessee by the lessor/ new owner, otherwise a warning that an evacuation case will be filed is sufficient to prove.

The three-year period regarding the prohibition of re-hiring shall commence as of the date of evacuation of the leased property by the lessee, taking into account paragraph 2 of Article 355 of the TCO.

V. CONCLUSION

In the event that the conditions listed in Article 350 of the TCO are fulfilled, the lessor has the right to request the court to decide on the termination of the lease agreement and the eviction of the leased property with an eviction lawsuit to be filed against the lessee by the new owner who acquires the leased property if the conditions listed in Article 351 of the TCO are fulfilled. However, in accordance with the decisions of the TCO and Supreme Court, this need of the lessor/ new owner must be real, sincere and mandatory. At the point of determining the existence and sincerity of the need, each concrete event should be evaluated separately.

şekilde talep edilebilecek tazminata ilişkin TBK'da özel bir zamanaşımı süresi düzenlenmediğinden, kiracı, zararın oluştuğu yani kiralananın kiraya veren tarafından üçüncü bir kişiye kiraya verildiği tarihten itibaren TBK m. 147'de düzenlenen on senelik genel zamanaşımı süresi içerisinde kiraya verenden zararının tazmin edilmesini talep edebilecektir. TBK m. 355/3 uyarınca talep edebileceği tazminata ek olarak kiracı, maruz kaldığı zararın, TBK m. 355/3 kapsamında hesaplanacak tazminattan fazla olduğunu ispatladığı takdirde aşkın zararın giderilmesini talep edebilir³⁹.

Tahliyenin nasıl gerçekleştirildiği önemli değildir fakat tahliyenin dava yoluyla gerçekleşmediği hallerde kiracının, kiralananın TBK m. 350 yahut m. 351 uyarınca tahliye edildiğini ispat etmesi gerekir. Kiraya veren/ yeni malik tarafından kiracıya taşınmazın tahliye edilmesi, aksi takdirde tahliye davası açılacağı yönünde ihtarın çekilmiş olması ispat için yeterlidir.

Yeniden kiraya verme yasağına ilişkin üç yıllık süre, TBK m. 355/2 göz önünde bulundurulduğunda, kiralananın kiracı tarafından tahliye edildiği tarih itibarıyla başlayacaktır.

V. SONUÇ

TBK m. 350'de sayılan koşulların gerçekleşmesi halinde kiraya verenin, TBK m. 351'de sayılan koşulların gerçekleşmesi halinde ise kiralanayı iktisap eden yeni malikin, kiracıya karşı açacağı bir tahliye davası ile kira sözleşmesinin feshine ve kiralananın tahliyesine karar verilmesini mahkmeden talep etme hakkı bulunmaktadır. Ancak TBK ve Yargıtay kararları uyarınca kiraya verenin/ yeni malikin bu ihtiyacının gerçek, samimi, zorunlu olması gerekir. İhtiyacın varlığının ve samimiyetinin tespiti noktasında, her bir somut olay kendi içerisinde ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

KIRAYA VEREN/ YENİ MALİK TARAFINDAN KIRACIYA TAŞINMAZIN TAHLİYE EDİLMESİ, AKSİ TAKDİRDE TAHLİYE DAVASI AÇILACAKI YÖNÜNDE İHTARIN ÇEKİLMİŞ OLMASI İSPAT İÇİN YETERLİDİR.

BIBLIOGRAPHY

METİN PEHLİVAN, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Konut İhtiyacı (Gereksinimi) Nedeniyle Tahliye, Journal of Life Economics, Volume 4, Issue 4, 2017.

MURAT İNCEOĞLU, Kira Hukuku: Volume 2, 1. Edition, İstanbul.

İBRAHİM GÜL, Yeniden Kiralama Yasağına Aykırılık Nedeniyle Tazminat ve Hukuki Niteliği, Yeditepe University Faculty of Law Journal, Volume 18, Issue 2, İstanbul 2021.

ERCAN AKYİĞİT, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi, Ankara 2012.

HALUK TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: Volume 1/2, 4. Edition, İstanbul.

HALUK BURCUOĞLU, Yargıtay Kararları Işığında 6570 sayılı Yasaya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, İstanbul 1993.

MUSTAFA ALPER GÜMÜŞ, Yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, 2. Edition, İstanbul.

ABDÜLKADİR ARPACI, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.

MURAT DOĞAN, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Ankara 2011.

ÖMER ÇINAR, "Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanuna Göre Yeniden İnşa ve İmar Sebebiyle Tahliye": Ali Güzel'e Armağan, Volume II, İstanbul 2010.

FAHRETTİN ARAL/ HASAN AYRANCI, Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, 9. Edition, İstanbul.

CEVDET YAVUZ/ FARUK ACAR/ BURAK ÖZEN, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 12. Edition, İstanbul.

MUSTAFA ALPER GÜMÜŞ, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler: Volume I, 3. Edition, İstanbul.

MURAT AYDOĞDU/ NALAN KAHVECİ, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 2. Edition 2014.

AYDIN ZEVLİLER/ EMRE GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Edition, Ankara.

AHMET CEMAL RUHİ, Yeni Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Kira Hukuku, Volume 1, Ankara 2011.

KAYNAKÇA

METİN PEHLİVAN, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Konut İhtiyacı (Gereksinimi) Nedeniyle Tahliye, Journal of Life Economics, C. 4, S. 4, 2017.

MURAT İNCEOĞLU, Kira Hukuku: Cilt 2, 1. Baskı, İstanbul 2014.

İBRAHİM GÜL, Yeniden Kiralama Yasağına Aykırılık Nedeniyle Tazminat ve Hukuki Niteliği, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 2, İstanbul 2021.

ERCAN AKYİĞİT, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi, Ankara 2012.

HALUK TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri: Cilt 1/2, 4. Baskı, İstanbul 2008.

HALUK BURCUOĞLU, Yargıtay Kararları Işığında 6570 sayılı Yasaya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, İstanbul 1993.

MUSTAFA ALPER GÜMÜŞ, Yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2012.

ABDÜLKADİR ARPACI, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.

MURAT DOĞAN, Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Ankara 2011.

ÖMER ÇINAR, "Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanuna Göre Yeniden İnşa ve İmar Sebebiyle Tahliye": Ali Güzel'e Armağan, Cilt II, İstanbul 2010.

FAHRETTİN ARAL/ HASAN AYRANCI, Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, İstanbul 2012.

CEVDET YAVUZ/ FARUK ACAR/ BURAK ÖZEN, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 12. Baskı, İstanbul 2013.

MUSTAFA ALPER GÜMÜŞ, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler: Cilt I, 3. Baskı, İstanbul 2013.

MURAT AYDOĞDU/ NALAN KAHVECİ, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, 2014.

AYDIN ZEVLİLER/ EMRE GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Baskı, Ankara 2013.

AHMET CEMAL RUHİ, Yeni Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Kira Hukuku, Cilt 1, Ankara 2011.

FOOTNOTE

39 Yavuz/ Acar/ Özen, p. 329-330.

DİPNOT

39 Yavuz/ Acar/ Özen, s. 329-330.

BLOCKING ACCESS TO INTERNET BROADCASTS

İNTERNET YAYINLARINA ERİŞİMİN ENGELLENMESİ

BETÜL AVCILAR

ABSTRACT

The practice of blocking access to internet publications is preferred as a way to protect the honor and reputation of individuals by eliminating these interventions without delay as a result of unfair interventions made to the honor and reputation of people due to the rapid and uncontrolled sharing of unverified information, especially with the increase in internet use in recent years. In addition to being a highly preferred circumspection against broadcasts that cause unjustified harm to individuals, publish false information about them, damage their honor and reputation, as well as the implementation of this circumspection creates reservations for various reasons such as freedom of thought and opinion and freedom of expression. As a matter of fact, the basis of these reservations is whether a fair balance has been achieved between the protection of the right to honor and reputation of the party requesting the blocking of access in the event that access to the publication subject to the concrete case is blocked, and freedom of speech. At this point, in order to make a balance between the conflicting rights, it will be necessary to evaluate all the expressions used in the broadcast requested to be blocked, their capacity to contribute to public discussions, who made the statements, to whom they were addressed, and the degree of illustriousness of the parties.

The subject of the study is the circumspection to prevent access to internet broadcasts within the scope of the new regulations brought by the Press Law No. 7418 ("Law No 7418"), known as the "Disinformation Law", which was published in the Official Gazette dated October 18, 2022 and numbered 31987 and entered into force on the same day.

→ KEYWORDS

INTERNET, DISINFORMATION, LAW NO 5651, BLOCKING ACCESS, PERSONAL RIGHT, UNFOUNDED INFORMATION SHARING, FALSIFIED NEWS, REGULATION OF SOCIAL MEDIA, ADVERTISING BAN.

ÖZET

İnternet yayınlarına erişimin engellenmesi uygulaması özellikle son dönemlerde internet kullanımının artması ile birlikte, teyit edilmemiş bilgilerin hızlı ve kontrolsüz bir şekilde paylaşılması sebebiyle kişilerin şeref ve itibarına yapılan haksız müdahaleler neticesinde müracaat edilen ve bu müdahalelerin gecikmeksizin bertaraf edilmesi suretiyle kişilerin şeref ve itibarını korumayı hedefleyen bir yol olarak tercih edilmektedir. Kişilere haksız zarar veren, haklarında gerçeğe aykırı bilgiler yayımlayan, şeref ve itibarlarını zedeleyen yayınlar karşısında uygulanması mümkün olan erişimin engellenmesi oldukça tercih edilen bir tedbir olmasının yanı sıra bu tedbirin uygulanması gerek düşünce ve kanaat hürriyeti gerekse ifade özgürlüğü gibi çeşitli sebeplerle çekince yaratmaktadır. Nitekim bu çekincelerin temelini, somut olaya konu yayına erişimin engellenmesi halinde erişimin engellenmesi talebinde bulunan tarafın şeref ve itibar hakkının korunması ile ifade özgürlüğü arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanmadığı hususu oluşturmaktadır. Bu noktada çatışan haklar arasında dengeleme yapılabilmesi için erişimin engellenmesi talep edilen yayında kullanılan ifadelerin tümünün, kamusal tartışmalara katkı sunma kapasitesinin, ifadelerin kimin tarafından dile getirildiğinin, kime yöneldiğinin, tarafların ünlülük derecelerinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Çalışmanın konusunu; 18 Ekim 2022 tarih ve 31987 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanıp aynı gün yürürlüğe girmiş olan "Dezenformasyon Yasası" olarak bilinen 7418 sayılı Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ("7418 sayılı Kanun") ile getirilen yeni düzenlemeler kapsamında internet yayınlarına erişimin engellenmesi tedbiri oluşturmaktadır.

→ ANAHTAR KELİMELER

İNTERNET, DEZENFORMASYON, 5651 SAYILI KANUN, ERİŞİMİN ENGELLENMESİ, KİŞİLİK HAKKI, ASILSIZ BİLGİ PAYLAŞIMI, YALAN HABER, SOSYAL MEDYANIN DÜZENLENMESİ, REKLAM YASAĞI.

PART 16

The subject of the study is the circumspection to prevent access to internet broadcasts within the scope of the new regulations brought by the Press Law No. 7418 (“Law No 7418”), known as the “Disinformation Law”, which was published in the Official Gazette dated October 18, 2022 and numbered 31987 and entered into force on the same day.

Çalışmanın konusunu; 18 Ekim 2022 tarih ve 31987 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanıp aynı gün yürürlüğe girmiş olan “Dezenformasyon Yasası” olarak bilinen 7418 sayılı Basın Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (“7418 sayılı Kanun”) ile getirilen yeni düzenlemeler kapsamında internet yayınlarına erişimin engellenmesi tedbiri oluşturmaktadır.

FOOTNOTE

1 Law on Regulation of Broadcasts on the Internet and Combating Crimes Committed Through These Publications (Law No. 5651) art. 2

“e) Access provider: Any natural or legal person that provides its users with access to the internet environment”

“f) Content provider: Natural or legal persons who produce, change and provide any information or data presented to users over the Internet”.

“m) Hosting Provider: Real or legal persons who provide or operate systems hosting services and content”

2 Constitution of the Republic of Turkey clause. 26 “Everyone has the right to express and disseminate their thoughts and opinions individually or collectively through words, writings, pictures or other means. This freedom includes the freedom to receive or impart information or ideas without the intervention of official authorities. The provision of this paragraph does not prevent broadcasts made by radio, television, cinema, or similar means from being connected to the permission system. The use of these freedoms, national security, public order, public security, the fundamental characteristics of the Republic and the protection of the indivisible integrity of the State with its territory and nation, the prevention of crimes, the punishment of criminals, the failure to disclose information duly designated as State secret, the reputation or rights of others, their private and family life or it may be limited to the purposes of protecting professional secrets stipulated by the law or fulfilling the judicial duty by the requirements”.

I. INTRODUCTION

Blocking access refers to preventing users of the internet and social media from accessing the content offered by the content provider, who provides them with all types of data, and the hosting provider, who manages the systems hosting these contents, through the system provided by the access provider¹.

The purpose of the circumspection of blocking access is to establish a balance between the freedom of expression and dissemination of thought and the right of personality². The circumspection of blocking access gives the persons and institutions damaged by the relevant publication the opportunity to request the blocking of internet and social media users’ access to internet publications that cause unfair harm to persons, publish contrary facts information about them, and damage their honor and reputation. However, the circumspection of blocking access should be implemented in a way that does not harm the essence of freedom of expression and dissemination of thought and considers the interests of the owner of the personality right.

Article 2/o of the Law No. 5651 on Regulating Publications on the Regulation of Internet Broadcasts and Combating Crimes Commit-

I. GİRİŞ

Erişimin engellenmesi kavramı, erişim sağlayıcı tarafından sunulan sistem aracılığıyla internet ortamına erişim sağlayan internet ve sosyal medya kullanıcılarının kendilerine sunulan her türlü veriyi sağlayan içerik sağlayıcı ve bu içerikleri barındıran sistemleri işleten yer sağlayıcı tarafından sunulan içeriklere erişiminin engellenmesini ifade etmek üzere kullanılmaktadır¹.

Erişimin engellenmesi tedbirinin amacı, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ile kişilik hakkı arasında gerekli dengeyi tesis etmektir². Erişimin engellenmesi tedbiri, kişilere haksız zarar veren, haklarında gerçeğe aykırı bilgiler yayımlayan, şeref ve itibarlarını zedeleyen internet yayınlarına internet ve sosyal medya kullanıcılarının erişiminin engellenmesini talep etme imkanını ilgili yayımdan zarar gören kişi ve kurumlara tanımaktadır. Bununla birlikte; erişimin engellenmesi tedbiri, ifade özgürlüğünün ve bireylerin düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin özüne dokunmayacak ve kişilik hakkı sahibinin menfaatlerini gözetecek biçimde uygulanmalıdır.

İnternet ortamındaki güvenliği sağlamayı ve kişilerin temel hak ve hürriyetlerini korumayı amaçlayan 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi Ve Bu Yayınlar



ted Through These Broadcasts (“Law No. 5651”), which aims to ensure security in the internet environment and protect the fundamental rights and freedoms of individuals, identify the circumspection of blocking access as: “Blocking access from domain name, blocking access from IP address, blocking access to content (URL), and blocking access using similar methods,”. Based on this definition, we can say that the methods of blocking access specified in Law No. 5651 are domain name, IP address, and blocking access to content.

It should be noted that; Articles 8, 8/A, 9, and 9/A of Law No. 5651 fight against crimes committed on the internet and regulate the blocking of access and the removal of infringing content, which are the main tools used to eliminate violations that occur as a result of these crimes. To give brief information on this subject, to be able to decide to block access, it is necessary to have sufficient grounds for suspicion that the content published on the internet constitutes the crimes listed in Article 8 of Law No. 5651. However, in the event of an attack on personal rights, the provisions regulated in Article 9 of Law No. 5651 will be applied in terms of removing the content from publication and preventing access. Namely, the title of Article 9 of Law No. 5651 was changed from “Removal of content and right of reply” to “Removal of content and

Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un (“5651 sayılı Kanun”) 2/o maddesi erişimin engellenmesini; “Alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemler kullanılarak erişimin engellenmesini ifade eder” ibaresi ile tanımlamıştır. Bu tanımdan yola çıkarak 5651 sayılı Kanun’da belirtilen erişimin engellenmesi yöntemlerinin alan adı, IP adresi ve içeriğe erişimin engellenmesi olduğunu söyleyebiliriz.

Belirtmek gerekir ki; 5651 sayılı Kanunun 8, 8/A, 9 ve 9/A maddeleri internet ortamında işlenen suçlarla mücadele etmekte ve bu suçların neticesinde gerçekleşen ihlallerin giderilmesinde kullanılan temel araçlar olan erişimin engellenmesi ve ihlal konusu içeriğin yayından çıkarılmasını düzenlemektedir. Bu konuda kısaca bilgi vermek gerekirse, erişimin engellenmesine karar verilebilmesi için internet ortamında yayınlanan içeriğin 5651 sayılı Kanun’un 8. maddesinde sayılan suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunması gereklidir. Ancak kişilik haklarına saldırı durumunda içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi bakımından 5651 sayılı Kanun’un 9. maddesinde düzenlenen hükümler uygulanacaktır. Şöyle ki, 5651 sayılı Kanun’un 9. maddesinin başlığı “İçeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı” iken 06.02.2014 tarihinde “İçeri-

DİPNOT

1 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi Ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun (5651 sayılı Kanun) m. 2

“e) Erişim sağlayıcı: Kullanıcılarına internet ortamına erişim olanakları sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişiler”

“f) İçerik sağlayıcı: İnternet ortamı üzerinden kullanıcılarına sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişiler”

“m) Yer sağlayıcı: Hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişiler”.

2 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 26 “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükümü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir. Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir”.

PART 16

blocking of access” on 06.02.2014³. Thus, although there is no regulation under the name of reply and correction in Articles 9 and 9/A of the Law No. 5651, the measure to prevent access has been regulated. With this; In the light of the law regulating social media, which is known as “Facebook Law” among the German people, with the enactment of the Law No. 7418⁴, known as the “Disinformation Law” in our country, some changes in Law No. 5651 aimed at eliminating illegality in the internet environment and regulating the responsibilities of social media companies.

In this article, the mechanisms of blocking access to internet broadcasts and unpublished content are examined in light of new regulations introduced by Law No. 7418.

II. BLOCKING ACCESS TO INTERNET BROADCAST

A. Removal of Content and Blocking of Access Regarding Some Crimes Enumerated in the Law

The decision to remove the content and/ or block access, according to Article 8 of Law No. 5651; is given if there is a publication on the internet where there is sufficient doubt that the content constitutes the crimes listed in the law.

The offenses that can be decided to block access are as follows⁵:

“a) In the Turkish Penal Code dated 26/9/2004 and numbered 5237; Suicide (article 84), 2) Child sexual abuse (article 103, first paragraph), 3) Facilitating the use of drugs or stimulants (article 190), 4) Supply of substances dangerous for health (article 194), 5) Obscenity (clause 226), 6) Prostitution (article 227), 7) Providing a place and opportunity for gambling (article 228), crimes.

b) Offenses included in the Law on Crimes Committed Against Atatürk, dated 25/7/1951 and numbered 5816.

c) (Annex: 25/3/2020-7226/32 art.) Offenses included in the Law on Arranging Betting

ğın yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi” şeklinde değiştirilmiştir³. Böylelikle 5651 sayılı Kanun’un 9 ve 9/A maddelerinde cevap ve düzeltme adı altında düzenleme bulunmamakla beraber erişimin engellenmesi tedbiri düzenlenmiştir. Bununla birlikte; Almanya halkı arasında “Facebook Kanunu” diye anılan sosyal medyayı düzenleyen yasa ışığında ülkemiz kamuoyunda “Dezenformasyon Yasası” olarak bilinen 7418 sayılı Kanun’un⁴ yürürlüğe girmesi ile internet ortamındaki hukuka aykırılıkların giderilmesi ve sosyal medya şirketlerinin sorumluluklarının düzenlenmesi hedeflerine yönelik 5651 sayılı Kanun’da bazı değişiklikler yapılmıştır.

Bu makalede, 7418 sayılı Kanun ile getirilen yeni düzenlemeler ışığında internet yayınlarına erişimin engellenmesi ve içeriğin yayından çıkarılması mekanizmaları incelenmiştir.

II. İNTERNET YAYINLARINA ERİŞİMİN ENGELLENMESİ

A. Kanunda Sayılan Bazı Suçlarla İlgili Olarak İçeriğin Çıkarılması Ve Erişimin Engellenmesi

İçeriğin çıkarılması ve/ veya erişimin engellenmesi kararı, 5651 sayılı Kanun’un 8. maddesine göre; internet ortamında içeriği kanunda sayılan suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe nedeni bulunan yayım yapılması halinde verilir.

Erişimin engellenmesi kararı verilebilecek suçlar şu şekildedir⁵:

“a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda yer alan; 1) İntihara yönlendirme (madde 84), 2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra), 3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190), 4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194), 5) Müstehcenlik (madde 226), 6) Fuhuş (madde 227), 7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228), suçları.

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar.

c) (Ek:25/3/2020-7226/32 md.) 29/4/1959

and Games of Chance in Football and Other Sports Competitions, dated 29/4/1959 and numbered 7258.

The first paragraph and second paragraph of the crimes listed in Article 27 of the State Intelligence Services and National Intelligence Organization Law No. 2937 dated 01.11.1983 are also included, as per the first paragraph of Article 8 of Law No. 5651 and the paragraph “ç” added with Article 32 of Law No. 7418, against which the aforementioned decision to block access can be made. The relevant paragraph is as follows:

“ç) (Annex: 13/10/2022-7418/32 art.) Offenses included in the first and second paragraphs of Article 27 of the State Intelligence Services and National Intelligence Organization Law No. 2937 dated 1/11/1983.”

The decision to remove the content⁶ and/ or to block access is made by the magistrate in the investigation phase, and by the trial court during the prosecution phase. During the investigation phase, the Public Prosecutor may also decide to block access in cases where a delay is inconvenient. In this case, the public prosecutor submits his decision to the criminal judge of peace within twenty-four hours, and the judge gives his decision within twenty-four hours at the latest. If the decision is not approved within this period, the measure is immediately lifted by the Public Prosecutor. The decision to block access can also be made for a limited period, if it is deemed to fulfill the purpose.



tarihli ve 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanunda yer alan suçlar.

Yukarıda belirtilen erişimin engellenmesi kararının verilebileceği suçlara 5651 sayılı kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasına 7418 sayılı kanunun 32. maddesi ile eklenen ç bendine göre, 01.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 27. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında yer alan suçlar da dahil edilmiştir. İlgili bent şu şekildedir:

“ç) (Ek:13/10/2022-7418/32 md.) 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 27 nci maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında yer alan suçlar”.

İçeriğin çıkarılması⁶ ve/ veya erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde ise yargılamayı yapan mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Erişimin engellenmesi kararı, amacı gerçekleştirecek nitelikte görülürse belirli bir süreyle sınırlı olarak da verilebilir.

DİPNOT

³ Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 93.

⁴ 7418 sayılı Basın Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 18.10.2022 tarih, 31987 sayılı Resmi Gazete (RG).

⁵ 5651 sayılı Kanun m. 8/1.

⁶ 5651 sayılı Kanun m. 2

⁷ (Ek: 6/2/2014-6518/85 md.) İçeriğin yayından çıkarılması: İçerik veya yer sağlayıcılar tarafından içeriğin sunuculardan veya barındırılan içerikten çıkarılması”.

FOOTNOTE

³ Law on the Amendment of the Decree-Law on the Organization and Duties of the Ministry of Family and Social Policies and some Laws and Decree-Laws art. 93.

⁴ Law No. 7418 Amending Press Law and Some Laws Official Gazette (OG) dated 18.10.2022 and numbered 31987.

⁵ Law no. 5651 art. 8/1.

⁶ Law no. 5651 art. 2

⁷ (Annex: 6/2/2014-6518/article 85) Content removal: Removal of content from servers or hosted content by content or hosting providers”.

PART 16

The requirement for the decision to remove the content and/or block access shall be fulfilled immediately and at the latest within four hours from the notification of the decision. It should be emphasized that; If the decision to remove the content and/or block access is refrained from, despite all these issues, a judicial fine is imposed on those responsible for the content, location, or access providers who do not fulfill the requirements of the decision **by the 10th paragraph of the 8th article of the Law No. 5651**. The relevant article is as follows:

“Those responsible for the content, location or access providers who do not comply with the decision to remove the content and/or block access given as a protection measure, are punished with a judicial fine from five hundred days to three thousand days unless the act does not constitute another crime requiring a heavier penalty.”

B. Removing Content and Blocking Access as an Administrative Precaution

Article 8/A was added to Law No. 5651 on 27.03.2015 after the Constitutional Court annulled the provision of blocking access, which is an administrative measure, in paragraph 16 of Article 8 of Law No. 5651⁷.

According to Article 8/A of Law No. 5651; *“The Presidency, or the President, the protection of national security and public order, the prevention of crime, in situations where the judge or delay is unfavorable due to one or more reasons for the right to life and the protection of life and property of persons, the protection of national security and public order, the prevention of crime, the protection of general health, or upon the request of the ministries related to the protection of general health, the President may decide to remove the content and/or block access to the broadcast on the internet. The President will promptly notify the Access Provider and related content and hosting providers of the decision. Decision requests to remove content and/or block access should be made immediately and at the latest within four hours of notification of the decision”.*

It should be noted that, according to Article 8/A of Law 5651; it may be decided to remove content and/ or block access if there are special reasons listed in the law. The

*İçeriğin çıkarılması ve/ veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir. Önemle belirtmek gerekir ki; tüm bu hususlara rağmen içeriğin çıkarılması ve/ veya erişimin engellenmesi kararının uygulanmasından imtina edilirse, **5651 sayılı Kanun’un 8. maddesinin 10. fıkrasına** göre kararın gereğini yerine getirmeyen içerik, yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları hakkında adli para cezasına hükmedilir. İlgili madde şu şekildedir:*

“Koruma tedbiri olarak verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen içerik, yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır”.

B. İdari Tedbir Olarak İçeriğin Çıkarılması ve Erişimin Engellenmesi

5651 sayılı Kanun’un 8. maddesinin 16. fıkrasında yer alan idari tedbir niteliğini taşıyan erişimin engellenmesi hükmünü Anayasa Mahkemesi’nin iptal etmesi akabinde 27.03.2015 tarihinde 5651 sayılı Kanun’a 8/A maddesi eklenmiştir⁷.

5651 sayılı Kanun’un 8/A maddesine göre; *“Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili bakanlıkların talebi üzerine Başkan tarafından internet ortamında yer alan yayınlara ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir. Karar, Başkan tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir”.*

Belirtmek gerekir ki; 5651 sayılı Kanun’un 8/A maddesine göre; içeriğin çıkarılması ve/ veya erişimin engellenmesi kararının verilebilmesi

special reasons listed in the relevant article are as follows:

- Right to Life,
- Protection of life and property of persons,
- National Security,
- Protection of public order,
- Prevention of crime,
- Protection of general health.

According to Article 8/A of Law 5651, the decision to remove content and/or block access is taken by the Chairman of the Information Technology and Communications Authority at the request of the President or the relevant ministry. Again, this decision; is submitted to the approval of the criminal judge of peace within twenty-four hours by the President. The judge will announce his decision within forty-eight hours. Otherwise, the decision will automatically become null and void.

Decisions on blocking access are made by blocking access to the content regarding the broadcast, section, chapter where the violation occurred. However, in cases where it is not technically possible to block access to the infringing content or the violation cannot be prevented by blocking access to the relevant content, a decision to block access to the entire website may be made.

In addition, a criminal complaint is filed by the President to the Office of the Chief Public Prosecutor about those who create and distribute the internet content subject to the crime. The information necessary to reach

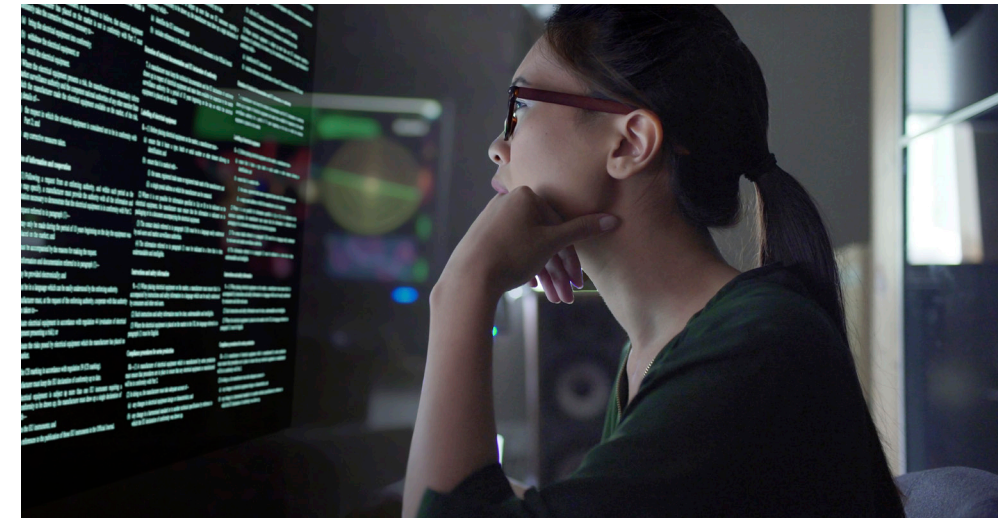
kanunda sayılan özel sebeplerin varlığı halinde mümkündür. İlgili maddede sayılan özel sebepler şu şekildedir:

- Yaşam hakkı,
- Kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması,
- Milli güvenlik,
- Kamu düzeninin korunması,
- Suç işlenmesinin önlenmesi,
- Genel sağlığın korunması.

5651 sayılı Kanun’un 8/A maddesine göre, içeriğin çıkarılması ve/ veya erişimin engellenmesi kararı, Cumhurbaşkanlığı veya ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanı tarafından verilir. Yine verilen bu karar; Başkan tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar. Aksi hâlde, karar kendiliğinden hükümsüz kalır.

Erişimin engellenmesi kararları, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verilir. Ancak, teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilir.

Ayrıca, suça konu internet içeriklerini oluşturan ve yayınlar hakkında Başkan tarafından, Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur. Bu suçların faillerine ulaşmak için gerekli olan bilgiler içerik, yer ve erişim sağ-



FOOTNOTE

⁷ Kayıhan İçel, Law of Mass Media, 12th Edition, Istanbul, 2017.

DİPNOT

⁷ Kayıhan İçel, Kitle İletişim Hukuğu, 12. Bası, İstanbul, 2017.

PART 16

the perpetrators of these crimes is given to the judicial authorities by the content, location, and access providers upon the decision of the criminal judge of peace. If the information necessary to reach the perpetrators of the crimes is refrained from providing the judicial authorities, a judicial fine is imposed on those responsible for the content, location, or access providers who do not fulfill the requirements of the decision **according to the 4th paragraph of the 8/A article of the Law No. 5651**. The relevant article is as follows:

“Those responsible for the content, location, and access providers who do not provide this information are punished with a judicial fine from three thousand days to ten thousand days unless the act does not constitute another crime requiring a heavier penalty”.

If the decision to remove the content and/or block access is refrained from despite all these issues explained, an administrative fine is imposed on those responsible for the content, location, or access providers who do not fulfill the requirements of the decision, **according to the 5th paragraph of Article 8 of the Law No. 5651**. The relevant article is as follows:

“Content and hosting providers who do not fulfill the requirements of the decision to remove and/or block access to the content given pursuant to this article, are subject to administrative fines from fifty thousand Turkish liras to five hundred thousand Turkish liras by the President”.



layıcılar tarafından sulh ceza hâkiminin kararı üzerine adli mercilere verilir. Eğer suçların faillerine ulaşmak için gerekli olan bilgilerin adli mercilere verilmesinden imtina edilirse, **5651 sayılı Kanun’un 8/A maddesinin 4. fıkrasına göre** kararın gereğini yerine getirmeyen içerik, yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları hakkında adli para cezasına hükmedilir. İlgili madde şu şekildedir:

“Bu bilgileri vermeyen içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, üç bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır”.

Açıklanan tüm bu hususlara rağmen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının uygulanmasından imtina edilirse, **5651 sayılı Kanun’un 8. maddesinin 5. fıkrasına göre** kararın gereğini yerine getirmeyen içerik, yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları hakkında idari para cezasına hükmedilir. İlgili madde şu şekildedir:

“Bu madde uyarınca verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen erişim sağlayıcılar ile ilgili içerik ve yer sağlayıcılara Başkan tarafından elli bin Türk lirasından beş yüz bin Türk lirasına kadar idari para cezası verilir”.

C. Advertising Ban Decision in Case of Failure to Fulfill Content Removal and/or Access Blocking Decision

According to the additional article 4 of the Law No. 5651 and the paragraph 10 added with the article 30 of the Law No. 7418, administrative measures within the ambit of Articles 8 and 8/A of the Law No. 5651 are reserved in situations where the decision to remove the content and/or block access may be made by the President of the Information Technologies and Communications Authority, provided that the decision is not fulfilled; The President may decide to ban taxpayer real and legal persons residing in Turkey from advertising to the relevant foreign social network provider for up to six months.

The President may apply to the criminal judge of peace to reduce the internet traffic bandwidth of the social network provider by fifty percent until the decision to remove the content and/ or block access, as well as the decision to ban the advertisement, is fulfilled. If the social network provider refrains from fulfilling the decision to remove the content and/or block access within thirty days from the date of the notification to the relevant social network provider of the decision to reduce the internet traffic bandwidth by fifty percent, given by the judge, the president can apply to a criminal judge of the peace to get the social network provider’s internet traffic bandwidth reduced to ninety percent. Furthermore, no new contracts can be created and no money transfers can be made during this process.

Decisions made by the judge are sent to the Information Technologies and Communication Authority to be notified to the access providers. The requirements of the decisions are fulfilled by the access providers immediately and within four hours at the latest as of the notification. In this process, if the social network provider fulfills the requirements of the decision to remove the content and/or block access and notifies the Authority, only the measure of narrowing the bandwidth of internet traffic is lifted.

It is to be emphasized; if the advertising ban is violated despite all these issues, an administrative fine is imposed on taxpayer real and legal persons residing in Turkey who do

C. İçeriğin Çıkarılması ve/veya Erişimin Engellenmesi Kararının Gereğinin Yerine Getirilmemesi Durumunda Reklam Yasağı Kararı

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanı tarafından erişimin engellenmesi kararının verilebileceği durumlarda, 5651 sayılı Kanun’un ek 4. maddesine 7418 sayılı Kanun’un 30. maddesi ile eklenen 10. fıkraya göre, 5651 sayılı Kanun’un 8 ve 8/A maddeleri kapsamındaki idari tedbirler saklı kalmak kaydıyla, Başkan tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği yerine getirilmediği takdirde; Türkiye’de mukim vergi mükellefi gerçek ve tüzel kişilerin, ilgili yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcıya altı aya kadar reklam vermesinin yasaklanmasına Başkan tarafından karar verilebilir.

Başkan, reklam yasağı kararının yanı sıra içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmesine kadar sosyal ağ sağlayıcının internet trafiği bant genişliğinin yüzde elli oranında daraltılması için sulh ceza hâkimliğine başvurabilir. Hâkim tarafından verilen internet trafiği bant genişliğinin yüzde elli oranında daraltılmasına ilişkin kararın ilgili sosyal ağ sağlayıcıya bildirilmesinden itibaren otuz gün içinde içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının sosyal ağ sağlayıcı tarafından yerine getirilmesinden imtina edilmesi hâlinde, sosyal ağ sağlayıcının internet trafiği bant genişliğinin yüzde doksan oranına kadar daraltılması için Başkan tarafından sulh ceza hâkimliğine başvurulabilir. Ayrıca, bu süreçte yeni sözleşme kurulamaz ve buna ilişkin para transferi yapılamaz.

Hâkim tarafından verilen kararlar, erişim sağlayıcılara bildirilmek üzere Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’na gönderilir. Kararların gereği, bildirimden itibaren derhâl ve en geç dört saat içinde erişim sağlayıcıları tarafından yerine getirilir. Bu süreçte sosyal ağ sağlayıcının, içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmesi ve Kuruma bildirmesi durumunda yalnızca internet trafiği bant genişliğinin daraltılması tedbiri kaldırılır.

Önemle belirtmek gerekir ki; tüm bu hususlara rağmen reklam yasağına aykırı davranılırsa, 5651 sayılı Kanun’un ek 4. maddesine 7418 sayılı Kanun’un 30. maddesi ile ek-

PART 16

not comply with the decisions regarding the advertising ban, according to the 12th paragraph added to the additional 4th article of the Law No. 5651 with the 30th article of the Law No. 7418. The relevant article is as follows:

“The President may decide to impose an administrative fine from ten thousand Turkish liras to one hundred thousand Turkish liras to taxpayer and legal persons residing in Turkey who violate the advertising ban imposed in accordance with this article”.

III. REMOVING CONTENT AND BLOCKING ACCESS IN ATTACK ON PERSONAL RIGHTS

Personal rights that arises in order to protect the values that a person has; According to a person’s personality, bodily, spiritual, and intellectual well-being, it is their ultimate right to hold on to whatever personal values they choose to be in their role as human beings. In the broadest sense, the concept of personality refers to the individual and his or her rights. No distinction is made between real and legal persons in terms of personal rights. However, as stated in Article 48 of the Turkish Civil Code No. 4721, rights such as gender, age, kinship, which only belong to real persons, are excluded from the rights specific to legal persons⁸.

In case of violation of the personal rights of internet and social media users in the internet environment, the measure of removing the content and/or blocking access, which was brought to article 9 of the Law No. 5651 on 26.02.2014, may be applied. According to the relevant article, people who claim that their personal rights have been violated due to the content of the broadcast on the Internet can request the removal of the content by warning methods, or they can request the removal of the content and/ or the blocking of access by applying directly to the magistrate. These requests of people are answered by the content and/ or hosting provider within twenty-four hours at the latest.

In line with the demands of those whose personal rights are violated due to the content of the broadcast on the Internet, the judge of the criminal peace court makes the decision

nen 12. fıkraya göre, reklam yasağına ilişkin kararlara uymayan Türkiye’de mukim vergi mükellefi gerçek ve tüzel kişiler hakkında idari para cezasına hükmedilir. İlgili madde şu şekildedir:

“Bu madde uyarınca verilen reklam yasağına aykırı davranan Türkiye’de mukim vergi mükellefi gerçek ve tüzel kişilere, on bin Türk lirasından yüz bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanmasına Başkan tarafından karar verilebilir”.

III. KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI DURUMUNDA İÇERİĞİN ÇIKARILMASI VE ERİŞİMİN ENGELLENMESİ

Kişinin sahip olduğu değerlerin korunması amacıyla ortaya çıkan kişilik hakkı; bir şahsın kişiliğine bağlı, fiziki, manevi ve fıkri varlığı üzerinde kişi olma sıfatıyla sahip bulunduğu kişisel değerler üzerindeki mutlak haktır. Kişilik kavramı en geniş anlamda kişiyi ve onun kişilik haklarını kapsamaktadır. Kişilik hakkı bakımından gerçek ve tüzel kişiler arasında bir ayrım yapılmamaktadır. Ancak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 48. maddesinde belirtildiği şekliyle yalnızca gerçek kişilere ait olan cins, yaş, hısımlık gibi haklar, tüzel kişilere özgü hakların dışında kalmaktadır⁹.

İnternet ve sosyal medya kullanıcılarının, internet ortamında kişilik haklarının ihlali halinde 26.02.2014 tarihinde 5651 sayılı Kanun’un 9. maddesine getirilen içeriğin çıkarılması ve/ veya erişimin engellenmesi tedbiri uygulanabilecektir. İlgili maddeye göre, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine müracaat ederek içeriğin çıkarılmasını ve/ veya erişimin engellenmesini de isteyebilir. Kişilerin bu talepleri, içerik ve/ veya yer sağlayıcısı tarafından en geç yirmi dört saat içinde cevaplandırılır.

İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talepleri doğrultusunda sulh ceza hâkimi vereceği erişimin engellenmesi kararlarını, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak içeriğe erişimin engel-

to block the access, only by the method of blocking access to the content of the broadcast, section, chapter where the violation of personal rights occurs. Unless it is obligatory, it cannot be decided to block access to the entire broadcast on the website. However, the judge may decide to block access to all publications on the website, provided that he/she states the reason. The judge decides on the application within twenty-four hours at the latest, without holding a hearing. Against this decision, an objection can be made in accordance with the provisions of the Criminal Procedure Law No. 5271. If the content subject to the application is removed from the broadcast, the judge’s decision automatically becomes invalid.

Unless it is obligatory, it cannot be decided to block access to the entire broadcast on the website.

Zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez.

The relevant content and hosting providers and access providers shall immediately fulfill the requirement of the decision to remove the content and/or block access sent to them by the Access Providers Association, within four hours at the latest. If the publication on the violation of the personal right subject to the decision to remove the content and/ or block access given by the judge has been published on different internet addresses; With the application to be made by the relevant person to the Union⁹, it is decided to apply the current decision for these different addresses as well. **According to the sentence added to the ninth paragraph of Article 9 of Law No. 5651, In line with Article 33 of Law No. 7418**, there is the **right to object** to the competent authority, namely the Criminal Judge of Peace, against the

lenmesi yöntemiyle verir. Zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez. Ancak, hâkim gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak da erişimin engellenmesine karar verebilir. Hâkim başvurusu en geç yirmi dört saat içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Bu karara karşı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir. Başvuruya konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda hâkim kararı kendiliğinden hükümsüz kalır.

İlgili içerik ve yer sağlayıcılar ile erişim sağlayıcılar, Erişim Sağlayıcıları Birliği tarafından kendilerine gönderilen içeriğin çıkarılması ve/ veya erişimin engellenmesi kararının

gereğini derhâl, en geç dört saat içinde yerine getirir. Eğer hâkimin verdiği içeriğin çıkarılması ve/ veya erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayın, farklı internet adreslerinde de yayınlanmış ise; ilgili kişi tarafından Birliğe⁹ yapılacak müracaatla mevcut kararın bu farklı adresler için de uygulanmasına karar verilir. **5651 sayılı Kanun’un 9. maddesinin dokuzuncu fıkrasına 7418 sayılı Kanun’un 33. maddesi ile eklenen cümleyle göre**, yapılan müracaatın Birlik tarafından kabulü kararına karşı, yetkili makama yani kararı veren sulh ceza hakimliğine **itiraz hakkı** bulunmaktadır. Eğer bu süreçte internet sitesindeki yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesi kararı verilmiş ise bu hüküm uygulanamayacaktır.

FOOTNOTE

⁸ Turkish Civil Code art. 48

“Legal persons are entitled to all rights and obligations, except those that are dependent on human-specific qualities such as gender, age, kinship”.

⁹ Law no. 5651 art. 2.

“(1) In the application of this Law; (...) n) (Annex: 6/2/2014-6518/85 art.) Union: Access Providers Union...”

DİPNOT

⁸ Türk Medeni Kanunu m. 48

“Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler”.

⁹ 5651 sayılı Kanun m. 2

“(1) Bu Kanunun uygulamasında; (...) n) (Ek: 6/2/2014-6518/85 md.) Birlik: Erişim Sağlayıcıları Birliğini...”

PART 16

decision to be accepted by the Union. If a decision is made to block access to the entire publication on the website during this process, this provision will not be applicable.

If the decision to remove the content and/or block access is refrained from, a judicial fine is imposed on those responsible for the content, location, or access providers who do not fulfill the requirements of the decision according to the 11th paragraph of Article 9 of the Law, No. 5651. The relevant article is as follows:

“Those responsible for the content, location, and access providers who do not fulfill the decision of the criminal judge of the peace by the conditions outlined in this article and in due time shall be punished with a judicial fine from five hundred days to three thousand days”.

IV. ACCESS DENIED DUE TO PRIVACY

Private life is used to express the area that people keep secret from the outside world. The concept of private life is defined in the Turkish Dictionary of the Turkish Language Institution with the phrase “the person’s unique life, lifestyle, attitudes and behaviors that concern them”¹⁰. The right to privacy and protection of private life, a right that derives its source from the constitution, is one of the fundamental rights of individuals. If this right is not fully guaranteed, it will be impossible for people to live and work in peace.

According to Article 20 of the Constitution; “Everyone has the right to demand respect for his private and family life. Inviolable confidentiality of private life and family life”.

According to Article 9/A of Law, No. 5651, in parallel with Article 20 of the Constitution; Persons whose privacy is violated due to the content of the posts published on the internet may apply directly to the Information Technologies and Communications Authority and request the implementation of the measure to prevent access to the content. Again, according to the same article; In this request, the full address of the publication causing the violation of the right, the explanation of the aspects of the violation of the right and the information to prove the identity information should be included. Other-

çeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının uygulanmasından imtina edilirse, **5651 sayılı Kanun’un 9. Maddesinin 11. fıkrasına göre** kararın gereğini yerine getirmeyen içerik, yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları hakkında adli para cezasına hükmedilir. İlgili madde şu şekildedir:

“Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumluları, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır”.

IV. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ NEDENİYLE ERİŞİMİN ENGELLENMESİ

Özel hayat, bireylerin dış dünya karşısında gizli tuttuğu alanı ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Özel hayat kavramı, Türk Dil Kurumu’nun Türkçe Sözlüğü’nde; “kişinin kendine özgü yaşayışı, yaşama tarzı, kendisini ilgilendiren tutum ve davranışlar” ibaresi ile tanımlamıştır¹⁰. Kaynağını anayasadan alan bir hak olan özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı, kişilerin temel haklarından biridir. Bu hak yeteri kadar korunmadığı takdirde kişilerin kendilerini huzurlu hissedip güven içinde yaşaması mümkün değildir.

Anayasa’nın 20. maddesine göre; “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz”.

Anayasa’nın 20. maddesi paralelindeki **5651 sayılı Kanun’un 9/A maddesine göre;** internet ortamında yayınlanan paylaşımların içerikleri nedeniyle özel hayatlarının gizliliği ihlal edilen kişiler, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’na doğrudan müracaat ederek içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasına karar verilmesini isteyebilir. Yine aynı maddeye göre; bu istekte, hakkın ihlaline neden olan yayının tam adresi, hangi açılardan hakkın ihlal edildiğine ilişkin açıklama ve kimlik bilgilerini ispatlayacak bilgilere yer verilmelidir. Aksi takdirde, talep işleme konulmaz. Yapılan bu başvuruları, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanı

wise, the request will not be processed. The President of the Information Technologies and Communications Authority immediately notifies the Accession Providers Association of these applications for implementation. The access provider implements the request for this measure immediately and within four hours at the latest.

It should be noted that; Persons requesting access to be blocked on the ground that their privacy is violated due to the content of the broadcast on the internet, first submits their requests to the Authority. Subsequently, those who make a request may apply to the **criminal judge of the peace** within twenty-four hours “from the time they make a request for the blocking of access” and request a decision on their request. The judge decides on these applications within forty-eight hours at the latest and sends this decision directly to the Institute. Otherwise, the measure of blocking access is automatically lifted. There is a **right of objection** against the judge’s decision, in accordance with the provisions of the Criminal Procedure Law No. 5271. If the content subject to the blocking of access is removed from the broadcast during this process, the judge’s decision automatically becomes null and void. With this; In cases where delay is inconvenient due to the violation of privacy, access is blocked by the Authority, on the direct order of the President. The decision to block access given by the President is submitted for the approval of the peace judge within twenty-four hours. The judge decides on these applications within forty-eight hours.,



uygulanmak üzere derhâl Erişim Sağlayıcılar Birliği’ne bildirir. Erişim sağlayıcılar, bu tedbir talebinin uygulamasını derhâl, en geç dört saat içinde yerine getirir.

Belirtmek gerekir ki; internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatlarının gizliliğinin ihlal edildiğinden bahisle erişimin engellenmesini talep eden kişiler bu taleplerini öncelikle Kuruma iletir. Akabinde talepte bulunan kişiler “erişimin engellenmesi için talepte buldukları saatten itibaren” yirmi dört saat içinde, **sulh ceza hâkimine** müracaat ederek bu talepleri hakkında karar verilmesini isteyebilir. Yapılan bu başvuruları, hâkim en geç kırk sekiz saat içinde karara bağlar ve bu kararını doğrudan Kuruma gönderir. Aksi takdirde, erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden kalkar. Hâkimin verdiği karara karşı, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre **itiraz hakkı** bulunmaktadır. Eğer bu süreçte erişimin engellenmesine konu içerik yayından çıkarılmış olursa hâkim kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bununla birlikte; özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda doğrudan Başkanın emri üzerine erişimin engellenmesi Kurum tarafından yapılır. Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı yirmi dört saat içinde, sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Yapılan bu başvuruları, hâkim kırk sekiz saat içerisinde karara bağlar.

FOOTNOTE

¹⁰ Turkish Language Institution, Current Turkish Dictionary, <https://sozluk.gov.tr/> (Access Date 15.11.2022).

DİPNOT

¹⁰ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi 15.11.2022).

PART 16

IN ADDITION TO ACCEPTING FREEDOM OF EXPRESSION, THE MEASURE OF BLOCKING ACCESS GIVES THE CHANCE TO ASK FOR THE REMOVAL OF THIS PUBLICATION'S CONTENT AND/ OR THE BLOCKING OF ACCESS TO THIS BROADCAST'S CONTENT IN THE EVENT THAT A BROADCAST INTERFERES WITH A PERSON'S DIGNITY, HONOR, RESPECT, OR REPUTATION OR IS UNTRUE.

V. CONCLUSION

Mass communication or mass media can be defined as communication carried out by mass mediums. In our article, the blocking of access to the internet regime, which is one of the mass mediums, is explained.

Today, when the Internet has emerged as an important communication system, it is clear that the need to protect the dignity and personality of people in society is increasing against this system. In addition to accepting freedom of expression, the measure of blocking access gives the chance to ask for the removal of this publication's content and/ or the blocking of access to this broadcast's content in the event that a broadcast interferes with a person's dignity, honor, respect, or reputation or is untrue. With this opportunity, it protects the person from the damage done to its dignity, honor, respect and reputation by the media. Moreover, measures to block access are designed to provide the fastest way for individuals to protect themselves from unverified information on the Internet, especially from social media users, which is published very quickly and out of control.

In the light of the information explained above, it should be briefly stated that; Removing the content and/ or preventing access is a precaution regulated in Articles 8, 8/A, 9 and 9/A of Law No. 5651. Article 8 of Law No. 5651 stipulates that a decision to block access can be made about the rele-

V. SONUÇ

Kitle iletişimi veya kitlesel iletişim, kitle iletişim araçlarıyla gerçekleştirilen iletişim olarak tanımlanabilir. Makalemizde, kitle iletişim araçlarından biri olan internet rejiminde erişimin engellenmesi açıklanmaktadır.

İnternetin önemli bir iletişim sistemi olarak ortaya çıktığı günümüzde, bu sistem karşısında kişilerin toplum içinde saygınlık ve kişiliklerinin korunması ihtiyacının giderek arttığı açıktır. Erişiminin engellenmesi tedbiri, ifade özgürlüğünün kabulü yanında, kişinin saygınlığına, onuruna, şeref ve itibarına müdahale eden veya gerçeğe aykırı olan bir yayının yapılması durumunda aleyhine yayın yapılan kimselerin bu yayın içeriğinin yayından çıkarılmasını ve/ veya bu yayın içeriğine erişimin engellenmesini isteme imkânı sunmaktadır. Kişi bu imkân ile; saygınlığına, onuruna, şeref ve itibarına medyanın verdiği zararlara karşı kendini korumaktadır. Ayrıca; erişimin engellenmesi tedbiri, kişilere internet ortamında teyit edilmemiş bilgilerin özellikle sosyal medya kullanıcıları tarafından çok hızlı ve kontrolsüz bir şekilde sunulması karşısında en hızlı şekilde korunma imkânı sağlamayı öngörmektedir.

Yukarıda açıklanan bilgiler ışığında, kısaca belirtmek gerekir ki; içeriğin çıkarılması ve/ veya erişimin engellenmesi, 5651 sayılı Kanunun 8, 8/A, 9 ve 9/A maddelerinde düzenlenen bir tedbirdir. 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi, kanunda sayılan bazı suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi

vant internet broadcast if there is sufficient reason for doubt that it constitutes some of the crimes listed in the law. According to Article 8/A of the Law No. 5651, the decision to remove the content and/ or block access is possible in the presence of some especial reasons listed in the law article. With this, in case of an attack on personnel rights, the provisions regulated in Article 9 of the Law No. 5651 will be applied in terms of removing the content from publication and preventing access. Moreover, pursuant to the 10th paragraph added to the additional article 4 of the Law numbered 5651 with the article 30 of the Law numbered 7418, without prejudice to the administrative measures within the scope of articles 8 and 8/A of the Law numbered 5651, if the decision to remove the content and/ or block access is not fulfilled; The President¹¹ may decide to prohibit real and legal persons who are taxpayers in Turkey from advertising to the relevant foreign-based social network provider for up to six months.

Moreover; Although a decision has been made regarding the implementation of the measure to prevent access, responsible officials who do not fulfill the requirements of this decision are punished with a judicial and/ or administrative fine as stated in Articles 8, 8/A, 9 and 9/A of Law No. 5651.

bulunması halinde ilgili internet yayını hakkında erişimin engellenmesi kararı verilebileceğini öngörmüştür. 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesine göre, içeriğin çıkarılması ve/ veya erişimin engellenmesi kararının verilebilmesi ise kanun maddesinde sayılan bazı özel sebeplerin varlığı halinde mümkündür. Bununla birlikte; kişilik haklarına yapılan saldırı durumunda içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi tedbiri bakımından 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde düzenlenen hükümler uygulanacaktır. Ayrıca; 5651 sayılı Kanun'un ek 4. maddesine 7418 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile eklenen 10. fıkraya göre, 5651 sayılı Kanun'un 8 ve 8/A maddeleri kapsamındaki idari tedbirler saklı kalmak kaydıyla, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanı tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/ veya erişimin engellenmesi kararının gereği yerine getirilmediği takdirde; Türkiye'de mukim vergi mükellefi gerçek ve tüzel kişilerin, ilgili yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcıya altı aya kadar reklam vermesinin yasaklanmasına Başkan¹¹ tarafından karar verilebilir.

Ayrıca; erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasına ilişkin karar verilmesine rağmen bu kararın gereğini yerine getirmeyen sorumlu ve yetkililer, 5651 sayılı Kanun'un 8, 8/A, 9 ve 9/A maddelerinde ifade edilen adli ve/ veya idari para cezasıyla cezalandırılır.

ERİŞİMİNİN ENGELLENMESİ TEDBİRİ, İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KABULÜ YANINDA, KİŞİNİN SAYGINLIĞINA, ONURUNA, ŞEREF VE İTİBARINA MÜDAHALE EDEN VEYA GERÇEĞE AYKIRI OLAN BİR YAYININ YAPILMASI DURUMUNDA ALEYHİNE YAYIN YAPILAN KİMSELERİN BU YAYIN İÇERİĞİNİN YAYINDAN ÇIKARILMASINI VE/ VEYA BU YAYIN İÇERİĞİNE ERİŞİMİN ENGELLENMESİNİ İSTEME İMKÂNİ SUNMAKTADIR.

FOOTNOTE

¹¹ Law no. 5651 art. 2

"c) Chairman: Chairman of the Information Technologies and Communications Authority".



BIBLIOGRAPHY

KAYIHAN İÇEL, Law of Mass Media, 12th Edition, İstanbul, 2017.

Turkish Language Institution, Current Turkish Dictionary, <https://sozluk.gov.tr/> (Access Date 15.11.2022).

KAYNAKÇA

KAYIHAN İÇEL, Kitle İletişim Hukuku, 12. Bası, İstanbul, 2017.

Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi 15.11.2022).

DİPNOT

¹¹ 5651 sayılı Kanun m. 2

"c) Başkan: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanı".

THE CRIME OF PUBLICLY DISCLAIMING INFORMATION TO THE PUBLIC ADDED TO THE TURKISH CRIMINAL LAW NO. 5237 BY THE DISINFORMATION LAW

DEZENFORMASYON YASASI
İLE 5237 SAYILI TÜRK CEZA
KANUNU'NA EKLENEN HALKI
YANILTICI BİLGİYİ ALENEN
YAYMA SUÇU

TOLGA BABAYAĞMUR

BURCU KUBİLAY
GÖKHAN KAPICI
FİRDEVS ÇEVİK
SELİNAY ŞUMNULU
ZEYNEP ŞİMAL BİLDİRİCİ
AKİF GÖKSU
MEHMET EMRE DEMİR

ABSTRACT

Law No. 7418, titled "THE LAW AMENDMENT ON PRESS LAW AND SOME STATUTES", published in the Official Gazette dated 18.10.2022 and numbered 31987, was adopted on 13.10.2022. Along with the 29th article of this law, to come after the 217th article of the Turkish Penal Code dated 26.09.2004 and numbered 5237;

"The crime of publicly disseminating misleading information

Article 217/A- (1) A person who publicly disseminates false information regarding the internal and external security, public order and general health of the country in a way that is suitable for disturbing the public peace, just for the purpose of creating anxiety, fear or panic among the public, is liable for a period of one year to three years punishable by imprisonment.

(2) If the perpetrator commits the crime by concealing his/her true identity or within the framework of the activities of an organization, the penalty imposed according to the first paragraph is increased by half."

was regulated as a new clause. The aforementioned clause shall be conducted within the scope of criminal law systematics and shall be evaluated in terms of the elements of the crime.

→ KEYWORDS

DISINFORMATION LAW, PUBLIC PEACE, FAULTY INFORMATION, PUBLIC DISPOSING OF FALSE INFORMATION TO THE PUBLIC.

ÖZET

18.10.2022 tarihli ve 31987 Sayılı Resmi Gazete yayımlanan "BASIN KANUNU İLE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN" başlıklı 7418 sayılı kanun 13.10.2022 tarihinde kabul edilmiştir. Bu kanunun 29. Maddesi ile birlikte 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na 217'nci maddesinden sonra gelmek üzere;

"Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu

Madde 217/A- (1) Sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayan kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

(2) Fail, suçu gerçek kimliğini gizleyerek veya bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlemesi hâlinde, birinci fıkraya göre verilen ceza yarı oranında artırılır."

şeklinde yeni madde olarak düzenlenmiştir. Söz konusu madde, ceza hukuku sistematiği kapsamında ele alınacak olup suçun unsurları bakımından değerlendirilecektir.

→ ANAHTAR KELİMELER

DEZENFORMASYON YASASI, KAMU BARIŞI, GERÇEĞE AYKIRI BİLGİ, ALENİYET, HALKI YANILTICI BİLGİYİ ALENEN YAYMA.

PART 17

With the rapid spread of the internet in recent years, access to the internet has become almost a fundamental right.

Son yıllarda internetin çok hızlı bir şekilde yaygınlaşmasıyla, internete erişim adeta bir temel hak olarak tezahür etmektedir.

I. INTRODUCTION

With the rapid spread of the internet in recent years, access to the internet has become almost a fundamental right. As a result of this circumstance, information, news, and content have been shared and spread in society through digital platforms, a component of the internet world, at a speed that has never before been seen in human history. By all means, the dissemination, learning and discussion of information within the society is a right for individuals in a democratic society and in terms of media organizations, it is a duty; however, the uncontrolled and unpredictable transfer of inaccurate information to individuals, without giving them the chance to think and filter which is a basic and essential process for human beings, attempt on withholding them from making decisions with free will and leave people vulnerable to manipulation and misdirection and in a way prevent the individuals from comprehending their own selves. In the process of prevention of the aforementioned situation regarding the disinformation law; pluralism, tolerance and open-mindedness, which are the three cornerstones of a democratic society, shall be preserved and the transition of the society to a prosperous future shall be ensured. As we analyze the following hereinafter: The Law Proposal (2/4471) Amending the Press Law and Some Laws of

I. GİRİŞ

Son yıllarda internetin çok hızlı bir şekilde yaygınlaşmasıyla, internete erişim adeta bir temel hak olarak tezahür etmektedir. Bu durumun bir sonucu olarak internet aleminin bir parçası olan dijital platformlar aracılığıyla bilgilerin, haberlerin, içeriklerin toplumda insanlık tarihinde görülmemiş bir hızla paylaşılması ve dolaşıma girmesi vaki olmuştur. Elbette bilgilerin toplum içinde yayılması, öğrenilmesi ve tartışılması demokratik toplumda bireyler bakımından bir hak; basın kuruluşları açısından ise bir ödevdir, ancak doğruluğu kesin olmayan bilgilerin bireylere insanın temel hareketi olan düşünme ve süzgeçten geçirme şansı vermeden denetimsiz ve öngörülemez şekilde aktarılması bireylerin elinden özgür irade ile karar verme şansını alacak, bireyleri manipüle edilmeye ve yönlendirilmeye karşı savunmasız bırakacak, bir bakıma bireyin kendini gerçekleştirmesinin önünü tıkayacaktır. Dezenformasyon yasası ile bu durum önlenmeye çalışılarak demokratik toplumun 3 temel taşı olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik muhafaza edilecek ve toplumun ileriye, müreffeh yarınlara geçişi temin altına alınacaktır. Biz de, öncelikle aşağıda inceleyeceğimiz TCK md. 217/A'daki "Halkı yanıltıcı bilgiyi yayma" suçunun "Kahramanmaraş Milletvekili Ahmet Özdemir, İstanbul Milletvekili Feti Yıldız ve 64 Milletvekilinin Basın Kanunu ile Bazı Ka-



Kahramanmaraş Deputy Ahmet Özdemir, İstanbul Deputy Feti Yıldız and 64 Deputies of the crime of "spreading misleading information" in TCK Article 217/A, we are going to try to shed light on the regulation by giving its justification in the "Media Commission and Justice Commission Reports" and then by addressing all these issues within the scope of criminal law systematics.

"Article 29 - Freedom of thought and opinion (expression) is at the forefront of the fundamental rights that contribute to the formation of a democratic society by enabling public discussion and opinion formation. The basis and ground of freedom of expression is described as the "market of ideas" in the doctrine. The most fundamental prerequisites for human development and, by extension, societal advancement are pluralism, tolerance, and open-mindedness, which are essential for a democratic society. These requirements form the basis of freedom of expression. Freedom of expression consists of three elements: the right to access news or information, the right to hold an opinion and the right to express one's opinion, and it protects these areas. The right to access news or information; it enables individuals to freely use communication tools, to access news and information sources easily, to choose from among different views in the market of ideas, and thus to form their

nunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4471) ile Dijital Mecralar Komisyonu ve Adalet Komisyonu Raporları"nda yer alan gerekçesine yer vererek, sonrasında ise ceza hukuku sistematigi kapsamında tüm bu hususlara değinerek düzenlemeye ışık tutmaya çalışacağız.

"Madde 29-Düşünce ve kanaat (ifade) özgürlüğü, kamusal tartışma ve kanaat oluşumunu mümkün kılarak demokratik toplumun oluşmasına katkı sağlayan temel hakların başında yer almaktadır. İfade özgürlüğünün temeli ve zemini, doktrinde "fikirler pazarı" olarak nitelendirilmektedir. Demokratik toplumun vazgeçilmezleri olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik; bireyin kendisini geliştirmesine, dolayısıyla toplumun ilerlemesine yol açan en temel gerekliliklerdir. Bu gereklilikler ise ifade özgürlüğünün alt yapısını oluşturmaktadır. İfade özgürlüğü, haber ya da bilgiye ulaşma hakkı, kanaat sahibi olma hakkı ve kanaati açıklama hakkı olmak üzere üç unsurdan oluşmakta ve bu alanları korumaktadır. Haber ya da bilgiye ulaşma hakkı; bireylerin iletişim araçlarını özgürce kullanabilmelerine, haber ve bilgi kaynaklarına kolayca erişebilmelerine ve fikirler pazarında yer alan farklı görüşler arasından diledikleri seçimi yapabilmelerine, böylece kendilerine ait (özgün) düşünce ve kanaatlerini oluşturabilmelerine imkân sağlamaktadır. Özünde, negatif statü haklarından

PART 17

own (original) thoughts and opinions. In essence, freedom of expression, which is one of the negative status rights, brings negative obligations for states. In addition, the level of fundamental rights and freedoms reached today, with the effect of the decisions of the European Court of Human Rights and the examination of individual applications by the Constitutional Court, also reveals the positive obligations of states in terms of freedom of expression. There is no doubt that this developing positive obligation will be to pave the way for and develop freedoms. Digital platforms, which are in great demand due to the spread of technological developments and the internet, have unpredictably increased the speed of dissemination of information or news, which can be described as more “content”, and considerably shortened the time of mind-filtering, analysis and evaluation of these contents. At this point, the anonymous environment provided by the internet has led to an increase in false or manipulative content. In particular, content created with special motives and spread in an organized manner or sharing via bot accounts rapidly increases disinformation on the internet. The fabricated content that is purposefully created in this way negatively affects product safety in the market of ideas, manipulates the opinion formation of individuals, and undermines the innocence of the democratic environment by encumbering free thought. As a result, there is a need to take action to ensure the security of news or information, as well as the conflict or competition of free and original ideas in a democratic environment, even as mechanisms and opportunities are being developed to make it easier for people to access news or information. With the article, it is regulated as a crime to publicly disseminate false information about the internal and external security, public order and general health of the country in a way that is suitable for disturbing the public peace, just for the purpose of creating anxiety, fear or panic among the people. It has been emphasized that this crime is a concrete danger crime by seeking that the act is suitable for “disrupting the public peace”. Additionally, it is sought as an additional element that the act is carried out with the intention of causing anxiety, fear, or panic among the public in order to avoid confusing these acts, which are referred to as “disinformation,” with the right of individuals to express or inform their individual opinions. It should be noted that the content subject to disinformation may be either false information or falsified information regarding the internal and external security, public order and gener-

alan ifade özgürlüğü, devletler için negatif yükümlülük getirmektedir. Bunun yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının ve Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru incelemelerinin etkisiyle temel hak ve özgürlüklerin günümüzde ulaştığı seviye, ifade özgürlüğü bakımından devletlerin pozitif yükümlülüklerini de ortaya koymaktadır. Gelişmekte olan bu pozitif yükümlülüğün, özgürlüklerin önünü açmak ve geliştirmek yönünde olacağına şüphe bulunmamaktadır. Teknolojik gelişmelerin ve internetin yaygınlaşmasına bağlı olarak ciddi rağbet gören dijital platformlar, daha çok “içerik” olarak nitelendirilebilecek bilgi veya haberlerin yayılma hızını öngörülemez biçimde artırmış ve bu içeriklerin zihin süzgecinden geçme, analiz etme ve değerlendirme sürecini oldukça kısaltmıştır. Bu noktada, internetin sağladığı anonim ortam yalan, yanlış veya manipülatif içeriklerin artmasına neden olmuştur. Bilhassa, özel saiklerle oluşturulup organize bir biçimde yayılan içerikler veya bot hesaplar aracılığıyla yapılan paylaşımlar, internet ortamındaki dezenformasyonu hızlı bir biçimde artırmaktadır. Bu şekilde maksatlı bir biçimde oluşturulan uydurma içerikler, fikirler pazarındaki ürün güvenliğini olumsuz etkilemekte, bireylerin kanaat oluşumunu manipüle etmekte ve özgür düşüncüyü ipotek altına alarak demokratik ortamın masumiyetini zedelemektedir. Sonuçta, kişilerin habere veya bilgiye erişimini kolaylaştırmaya yönelik mekanizmalar ve imkânlar geliştirilirken, haber veya bilginin güvenliği sağlanarak, özgür ve özgün fikirlerin demokratik ortamda çatışmasına ya da yarışmasına yönelik tedbirlerin alınması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Maddeyle, sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli olacak şekilde alenen yaymak suç olarak düzenlenmektedir. Fiilin, “kamu barışını bozmaya” elverişli olması aranarak, bu suçun somut tehlike suçu olduğu vurgulanmıştır. Bunun yanı sıra “dezenformasyon” olarak nitelendirilen bu fiillerin, kişilerin bireysel kanaatlerini açıklama veya haber verme haklarıyla karıştırılmaması için fiilin, halk arasında endişe, korku veya panik yaratma saikiyle gerçekleştirilmesi ilave bir unsur olarak aranmaktadır. Belirtmek gerekir ki, dezenformasyona konu içerik, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili doğrudan asılsız bir bilgi olabileceği gibi tahrif edilmiş bir bilgi de olabilecektir. Kamu barışına yönelik suçlar kapsamında ihdas edilen bu suçun, Bölümde yer alan diğer suçlardan daha farklı bir alanı düzenlediğinde şüphe bulunma-

al health of the country. There is no doubt that this crime, created within the scope of crimes against public peace, regulates a different area from the other crimes in the Chapter. In addition, if the crime is committed by hiding the real identity of the perpetrator or within the framework of the activity of an organization, it is foreseen as a reason for increasing the penalty¹.

II. PRESERVATION OF LEGAL VALUE BY THE CRIME OF PUBLIC DISSEMINATION OF DISINFORMATION

As it is recognized that an action will result in punishment if it is “accessory to disrupting the public peace,” it might be argued that the right of the general public to live in peace should be included in the scope of the regulation’s preservation of legal worth. The concept of public peace should be presumed as the social order in which the law is dominant in the relations between individuals. The sense of security that individuals have when they live in a lawful society based on peace should also be considered within the concept of public peace².

Since the public commitment of the act in Article 217/A of the TCC is sought, the national public peace is the first thing that is protected. With the aforementioned regulation, both the general legal security and the public’s feeling about the preservation of the legal order are prioritized. Other forms of preservation of legal values are public order, protection of freedom of opinion and expression, establishment of the right to accurate information, ensuring legal security and combating disinformation.

These regulations aim to protect the legal existence of the state, which includes interests such as public order and peace. This includes safeguarding against elements that could undermine the internal order, public security, and peace, such as activities that incite or facilitate crime or organized crime. The Turkish Criminal Code’s concept of public peace refers to the social harmony, order, and security created by the legal norms used to regulate social life.

The aforementioned also could be understood from the title of the section to which

maktadır. Ayrıca suçun, failin gerçek kimliğini gizlemek suretiyle veya bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hali, cezada artırım sebebi olarak öngörülmektedir¹.

II. HALKI YANILTICI BİLGİYİ ALENEN YAYMA SUÇUYLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Fiil “kamu barışını bozmaya elverişli” olması halinde cezalandırılacağı için bu düzenleme ile korunan hukuki değer kamunun barış içinde yaşama hakkı olduğundan söz edilebilir. Kamu barışı kavramından, bireyler arasındaki ilişkilerde hukukun egemen olduğu toplum düzeni anlaşılmalıdır. Bireylerin taşıdığı, barış esasına dayalı bir hukuk toplumunda yaşadıklarına dair duygunun da kamu barışı kavramının içerisinde düşünülmesi gerekmektedir².

TCK 217/A maddesinde yer alan fiilin alenen işlenmesinin aranmasından hareketle, ilk olarak korunan, ulusal düzeydeki kamu barışıdır. Bu düzenleme ile hem genel hukuk güvenliği hem de halkın hukuk düzeninin korunmasına dair hissiyatı önemszenmektedir. Diğer korunan hukuki değerler ise kamu düzeni, düşünce ve ifade hürriyeti korunması, doğru haber alma hakkının tesisi, hukuk güvenliğinin sağlanması ve dezenformasyon ile mücadeledir.

Belirtmek gerekir ki, bu düzenlemelerin amacı, devletin hukuki varlığının korunmasıdır ve bu koruma, kamu düzeni ve kamu barışı gibi menfaatleri içerir. Bu menfaat, suça teşvik eden veya örgütlü suçluluk faaliyetleri gibi iç düzeni, kamu güvenliğini ve barışını zayıflatabilecek unsurları da ihtiva eder. TCK tarafından ele alınan kamu barışı kavramı, sosyal hayatın düzenlenmesinde kullanılan hukuk normlarının yarattığı sosyal huzur, barış ve güveni ifade eder.

Bu husus suçun eklendiği kısım başlığında da anlaşılmaktadır. Nitekim halkı yaniltıcı bilgiyi alenen yayma suçunun eklendiği TCK’nın üçüncü kısmının beşinci bölümünün başlığı “Kamu Barışına Karşı Suçlar”dır. Bun-

FOOTNOTE

1 Karamanmaraş Deputy **Ahmet Özdemir**, İstanbul Deputy **Feti Yıldız**, and 64 Deputies’ Law Proposal on Amending the Press Law and Some Laws (2/4471) and Reports of the Digital Media Commission and the Justice Commission, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss340.pdf>.

2 **Hasan Tahsin Gökcan/ Mustafa Artuç**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Volume 5, Ankara 2021, p. 7236.

DİPNOT

1 Karamanmaraş Milletvekili **Ahmet Özdemir**, İstanbul Milletvekili **Feti Yıldız** ve 64 Milletvekilinin Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4471) ile Dijital Mecralar Komisyonu ve Adalet Komisyonu Raporları, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss340.pdf>.

2 **Hasan Tahsin Gökcan/ Mustafa Artuç**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 5. Cilt, Ankara 2021, s. 7236.

PART 17

the offense is included. As a matter of fact, the title of the fifth section of the third part of the Turkish Criminal Code, to which the crime of spreading misleading information to the public is included, is named as “Crimes against Public Peace”. As it could be interpreted from this, it could be argued that the preservation of legal value by the crimes regulated in the section and by the aforementioned crime is public peace.

III. BASIC ELEMENTS OF THE CRIME

A. Material Aspects

1. Action

a. In General

An act is a behavior dominated by the will of a person, intended to achieve a certain result and taking place in the external world³. A human behavior that constitutes an offense in accordance with the legal definition of the crime is considered as an act. The person who ensures that false information about the nation’s internal and external security, public order, and general health is publicly disseminated in a way that is suitable for upsetting the public peace in order to create anxiety, fear, or panic among the public constitutes the element of action under the law pertaining to the crime of publicly disseminating misleading information. In this context, the public dissemination of disinformation shall be considered as an action, and the element that shall be analyzed is whether the information is accurate.

In the preamble of the text of the article; what should be understood from the concept of “disinformation” remains to be unanswered, only concepts such as “lie”, “false” or “manipulative content”, “disinformation”, “falsified content” are included, and it has been acknowledged that there is no explanation as to what should be presumed from the concept of “disinformation” which constitutes the material element of the crime⁴. Therefore, there have been discussions on what the concept of disinformation is and who determines whether a piece of information is invalid or not. In the trial phase, the court evaluates the characteristics of the particular case and determine whether a piece of infor-

dan da anlaşıldığı gibi, bölümde düzenlenen suçlarla ve bu suç ile korunan hukuki değerlerin kamu barışı olduğu söylenebilecektir.

III. SUÇUN TEMEL UNSURLARI

A. Maddi Unsurlar

1. Fiil

a. Genel Olarak

Fiil, kişinin iradesiyle hâkim olduğu, belli bir neticeyi gerçekleştirmeye matuf ve harici dünyada cereyan eden bir davranıştır³. Suçun kanuni tanımına uygun olarak haksızlık teşkil eden bir insan davranışı fiil olarak değerlendirilmektedir. Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçuna ilişkin kanunda ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilginin halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak amacıyla kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayılmasını sağlayan kimse fiil unsurunu meydana getirmiş olmaktadır. Bu bağlamda gerçeğe aykırı bilginin alenen halk arasında yayılması fiil olarak kabul edilecek olup, incelenmesi gereken unsur bir bilginin gerçek olup olmadığıdır.

Madde metninin gerekçesinde; “gerçeğe aykırı bilgi” kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklanmamış, sadece “yalan”, “yanlış” veya “manipülatif içerik”, “dezenformasyon”, “uydurma içerik” gibi kavramlara yer verilerek, suçun maddi unsurunu oluşturan “gerçeğe aykırı bilgi” kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda bir açıklamada bulunulmadığı görülmektedir⁴. Bundan dolayıdır ki gerçeğe aykırı bilgi kavramının ne olduğu, kimin bir bilginin gerçeğe aykırı olduğunu tespit edeceği hususlarında tartışmalar meydana gelmiştir. Yargılama safhasında mahkeme tarafından somut olayın özellikleri değerlendirilip bir bilginin gerçeğe aykırı olup olmadığı tespit edilerek gerçeğe aykırı bilginin halk arasında yayılması fiilinin sübuta erip ermediğine karar verile-

mation is invalid and conclude whether the act of public dissemination of disinformation has been committed. Thus, we presume that the deliberations regarding which information is invalid and inaccurate and how the determination process implemented are irrelevant. However, we think that there should be a parallelism between the concept of disinformation in the text of the article and the title of the crime of public dissemination of disinformation. Hereof, we deem that the concept of misleading information in the title should be replaced with the concept of disinformation. On the grounds that an accurate information can also be used to mislead the public as we perceived. Considering that the public can also be misinformed with accurate information that is not related to the subject that is not intended to be reflected, we think that the regulation of the title of the article as the crime of “public dissemination of disinformation” would be in accordance with the principle of “certainty”, which is one of the elements of the principle of “legality in crime and punishment”. Likewise, in this respect, we believe that it would be more appropriate to ensure parallelism between the title of the article and the text of the article in order to remove the ambiguity in the text of the article.

b. Publicity Element

In general, the dictionary meaning of “publicity” is as follows: “the fact that something is obvious and in the open, not hidden but in plain sight, the manifestation of everything, its outward appearance”⁵. In comparative law, the definition of publicity has been made and in Article 69 of the Austrian Criminal Code, publicity is defined as “ac-

cek olduğundan hangi bilginin gerçek olup olmadığına ve tespitin nasıl yapılacağına ilişkin meydana gelen tartışmaların yersiz olduğu kanaatindeyiz. Ancak madde metninde geçen gerçeğe aykırı bilgi kavramı ile halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu başlığı arasında bir paralellik olması gerektiği, gerçeğe aykırı bilgi kavramının bu bakımdan tartışıldığında başlıkta yer verilen yanıltıcı bilgi kavramının gerçeğe aykırı bilgi kavramı ile değiştirilerek düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira gerçek olan bir bilginin de halkı yanıltmak amacıyla kullanılabilceğini öngörmekteyiz. Halkın yanıltılması istenen konuyla alakası olmayan gerçek bilgi ile de dezenformasyon sağlanabileceği nazarı itibara alındığında, madde başlığının “gerçeğe aykırı bilgiyi alenen yayma” suçu olarak düzenlenmesinin “suçta ve cezada kanunilik” ilkesinin unsurlarından birisi olan “belirlilik” ilkesine uygun olacağını düşünmekteyiz. Keza, bu itibarla madde başlığı ile madde metni arasında paralellik sağlanmasının madde metnindeki muğlaklığı da kaldırması bakımından daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

b. Aleniyet Unsuru

“Aleniyet” kelimesi sözlükte “bir şeyin açık, görünür ve saklı olmadan göz önünde bulunması” veya “her şeyin açık ve görünür hali, dış görünümü” anlamlarında kullanılır⁵. Mukayeseli hukukta aleniyetin tanımı yapılmış olup Avusturya CK’nın 69 uncu maddesinde aleniyet, “doğrudan doğruya geniş bir şahıs kitlesi tarafından algılanabilecek hare-

FOOTNOTE

³ Maurach/ Zipf I, s. 175, 185. via İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17th Edition, Ankara 2021, p. 179.

⁴ Ersan Şen, Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu, <https://www.hukukihaber.net/halki-yaniltici-bilgiyi-alenen-yayma-sucu-makale,10385.html>.

⁵ Ferit Devellioglu, Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara, 1992, p. 38 via Mehmet Emin Artuk, “Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum Ve Organlarını Aşağılama Suçu”, TBB Dergisi, Iss. 70, 2007, p. 231.

DİPNOT

³ Maurach/ Zipf I, s. 175, 185. nakleden İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17.Bası, Ankara 2021, s. 179.

⁴ Ersan Şen, Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu, <https://www.hukukihaber.net/halki-yaniltici-bilgiyi-alenen-yayma-sucu-makale,10385.html>.

⁵ Ferit Devellioglu, Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara, 1992, s. 38’den nakleden Mehmet Emin Artuk, “Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum Ve Organlarını Aşağılama Suçu”, TBB Dergisi, S. 70, 2007, s. 231.



PART 17

FOOTNOTE

6 Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökcan/ Mehmet Emin Alşahin/ Kerim Çakır, Ceza Hukuk Özel Hükümler, 19th Edition, Ankara 2021, p. 908.

7 18. CC. 19/12/2017, 44063/15073.

8 18. CC. 09/10/2017, 2736/10508.

9 18. CC. 05/10/2017, 38435/10417.

10 18. CC. 04/05/2017, 21634/5111.

11 18. CC. 28/12/2016, 20027/20081.

12 18. CC. 20/09/2016, 4813/14588.

13 2. CC. 13/02/2012, 2011/37966-2012/2776.

14 2. CC. 13.05.1998, 2401/6135.

15 2. CC. 08.04.1991, 3903/4087.

16 2. CC. 22.10.1991, 9938/10702.

17 2. CC. 16.02.1993, 981/1851.

18 General Assembly of Criminal Chambers. 26.07.1960, 2-34/37.

19 4. CC. 20.11.1956, 9886/14128.

20 2. CC. 24.10.1996, 19/10853.

21 4. CC. 04.05.1956, 450/6403.

22 4. CC. 30.06.1959, 3941/8918.

23 10. CC. 22.05.1995, 4102/4408.

24 2. CC. 21.06.1960, 5123/6443.

25 2. CC. 09.12.1959, 14524/17958.

26 4. CC. 21.09.2010-2008/18520-2010/14584.

27 4. CC. 19.03.2010, 2008/9698-2010/4667.

28 2. CC. 18.03.1976, 1057/2491.

29 18. CC. 05/10/2017, 36071/10451.

30 18. CC. 19/12/2017, 6565/15177.

31 18. CC. 19/12/2017, 44115/15142.

32 18. CC. 30/11/2016, 19636/18383.

33 2. CC. 17/01/2011, 2009/30266-2011/124.

34 2. CC. 15/06/1998, 3945/8093.

35 2. CC. 24/05/2011, 2009/48251-2011/11064.

36 4. CC. 31/05/1956, 1384/8017.

37 2. CC. 29/09/1991, 9012/9518.

38 2. CC. 11/06/1985, 5257/6137.

39 2. CC. 20/05/1976, 3522/4806.

40 4. CC. 05/05/1992, 244/3304.

41 4. CC. 28/12/2011, 2009/26893-2011/25475.

42 2. CC. 05/05/1976, 2527/4296.

43 2. CC. 23. 1985, 12547/846.

44 4. CC. 19.10/2010, 2010/9281-2010/17000.

45 4. CC. 14.05/2012, 2010/12749-2012/11233.

46 Kaymaz/ Gökcan, a.g.e. s. 482 nakleden Gökcan/ Mustafa Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Volume 3, Ankara 2021, p. 4659-4660.

47 Decree of the 4th Turkish Criminal Chamber of the Court of Appeal dated 26.01.2021, 2020/19609 Esas and 2021/2155 Karar numbered decision.

tions that can be perceived directly by a large mass of people”, in Article 233 of the Brazilian Criminal Code, “public space, public place or place where everyone can look” is considered sufficient for publicity, and in Article 129 of the Argentine Criminal Code, after using the term “public place”, it is accepted that the act is public “even if the acts committed in private places are seen unintentionally”. Although our legal regulation does not include a clear definition of publicity, the concept of publicity was included in Article 153 of the (former) Turkish Criminal Code No. 765, which regulated the offense of incitement to disobey soldiers. The said article was as follows

“The act:

1 - Through the press or any means of propaganda;

2 - In an open or public place and in the presence of more than one person;

3 - In a gathering that is not of a private nature in terms of the place of gathering or the number of participants or the subject and purpose of the gathering, shall be deemed to have been committed publicly in the application of the Criminal Code.”

There are various opinions in the doctrine regarding the concept of publicity. According to one opinion, the fact that the act is committed in a place where any person can see and hear constitutes publicity. As such,

ketler” olarak tanımlanmış, Brezilya CK’nın 233. maddesinde, “umumi yer, halk açık yer veya herkesin bakabileceği yer” aleniyet için yeterli sayılmış, Arjantin CK’nın 129. maddesinde, “umuma açık yer” deyimini kullandıktan sonra “özel yerlerde işlenen fiillerin istenmeden görülmesi halinde de” eylemin aleni olduğu kabul edilmiştir. Yasal düzenlememizde aleniyet hakkında açık bir tanıma yer verilmemişse de aleniyet kavramına, 765 sayılı (eski) TCK’nın Askerlere itaatsizliğe tahrik suçunun düzenlendiği 153. maddesinde açıklanmak suretiyle yer verilmişti. Anılan madde şu şekildedir:

“Fiil:

1 - Matbuat vasıta ile veya herhangi bir propaganda vasıtası ile;

2 - Umumi veya umuma açık bir mahalde ve birden ziyade kimseler huzurunda;

3 - Toplanılan mahal veya içtimaa iştirak edenlerin adedi veya toplantının mevzuu ve gayesi itibarı ile hususi mahiyeti haiz olmayan bir içtimada işlenmiş olursa Ceza Kanununun tatbikinde aleni olarak işlenmiş sayılır.”

Doktrinde aleniyet kavramına ilişkin çeşitli görüşler yer almaktadır. Bir görüşe göre, fiilin herhangi bir kimsenin görüp işitebileceği bir yerde işlenmiş olması aleniyet teşkil etmektedir. Buna göre aleniyet suçun göz önünde işlenmesi demek olmayıp, fiilin işlendiği yerin umumi bir yer olması ve görülebilmek imkanının mevcut bulunması ha-



publicity does not necessarily indicate that the crime is performed in full view of others; rather, it occurs when the scene of the conduct is public and there is a chance that it may be witnessed⁶. According to this view, the Court of Appeal has ruled that “street”⁷, “in front of the police station”⁸, “in the garden of the complex”⁹, “in the police station which is a public place”¹⁰, “on the seaside”¹¹, “courtroom”¹², “court office”¹³, “furniture sales store”¹⁴, “village road”¹⁵, “waiting room of the dispensary”¹⁶, “roof of a house open on all sides”¹⁷, “police station building”¹⁸, “mosque”¹⁹, “waiting room of a doctor’s office”²⁰, “field”²¹, “working room of a PTT officer”²², “garden of a house”²³, “fountain”²⁴, “factory buildings”²⁵, “on the street”²⁶, “front of a teacher’s office”²⁷, “inside a walled courtyard”²⁸ publicly; the court characterized places such as “prison”²⁹, “inside the house”³⁰, “prison ward”³¹, “police vehicle”³², “garden belonging to the Gendarmerie Command”³³, “inside the apartment building”³⁴, “inside the house”³⁵, “vineyard house”³⁶, “PETKİM guesthouse”³⁷, “inside the taxi”³⁸, “room reserved for teachers’ rest and private study”³⁹, “the room of the forestry district chief”⁴⁰, “a potato field”⁴¹, “a patient’s room”⁴², “a place reserved for central officers and inspectors”⁴³, “inside a prison”⁴⁴, “an interrogation room”⁴⁵ as non-public places⁴⁶.

The Court of Appeal’s jurisprudence on the concept of publicity within the scope of the offense of defamation under Article 125 of the Turkish Criminal Code;

“Publicity entails that the insult can be heard, seen, and perceived by a large number of people at the same time. The victim’s honor and character are more likely to suffer harm as a result of the act being witnessed or open to the observation of others, and the public performance of the unlawful act is another reason for increasing the penalty due to publicity.

In the specific case under review, even though the defendant uses derogatory language while serving a sentence in prison, which isn’t a public place, it is illegal to increase his sentence due to publicity even though the conditions for the defendant weren’t met”⁴⁷.

In this context, the Court of Appeal seeks the existence of places that are considered to be public by the Court of Appeal itself, in order for the concept of publicity to be met.

DİPNOT

6 Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökcan/ Mehmet Emin Alşahin/ Kerim Çakır, Ceza Hukuk Özel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2021, s. 908.

7 18. CD. 19/12/2017, 44063/15073.

8 18. CD. 09/10/2017, 2736/10508.

9 18. CD. 05/10/2017, 38435/10417.

10 18. CD. 04/05/2017, 21634/5111.

11 18. CD. 28/12/2016, 20027/20081.

12 18. CD. 20/09/2016, 4813/14588.

13 2. CD. 13/02/2012, 2011/37966-2012/2776.

14 2. CD. 13.05.1998, 2401/6135.

15 2. CD. 08.04.1991, 3903/4087.

16 2. CD. 22.10.1991, 9938/10702.

17 2. CD. 16.02.1993, 981/1851.

18 CGK. 26.07.1960, 2-34/37.

19 4. CD. 20.11.1956, 9886/14128.

20 2. CD. 24.10.1996, 19/10853.

21 4. CD. 04.05.1956, 450/6403.

22 4. CD. 30.06.1959, 3941/8918.

23 10. CD. 22.05.1995, 4102/4408.

24 2. CD. 21.06.1960, 5123/6443.

25 2. CD. 09.12.1959, 14524/17958.

26 4. CD. 21.09.2010-2008/18520-2010/14584.

27 4. CD. 19.03.2010, 2008/9698-2010/4667.

28 2. CD. 18.03.1976, 1057/2491.

29 18. CD. 05/10/2017, 36071/10451.

30 18. CD. 19/12/2017, 6565/15177.

31 18. CD. 19/12/2017, 44115/15142.

32 18. CD. 30/11/2016, 19636/18383.

33 2. CD. 17/01/2011, 2009/30266-2011/124.

34 2. CD. 15/06/1998, 3945/8093.

35 2. CD. 24/05/2011, 2009/48251-2011/11064.

36 4. CD. 31/05/1956, 1384/8017.

37 2. CD. 29/09/1991, 9012/9518.

38 2. CD. 11/06/1985, 5257/6137.

39 2. CD. 20/05/1976, 3522/4806.

40 4. CD. 05/05/1992, 244/3304.

41 4. CD. 28/12/2011, 2009/26893-2011/25475.

42 2. CD. 05/05/1976, 2527/4296.

43 2. CD. 23. 1985, 12547/846.

44 4. CD. 19/10/2010, 2010/9281-2010/17000.

45 4. CD. 14.05/2012, 2010/12749-2012/11233.

46 Kaymaz/ Gökcan, a.g.e. s. 482 nakleden Gökcan/ Artuç Türk Ceza Kanunu Şerhi, 3. Cilt, Ankara 2021, s. 4659-4660.

47 Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 26.01.2021 tarihli, 2020/19609 Esas ve 2021/2155 Karar sayılı ilamı.

48 Önder, s. 376.

PART 17

According to another opinion, the fact that the actions are not specific and can be perceived by more than one person should be taken as a basis in determining publicity. The place of the act is not important in determining the publicity⁴⁸.

The basic criterion for publicity is that the act is not certain in terms of the conditions in which it took place and can be perceived by more than one person. Perception may be in the form of seeing or hearing. In order to speak of publicity, it is not necessary for the act to have been seen or heard. It is sufficient that it can be seen or heard. This is determined according to the nature of the specific case⁴⁹. Publicity refers to the performance of the crime in a manner that allows an indefinite number of persons to see or hear the act⁵⁰.

In our opinion, the nature of the place is irrelevant for the acceptance of publicity. The fact that the act can be perceived by many unspecified persons may lead to the fulfillment of the element of publicity. The constitutive element of the crime of spreading misleading information is that the perpetrator publicly spreads false information. As a result, in today's world where the social structure and technology are changing rapidly and phenomena's such as computers, internet, cell phones and social media are frequently pronounced, the concept of "publicity" should be further examined and analyzed in terms of the crime of spreading misleading information.

2. Object of the Crime

The object of the crime is the person or thing on which the typical act takes place, but the physical and material structure of the object or person may also reveal the object of the crime. Based on the short definition of the object of the crime, it will be possible to say that the object of the crime of public dissemination of disinformation is the inaccurate and invalid information related to the internal and external security, public order and public health of the country.

Article 217/A of the Turkish Criminal Code punishes the person who publicly disseminates disinformation on matters related to the internal and external security, public order and public health of the country with the intention of creating anxiety, fear or panic among the public in a manner that

Aleniyet için temel ölçüt, fiilin gerçekleştiği koşullar itibarıyla belirli olmayan ve birden fazla kişi tarafından algılanabilir olmasıdır. Algılamak, görmek veya duymak şeklinde olabilir. Aleniyetin gerçekleştiğinden söz edebilmek için kesin görülmüş veya duyulmuş olması da şart değildir. Görülebilir veya duyulabilir olması yeterlidir. Bu durum somut olayın niteliğine göre belirlenir⁴⁹. Aleniyet, belirsiz sayıda kişilerin eylemi görmeleri veya duymalarına olanak sağlayacak şekilde suçun işlenmesini ifade eder⁵⁰.

Kanaatimizce, yerin niteliği aleniyetin kabulü bakımından önemsizdir. Eylemin belirli olmayan birçok kişi tarafından algılanabilir olması aleniyet unsurunun gerçekleşmesine sebebiyet verebilecektir. Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunun kurucu unsuru failin gerçeğe aykırı bilgiyi alenen yaymasıdır. Sonuç olarak, toplumsal yapının ve teknolojinin hızla değiştiği ve bilgisayar, internet, cep telefonu, sosyal medya gibi olguların sıklıkla telaffuz edildiği günümüzde, "Aleniyet" kavramı da söz konusu halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu bakımından daha fazla irdelenmeli ve incelenmelidir.

2. Suçun Konusu

Suçun konusu, tipik hareketin üzerinde gerçekleştiği kişi veya şey olmakla birlikte eşya veya kişinin fiziki, maddi yapısı da suçun konusunu ortaya koyabilecektir. Suçun konusu hakkında yapılan kısa tanımdan hareket edildiğinde halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunun konusunu ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili olan gerçeğe aykırı bilginin oluşturacağını söylemek mümkün olacaktır.

TCK m. 217/A'da halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak kastıyla, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili konularda gerçeğe aykırı bir bilgiyi alenen yayma suçu cezalandırılmaktadır. Bu fıkrada yer alan suçta, fiilin üzerinde gerçekleştiği şey alenen yayılmış olan gerçeğe aykırı

is conducive to disrupting public peace. In the offense under this paragraph, the act is based on untrue information that is publicly disseminated. When we examine the object of the crime as the person or thing on which the typical act takes place, it will be necessary to evaluate it as the untrue information that has been publicly disseminated and the public to which this untrue information has been disseminated.

In this context, finally, according to the effect they have on the object of the crime, a distinction is made between types of crimes as crimes of harm and crimes of danger.

In terms of the formation of a crime in terms of its legal definition, crimes are subject to a classification as damage crimes and danger crimes, based on the point that it is sufficient to cause danger in terms of the object of the crime committed or that it is necessary to cause damage to the object of the crime.

According to the classification made according to the effect they have on the object of the crime, the object of the damage crimes must be harmed and subjected to a real loss of value. What should be understood by the said damage and loss of value should be the loss of interest, negative, bad result and loss caused by the act committed.

On the other hand, in crimes of danger, it is sufficient to cause danger in terms of the object of the act indicated in the legal definition. In order for the type of crime to be consid-

rı bir bilgidir. Suçun konusunu, tipik hareketin üzerinde gerçekleştiği kişi veya şey olarak incelediğimizde, söz konusu alenen yayılmış olan gerçeğe aykırı bilgi ve bu gerçeğe aykırı bilginin yayılmış olduğu halk olarak değerlendirilmeye gerekecektir.

Bu bağlamda son olarak suçun konusu üzerinde yarattıkları etkiye göre suç tipleri arasında, zarar suçları ve tehlike suçları şeklinde ayırım yapılmaktadır.

Kanuni tanımı itibarıyla bir suçun oluşumu bakımından, işlenen suçun konusu bakımından tehlikeye sebebiyet vermesinin yeterli olması veya suçun konusunu zarara uğratmasının gerekli olması noktasından hareketle suçlar; zarar suçları ve tehlike suçları şeklinde bir tasnife tabi tutulmaktadır.

Suçun konusu üzerinde yarattıkları etkiye göre yapılan tasnif uyarınca zarar suçları hareketin konusunun zarara uğratılması, gerçek bir değer kaybına maruz kalması gerekmektedir. Söz konusu zarar ve değer kaybından anlaşılması gereken ise işlenen fiilin neden olduğu çıkar kaybı, olumsuz, kötü sonuç ve ziyan olmalıdır.

Öte yandan tehlike suçlarında, kanuni tanımında işaret edilen hareketin konusu bakımından tehlikeye sebebiyet verilmesi kâfi olacaktır. Suç tipinin işlenmiş sayılabilmesi için haksızlık teşkil eden hareket doğrultusunda konunun gerçekten zarara uğraması şart değildir. Zarara uğrama tehlikesi ile objektif olarak karşılaşmış olduğu ve suçun

FOOTNOTE

48 Önder, p. 376.

49 Veli Özer Özbek/ Mehmet Nihan Kanbur/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, 2012, p. 788.

50 Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ R. Murat Önok/, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2013, p. 684.

DİPNOT

49 Veli Özer Özbek/ Mehmet Nihan Kanbur/ Koray Doğan, Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, 2012, s. 788.

50 Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ R. Murat Önok/, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2013, s. 684.



PART 17

ered committed, it is not necessary for the object to actually suffer damage in line with the act that constitutes an injustice. It is sufficient for the type of crime to be considered committed in terms of danger crimes to accept that it has objectively encountered the danger of harm and that there is the possibility of creating a danger of harm on the object of the crime.

In terms of the object of the crime of publicly disseminating misleading information, although the untrue information that has been publicly disseminated above has been evaluated as the public to which the untrue information has been disseminated, it is necessary to make an evaluation in such a way that the object of the crime is the peace of the public, as it will be obvious that the untrue information disseminated among the public will ultimately affect the peace of the public.

If the act committed objectively exposes the object of the crime to the danger of being harmed, it is referred to as a "danger crime". In this context, when we look at the legal definition of the crime of publicly disseminating misleading information, the fact that the disruption of public peace is not considered as an element of the crime indicates that the crime should be included in the scope of danger crime in accordance with the search for the suitability to disrupt public peace, not as a crime of harm.

Danger crimes are divided into two as concrete danger crimes and abstract danger crimes.

While crimes in which the judge investigates whether the acts in the legal definition actually create a danger on the object of the crime they are directed to are defined as **concrete danger crimes**, **abstract danger crimes** are defined as crime types in which the commission of the act in the legal definition of the crime is deemed sufficient for the occurrence of that crime.

It would be convenient to clarify the difference between concrete danger crimes and abstract danger crimes in order to understand the issue. In concrete danger offenses, the judge must investigate whether the object of the offense is actually endangered in the concrete incident that occurred, while in abstract danger offenses, there is no need to investigate the issue in question.

konusu üzerinde zarar tehlikesi yaratabilme imkanının varlığının kabul edilmesi, tehlike suçları bakımından suç tipinin işlenmiş sayılması bakımından yeterlidir.

Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunun konusu bakımından yukarıda her ne kadar alenen yayılmış olan gerçeğe aykırı bilgi, gerçeğe aykırı olan bilginin yayılmış olduğu halk olarak değerlendirilmişse de suçun konusu bakımından halk arasında yayılmış olan gerçeğe aykırı bilginin neticeten kamunun barışını etkileyeceği ortada olacağından suçun konusu bakımından kamunun barışı olacak şekilde de değerlendirme yapmak gerekmektedir.

İşlenen fiil, suçun konusunu objektif olarak zarara uğrama tehlikesi ile karşı karşıya bırakmışsa "tehlike suçu'ndan" söz edilir. Bu bağlamda halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunun kanuni tanımına baktığımızda kamu barışının bozulmasının suçun unsuru olarak değerlendirilmemesi, suçun zarar suçu olarak değerlendirilmeyip kamu barışını bozmaya elverişliliğin aranması uyarınca tehlike suçu kapsamına girmesi gerektiğine işaret etmektedir.

Tehlike suçları ise kendi içerisinde somut tehlike suçu ve soyut tehlike suçu olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Kanuni tanımdaki hareketlerin, yöneldikleri suç konusu üzerinde gerçekten bir tehlike yaratıp yaratmadıklarının hakim tarafından araştırıldığı suçlar **somut tehlike suçları** olarak tanımlanırken, **soyut tehlike suçları** ise suçun kanuni tanımında yer alan hareketin işlenmesinin o suçun oluşması bakımından yeterli görüldüğü suç tipleri olarak tanımlanmaktadır.

Somut tehlike suçları ile soyut tehlike suçlarının farkının ortaya koyulması konunun anlaşılması bakımından faydalı olacaktır. Somut tehlike suçlarında, hakim, meydana gelen somut olayda suçun konusunun gerçekten tehlikeye düşürülüp düşürülmediğinin araştırılması gerekirken, soyut tehlike suçlarında söz konusu hususun araştırılmasına gerek yoktur.

Kanaatimizce halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunun, TCK'da eklendiği bölüm olan özel hükümlere ait ikinci kitabının topluma karşı suçları düzenleyen üçüncü kısmında yer alması ile birlikte suçun kanuni tanımın-

In our opinion, when the crime of public dissemination of disinformation is included in the third section of the second book of special provisions, which is the section that was added in the Turkish Criminal Code, regulating crimes against society, and when the expression "in a way that is contributory to disrupting public peace" in the legal definition of the crime is evaluated within the scope of the justifications of article 170/1 and article 216 of the Turkish Criminal Code and the jurisprudence of the Court of Cassation, it will be necessary to state that it is a concrete danger crime.

Namely; in the first paragraph of the article text of the offense of intentionally endangering general security in article 170/1 of the Turkish Penal Code, the optional acts constituting this offense are determined as starting a fire; causing a building collapse, landslide, avalanche, flood or flood; firing a gun or using explosives without permission. However, in order to be sentenced for these acts, there must be a concrete danger to the life, health or property of persons. Thus, the offense in question is defined as a crime of concrete danger. The realization of the offense depends on the occurrence of a concrete danger. In other words, the act must be "committed in a manner that may be dangerous to the life, health or property of persons or in a manner that may create fear, anxiety or panic in persons"⁵¹. For instance, in the first paragraph of article 170 of the Turkish Criminal Code, the act of starting a fire is not sufficient for punishment. The judge will investigate whether a danger "in terms of the life, health or property of persons" arises as a result of this act or whether "fear, anxiety or panic is created in persons" by considering the characteristics of the concrete event. In addition, since an objectively real danger must have occurred on the object protected in concrete danger crimes, a causal link must also be established between the perpetrator's action and the resulting danger⁵².

Regarding article 216 of the Turkish Criminal Code, the case law of the Court of Cassation on the object is as follows:

"While article 312 of the Turkish Criminal Code no. 765, which was in force on the date of the crime, requires ... "public incitement to enmity and hatred in a way that may be dangerous for public order", article 216/1 of the Turkish Criminal Code no. 5237, which entered into force after the date of the

da yer alan "kamu barışını bozmaya elverişli şekilde" ifadesinin, TCK 170/1 maddesi ve 216. maddesinin gerekçeleri ile Yargıtay'ın içtihatları kapsamında değerlendirildiğinde, somut tehlike suçu olduğunu ifade etmek gerekecektir.

Şöyle ki; TCK 170/1 maddesinde yer alan genel güvenliği kasten tehlikeye sokma suçunun madde metninin birinci fıkrasında, bu suçu oluşturan seçimlik hareketler, yangın çıkarmak; bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olmak; silâhla ateş etmek veya izinsiz patlayıcı madde kullanmak, olarak belirlenmiştir. Ancak, bu fiiller dolayısıyla cezaya hükmedebilmek için, kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından somut bir tehlikenin meydana gelmesi gerekir. Böylece, söz konusu suç, bir somut tehlike suçu olarak tanımlanmıştır. Suçun gerçekleşmesi somut tehlikenin ortaya çıkmasına bağlıdır. Diğer bir ifadeyle fiil; "kişilerin hayatı, sağlığı ve malvarlığı bakımından tehlikeli olabilecek biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda gerçekleşmiş" olmalıdır⁵¹. Örneğin TCK'nın 170'inci maddesinin birinci fıkrasında yangın çıkarmak hareketi cezalandırma bakımından yeterli değildir. Hakim bu hareketin sonucunda "kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından" bir tehlikenin doğup doğmadığını ya da "kişilerde korku, kaygı veya panik yaratılıp yaratılmadığını" somut olayın özelliklerini dikkate alarak araştıracaktır. Ayrıca somut tehlike suçlarında korunan konu üzerinde objektif olarak gerçek bir tehlike meydana gelmiş olması şart olduğuna göre, failin eylemi ile ortaya çıkan tehlike arasında nedensellik bağı da kurulmalıdır⁵².

TCK 216. maddesi bakımından ise Yargıtay'ın konuya ilişkin içtihadı;

"Suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK'nın 312. maddesinde .."kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa ve kin beslemeye alenen tahrik" anlamında iken, suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 216/1. maddesi ise "... tahrik eden kimse, bu nedenleaçık ve yakın tehlikenin ortaya çıkması halinde cezalandırılır." şeklinde düzenlenmiştir. 765 sayılı Yasanın 312. maddesinde fiilin suç olması için sadece sanık tarafından söylenmesi ve yazılması yeterli görüldüğü halde, 5237 sayılı TCK'da belirtilen hususlar yeterli görülmemiş "... bu nedenle açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması" unsuru aranır hale

FOOTNOTE

51 Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Özel Hükümler, p. 714.

52 Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Özel Hükümler, p. 719.

DİPNOT

51 Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Özel Hükümler, s. 714.

52 Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Özel Hükümler, s. 719.

PART 17

crime, is regulated as "... the person who incites ... is punished in the event that a clear and imminent danger arises for this reason." While in article 312 of the law no. 765, it was deemed sufficient for the act to be a crime only if it was said and written by the defendant, in the Turkish Criminal Code No. 5237, the aforementioned points are not deemed sufficient and the element of "... the emergence of a clear and imminent danger for this reason" has been sought. The effect and reaction of the act in the outside world is taken into consideration, and the act is considered a crime "in the event" of a clear and imminent danger. As clearly stated in the justification of the law, there is no doubt that the danger here is a concrete danger. In order for the offense in question to occur, the danger of deterioration of public security must arise based on concrete facts. In every case, the existence of concrete danger must be sought. Furthermore, an assessment should be made as to whether the limits of the freedom of thought and expression guaranteed by Articles 9 and 10 of the ECHR, which are considered part of our domestic law pursuant to articles 25, 26 and 90 of the Constitution, have been exceeded. Articles 26 of the Constitution of the Republic of Turkey and Article 10 of the ECHR emphasize that the freedom of expression includes the freedom to receive or impart news or information without interference by official authorities and that the freedom to receive and impart information is of particular importance. The European Court of Human Rights, in its many judgments emphasizing the freedom of expression of opinion guaranteed under Article 10, has almost unanimously recognized that this freedom is one of the cornerstones of a democratic society and constitutes one of the conditions for the progress and development of the individual and that this freedom may include not only news or ideas that are considered harmless, but also those that are contrary, irregular or alarming for the state or a part of the public, and that it is a requirement of open-mindedness that a democratic society cannot withdraw. In the concrete case, when the columns subject to the case are considered and evaluated as a whole, they do not contain violence, there is no reaction in the society due to these columns, there is no clear and imminent danger, for these reasons, they are within the scope of freedom of expression and the elements of the crime defined in Article 216 of the TCC No. 5237. The elements of the crime defined in Article 216 of the TCC No. 5237 did not occur and the defendant should be acquitted,

gelmiştir. Gerçekleşen fiilin dış dünyada meydana getirdiği etki ve tepki gözetilmekte, açık ve yakın tehlikenin ortaya çıkması "halinde" fiil suç sayılmaktadır. Yasanın gerekçesinde açıkça belirtildiği gibi buradaki tehlikenin somut tehlike olduğu yönünde bir kuşku bulunmamaktadır. Söz konusu suçun oluşması için kamu güvenliğinin bozulması tehlikesinin somut olgulara dayalı olarak ortaya çıkması gerekir. Her olayda, somut tehlikenin varlığı aranmalıdır. Ayrıca, Anayasanın 25, 26 ve 90'uncu maddeleri gereğince iç hukukumuzun bir parçası sayılan AİHS 9 ve 10'uncu maddeleriyle güvence altına alınan düşünce ve ifade hürriyetinin sınırlarının aşılmış aşılmadığı yönünden de değerlendirme yapılmalıdır. T.C. Anayasasının 26 ve İHAS'nin 10. maddeleri, düşünce hürriyetinin resmi makamların müdahalesi olmadan haber veya bilgi almak veya vermek serbestliğini de kapsadığı gibi haber alma, öğrenme özgürlüğünün özel bir şekilde önemsendiğini hatırlatmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 10. maddede garanti altına alınan düşünceyi açıklama özgürlüğünü vurgulayan birçok kararında hemen hemen ortak bir ifade kullanarak bu özgürlüğün demokratik toplumun temel taşlarından olup, kişinin ilerleyip gelişmesinin koşullarından birini teşkil edeceğini ve bu özgürlüğün sadece zararsız sayılan haber ya da fikirler bakımından değil, aynı zamanda, devlet yahut halkın bir bölümü için aykırı, kural dışı veya endişe verici olanları da içerebileceğini, demokratik toplumun vazgeçemeyeceği açık fikirliliğin gereği olduğunu kabul etmiştir. Somut olayda davaya konu köşe yazıları bir bütün olarak ele alınıp değerlendirildiğinde, şiddet içermediği, bu yazılar nedeniyle toplumda hiçbir tepki meydana gelmediği, açık ve yakın tehlikenin mevcut olmadığı, bu nedenlerle de ifade özgürlüğü kapsamında olup 5237 sayılı TCK'nın 216. maddesinde tanımlanan suçun unsurlarının oluşmadığı ve sanığın beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı biçimde mahkumiyetine karar verilmesi, yasaya aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi uyarınca uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince bozulmasına ... karar verildi."⁵³ şeklindedir.

TCK'nın 216'ncı maddesinin gerekçesinde de benzer yönde açıklamalara yer verilmiştir: "Bu suretle, çağdaş hukuktaki soyut tehlike suçlarını azaltma yönündeki eğilim dikkate alınmış, temel hak ve hürriyetlerin

but the decision to convict the defendant in the written form is contrary to the law, the appeals of the defendant's defense counsel have been deemed appropriate in this respect, and for this reason, the judgment is reversed in accordance with Article 321 of the Code of Criminal Procedure No. 1412, which should be applied in accordance with Article 8/1 of the Law No. 5320 ... was decided"⁵³.

The preamble to Article 216 of the Turkish Criminal Code (TCC) also contains similar explanations: "In this regard, the tendency in contemporary law to reduce abstract danger crimes has been taken into consideration and the area of use of fundamental rights and freedoms has been expanded. For this offense to occur, there must be a concrete factual danger of a deterioration in public security. This danger is a concrete danger. In determining whether this concrete danger has occurred, the result of the danger caused by the words and behaviors of the perpetrator must occur. The judge will determine whether this danger has been realized due to the expressions used, by showing the grounds. In this context, it must be established that the person's words and behavior constitute an imminent danger in terms of disrupting public security. The words and behaviors of the person must have an effect on a segment of the public that justifies the concern that the acts subject to incitement will be committed. The criterion of "clear and present danger" must exist between freedom of expression and such dangerous offenses. Accordingly, speeches or opinions may be prohibited if they constitute a clear and present danger to society, and punishment cannot be imposed for the offense in question unless the existence of such a danger is clearly and concretely established".

In this direction, we are of the opinion that the element sought in the expression "being conducive to disrupting public peace" in the definition of the crime in the newly added Article 217/A of the Turkish Criminal Code (TCC) will be evaluated within the scope of the crime of concrete danger. Whether the danger in concrete danger crimes should be considered as a result or as an objective condition of punishment is another issue that needs to be discussed.

In our opinion, in concrete danger crimes, the fact that the act performed in accordance with the legal description creates a concrete danger for the subject of the crime

kullanım alanı genişletilmiştir. Söz konusu suçun oluşması için, kamu güvenliğinin bozulması tehlikesinin somut olgulara dayalı olarak varlığı gereklidir. Bu tehlike, somut bir tehlikedir. Bu somut tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlerken failin söz ve davranışlarının neden olduğu tehlike neticesinin gerçekleşmesi gerekir. Hâkimin, kullanılan ifadeler dolayısıyla bu tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğini, dayanak noktalarını göstermek suretiyle belirleyecektir. Bu kapsamda, kişinin söz ve davranışlarının kamu güvenliğini bozma açısından yakın bir tehlike oluşturduğunun tespit edilmesi gerekir. Kişinin söz ve davranışlarının, halkın bir kesimi üzerinde tahrik konusu fiillerin işleneceği hususunda duyulan endişeyi haklı kılacak bir etki oluşturması gerekir. İfade özgürlüğü ile bu tip tehlike suçları arasında "açık ve mevcut tehlike" kriterinin var olması gerekir. Buna göre, yapılan konuşma veya öne sürülen düşünceler toplum açısından açık ve mevcut bir tehlike oluşturduğu takdirde yasaklanabilmekte, keza böyle bir tehlikenin varlığı somut olarak, açıkça tespit edilmedikçe söz konusu suçtan dolayı cezalandırma yoluna gidilemez".

Bu doğrultuda TCK'ya yeni eklenen 217/A maddesindeki suçun tanımında geçen "kamu barışını bozmaya elverişli olması" ifadesinde aranan unsurun somut tehlike suçu kapsamında değerlendirileceği kanaatindeyiz. Somut tehlike suçlarındaki tehlikenin, netice olarak mı yoksa objektif cezalandırılma şartı olarak mı değerlendirilmesi gerektiği ise, tartışılması gereken diğer bir husustur.

Kanaatimizce somut tehlike suçlarında, icra edilen kanuni tarife uygun fiilin suçun konusu açısından somut bir tehlike meydana getirmesi, bu suçlar açısından kurucu bir unsur olarak değil, bir cezalandırılabilme şartı olarak anlaşılmaktadır⁵⁴. Objektif cezalandırılabilme şartları, suçun bütün unsurları gerçekleştikten sonra söz konusu olabilen ve esasen gerçekleşmediği takdirde kişinin haksızlık ve suç teşkil eden eyleminden cezalandırılmasını engelleyen şartlardır⁵⁵. Objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlar, unsurların gerçekleşmesiyle tamamlanır ve suç şartın değil, unsurların tamamlandığı anda ve yerde işlenmiş sayılır. Ancak objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmediği müddetçe kişi eyleminden sorumlu tutulamaz⁵⁶. Söz konusu suç tipinde kamu barışının bozulması bakımından, açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması suçun kurucu unsuru değil, objektif cezalandırılabilme şartı

FOOTNOTE

53 Printed verdict of Court of Cassation 8th Criminal Chamber dated 20/6/2012 and E. 2010/6293, K. 2012/21247.

DİPNOT

53 Yargıtay 8. Ceza Dairesininin 20/6/2012 tarihli, 2010/6293 Esas ve 2012/21247 Karar sayılı ilamı.

54 İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17.Bası, Ankara 2021, s. 753.

55 Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 720.

56 Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 720.

PART 17

is understood as a condition of criminality, not as a constitutive element for these crimes⁵⁴. Objective conditions of criminality are the conditions that may be in question after all the elements of the crime have been realized and which, if not realized, prevent the person from being punished for the act that constitutes injustice and crime⁵⁵. Crimes that contain objective conditions of criminality are completed upon the fulfillment of the elements, and the crime is considered to have been committed at the time and place where the elements are completed, not the condition. However, as long as the objective condition of criminality is not fulfilled, the person cannot be held responsible for his/ her action⁵⁶. In this type of crime, the emergence of a clear and imminent danger in terms of disruption of public peace is not a constituent element of the crime, but an objective condition of criminality, therefore, if no clear and imminent danger to public peace emerges after the act is committed, the perpetrator shall not be punished for the attempt.

In the measure of clear and present danger, clarity means that the danger is revealed in such a way that there is no room for doubt, and imminence means that the words used in the expression of opinion are close to the possibility of causing concrete danger, i.e. harm. In addition to the high probability of the occurrence of harm to the extent of inevitability, whether the expression of thought contains a clear and direct threat must also be checked separately in each concrete case⁵⁷.

The legal definition of the offense of public dissemination of disinformation is that the dissemination of inaccurate information about the internal and external security, public order and public health of the country among the public is of a nature that is "capable of disrupting public peace", in other words, it is required to be of a nature that would disrupt the peace of society and public peace. In this type of crime, by including the requirement that the false information disseminated publicly "must be capable of disrupting public peace", the possibility of criticism, freedom of expression and the right to make political propaganda should not be harmed, and statements made for different purposes should be punished if they reveal a danger determined in terms of their real elements. In other words, in order to punish the public dissemination of false in-

formation in cases of necessity, it has been emphasized that it should be considered whether it is of a nature to cause a concrete danger, and that it should not be punished in cases where there is no "clear, imminent and present danger", thus aiming to ensure and protect social protection and freedoms at the same time⁵⁸.

Açık ve mevcut tehlike ölçüsünde, açıklık, tehlikenin, kuşkuya meydan vermeyecek şekilde ortaya çıkmasını; yakınlık ise, düşünce açıklamasında kullanılan kelimelerin somut tehlike yani zarar yaratma olasılığına yakın olmasını ifade etmektedir. Zararın ortaya çıkması olasılığının kaçınılmazlık ölçüsünde yüksek olmasının yanı sıra, düşünce açıklamasının açık ve doğrudan bir tehdit içerip içermediği de her somut olayda ayrı ayrı denetlenmelidir⁵⁷.

Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunun kanuni tanımına ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilginin halk arasında yayılmasının "kamu barışını bozmaya elverişli" nitelikte olması, yani toplumun huzuru ve kamu barışını bozacak nitelikte olması aranmıştır. Bu suç tipinde, alenen yayılmış olan gerçeğe aykırı bilginin "kamu barışını bozmaya elverişli olması" zorunluluğuna yer verilmek suretiyle, eleştiri olanağının, ifade özgürlüğünün, siyasal propaganda yapma hakkının zedelenmesi, değişik amaçlarla yapılan açıklamaların, gerçek unsurları itibarıyla belirlenmiş bir tehlikeyi ortaya çıkarması halinde cezalandırılması, yani zorunluluk hallerinde gerçeğe aykırı bilginin alenen yayılmasını cezalandırmak için bunun somut bir tehlikeye meydan verecek nitelikte olup olmadığına bakılması "açık, yakın ve mevcut tehlike" bulunmayan hallerde cezalandırılmamak gerektiği vurgulanmış, böylece toplumsal korunma ve özgürlüklerin aynı zamanda sağlanıp korunması amaçlanmıştır⁵⁸.

Bu kapsamda sanık bakımından daha fazla güvence içeren, teorik esaslarla muvafık olan ve ifade ve düşünce özgürlüğü kapsamının genişletildiği isabetli yolun, Yargıtay tarafından gerek TCK 170/1 maddesi, gerek TCK 216. maddesi uyarınca tercih edilen, somut tehlike suçu kapsamındaki tehlikenin gerçekleşmesi doğrultusundaki objektif cezalandırılma şartı görüşünün TCK 217/A maddesi bakımından da sürdürüleceğini düşünmekteyiz.

İstanbul Hukuk Mecmuasında yayınlanan Tehlike Suçları Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama Suçları (TCK m 216) konulu araştırma makalesinde konuya ilişkin aksi yönde görüşlerin ise;

"Nitekim somut tehlike suçlarında aranan somut bir tehlikenin gerçekleşmesi, maddi unsurlar kapsamında değerlendirilmelidir. Bununla birlikte somut tehlikenin, geniş anlamda netice kapsamında ele alınabileceği ve bu hususun, suçun unsurları dışında objektif cezalandırılabilme koşulu olarak değerlendirilemeyeceği ve bunun bir sonucu olarak bu unsurun failin kastının kapsamında olduğu söylenebilir. Ancak somut tehlike suçuna teşebbüs hususu tartışmalı olup, mevcut teşebbüs düzenlemesi de dikkate alınarak somut olaya göre değerlendirme yapılmalıdır.

Genel olarak "ifade suçları" olarak nitelendirilen Alm CK § 130'da düzenlenen suçlar, farklı suç türlerine örnek teşkil etmektedir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, Alm CK § 130 II soyut tehlike suçuna, I ve III soyut-somut tehlike suçuna örnek teşkil ederken, kamu barışının bozulmasının arandığı Alm CK § 130 IV ise, neticeli bir suç olup, zarar suçuna örnek teşkil etmektedir."

şeklinde olduğunu belirtmekte fayda görmekteyiz⁵⁹.

As a matter of fact, the realization of a concrete danger sought in concrete danger crimes should be evaluated within the scope of material elements. However, it could be interpreted that the concrete danger could be considered within the scope of the result in a broad sense and this issue cannot be considered as an objective condition of criminality other than the elements of the crime, and as a result, this element is within the scope of the perpetrator's intent. However, the issue of attempt to commit the crime of concrete danger is controversial and should be evaluated according to the concrete case, considering the existing attempt regulation.

The offenses regulated under § 130 of the German Criminal Code, which are generally referred to as "expression offenses", are examples of different types of offenses. As mentioned above, § 130 II of the German Criminal Code is an example of an abstract danger offense, I and III are examples of an abstract-concrete danger offense, while § 130 IV of the German Criminal Code, which requires a breach of public peace, is a consequential offense and is an example of a damage offense."

it is worth noting that it is in the form of⁵⁹.

FOOTNOTE

54 İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Edition, Ankara 2021, p. 753.

55 Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Özel Hükümler, p. 720.

56 Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Özel Hükümler, p. 720.

57 Hasan Tahsin Gökçen/ Mustafa Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Volume 5, Ankara 2021, p. 7300.

58 Gökçen/ Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Volume 5, Ankara 2021, p. 7325-7326.

59 Elif Ergüne, The Crimes of Provoking People to Hatred and Hostility or Contempt within the Context of Danger Crimes (TCC Art 216) , Istanbul Law Journal, V. 78, Iss. 3, 2020, p. 1695, 1696.

DİPNOT

57 Gökçen/ Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 5.Cilt, Ankara 2021, s. 7300.

58 Gökçen/ Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 5.Cilt, Ankara 2021, s. 7325-7326.

59 Elif Ergüne, "Tehlike Suçları Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama Suçları (TCK m 216)", İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 78, S. 3, 2020, s. 1695, 1696.

PART 17

3. Result

The consequence would only be considered as an element if it is included in the legal definition of the crime. Thus far, the understanding that “there is no crime without consequence” prevailing in the classical criminal theory has been discarded. In contemporary criminal law, instead of the theory of crime based on the injustice expressed by the result, a theory of crime based on the injustice expressed by the act has been developed⁶⁰.

In this context, under the heading of the object of the crime in the material elements; it has been revealed that the crime of public dissemination of disinformation is a concrete danger crime, and the realization of the danger will be evaluated as an objective condition of criminality, not as a result of the material elements of the crime.

4. Perpetrator

The perpetrator is in Article 37 of the Turkish Criminal Code defined as “Each person who performs the act together in the legal definition of the crime is responsible as the perpetrator.” In other words, the person who dominates the act within the legal scope of the crime and commits the injustice in accordance with the legal definition is known as the perpetrator. In terms of the expression “the person who publicly disseminates in a way that is suitable for disturbing the public peace” in the crime of public dissemination of disinformation, which is the crime that was mentioned and explained; it has been revealed that it is a crime that can be committed by anyone. From this point of view, every real person who has the ability to act can be the perpetrator of the crime in question.

It should also be noted that in accordance with the articles of the law enacted in 18.10.2022, some regulations were also introduced to the Press Law No. 5187. According to the amendment to the law, Annex 3 and Annex 6 articles added to the Press Law No. 5187 are as follows:

“Conditions sought for persons who can obtain a press card Annex Article 3-;

In order for those who request a press card to apply;

...ç) Even if the periods specified in Arti-

3. Netice

Netice, ancak, suçun kanuni tanımında varsa bir unsur olarak dikkate alınacaktır. Bugün artık, klasik suç teorisinde hakim olan “neticesiz suç yoktur” anlayışı terk edilmiştir. Çağdaş ceza hukukunda, neticenin ifade ettiği haksızlık üzerine kurulu suç teorisine, hareketin ifade ettiği haksızlığa dayalı bir suç teorisine geliştirilmiştir⁶⁰.

Bu kapsamda maddi unsurlardaki suçun konusu başlığı altında; halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunun somut tehlike suçu olduğu, tehlikenin gerçekleşmesinin suçun maddi unsurlarından netice olarak değil de objektif cezalandırılabilme şartı olarak değerlendirileceği ortaya konmuştur.

4. Fail

Fail, TCK'nın 37. maddesinde; Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur. şeklinde tanımlanmıştır. Bir diğer deyişle suçun kanuni tanımında bulunan fiil üzerinde hakimiyet kuran, kanuni tanıma uygun şekilde haksızlığı gerçekleştiren kişi fail olarak bilinmektedir. İncelediğimiz suç olan halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunda yer alan “kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yayan kimse,” ifadesi bakımından herkes tarafından işlenebilecek bir suç olduğu ortaya konmuştur. Buradan hareketle hareket yeteneğine sahip olan her gerçek kişi söz konusu suçun faili olabilecektir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki; 18.10.2022 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren yasanın maddeleri uyarınca 5187 sayılı Basın Kanunu'na da birtakım düzenlemeler getirilmiştir. Yapılan yasa değişikliğine göre 5187 sayılı Basın Kanunu'na eklenen EK 3 ve EK 6 maddeleri şu şekildedir;

“Basın kartı alabilecek kişilerde aranan şartlar Ek Madde 3-;

Basın kartı talep edenlerin başvuruda bulunabilmeleri için;

...ç) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle

cle 53 of the Turkish Criminal Code dated 26/9/2004 and numbered 5237 have passed; imprisonment for five years or more for an intentionally committed crime or for blackmail, theft, forgery, fraud, breach of trust, perjury, perjury, slander, fabrication, obscenity, prostitution, fraudulent bankruptcy, embezzlement, extortion, bribery, smuggling, bid rigging, fraudulent execution, laundering of property values arising from crime, crimes against sexual immunity, crimes against public peace, crimes against the constitutional order and its functioning, crimes against national defense, crimes against state secrets and espionage not be convicted of crimes

d) Have not been convicted for the terrorist crimes listed in Article 3 of the Anti-Terrorism Law and crimes committed with the aim of terrorism listed in Article 4, or for the crimes specified in Article 6, in accordance with Article 4 of the Law on the Prevention of Financing of Terrorism dated 7/2/2013 and numbered 6415...

Circumstances in which the press card will be canceled Annex Article 6

If it is understood that the press card holder does not have the qualifications specified in the additional article 3 or has subsequently lost these qualifications, the press card shall be canceled by the Presidency.”

In this context, it should be noted that if the perpetrator of the crime of spreading misleading information to the public in question is the owner of the press card, the press card will be canceled, and if he is not the owner of the press card, he will not be able to get a press card.

5. Victim

Every crime has a perpetrator, as well as a victim. There can be no crime without a victim. Victim, in general, means “the person who has been wronged due to the act committed”, “the person whom a crime has been committed against”.

As a rule, the victim of “crimes against society”, which is regulated in the third part of the second book of the TCC, entitled Special Provisions, is everyone who makes up the society.

Another point to be mentioned is that the

hapis cezasına ya da şantaj, hırsızlık, sahtecilik, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma, yalan tanıklık, yalan yere yemin, iftira, suç uydurma, müstehcenlik, fuhuş, hileli iflas, zimmet, irtikâp, rüşvet, kaçakçılık, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçları ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, kamu barışına karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçlarından hüküm giymemiş olması,

d) Terörle Mücadele Kanununun 3 üncü maddesinde sayılan terör suçları ile 4 üncü maddesinde sayılan terör amacı ile işlenen suçlardan veya 6 ncı maddede belirtilen suçlar ile 7/2/2013 tarihli ve 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanunun 4 üncü maddesi uyarınca hüküm giymemiş olması,...

Basın kartının iptal edileceği haller EK MADDE 6-

Basın kartı sahibinin, ek 3 üncü maddede yer alan niteliklere sahip olmadığını veya bu nitelikleri sonradan kaybettiğinin anlaşılması hâlinde basın kartı Başkanlıkça iptal edilir.”

şeklinde. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki söz konusu halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunun faili basın kartı sahibi ise basın kartı iptal edilecektir, basın kartı sahibi değilse de basın kartı alamayacaktır.

5. Mağdur

Her suçun bir faili olduğu gibi, mutlaka bir de mağduru vardır. Mağduru bulunmayan bir suç olamaz. Mağdur; genel olarak, “işlenen fiil nedeniyle haksızlığa uğramış kişi”, “kendisine karşı suç işlenen kimse” anlamına gelmektedir.

TCK'nın özel hükümler başlıklı ikinci kitabının üçüncü kısmında düzenlenen, “topluma karşı suçların” mağduru, kural olarak, toplumu oluşturan herkestir.

Başka bir konuya değinmek gerekirse, suçun mağduru yalnızca gerçek bir kişidir. Bu

FOOTNOTE

60 Mahmut Koca/ İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2020, p. 128-129.

DİPNOT

60 Mahmut Koca/ İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2020, s. 128-129.

PART 17

victim of the crime is only a real person. This person is the person who was alive when the criminal act was committed. Apart from human beings, institutions and bodies such as family, state, legal person, groups of individuals, and the community of states may not be victims of crime, even if they may be "harmed by crime". In the last case, the concept of victim and victim of crime are different from each other. Although the victim is also the person who has been harmed by the commission of the crime, the person who has been harmed by the crime may not always be the person who has been victimized due to the commission of the crime. In other words, legal persons or institutions may not be victims of the crime, but may be harmed by the crime. In this respect, while the victim of the crime of publicly disseminating misleading information is everyone who constitutes the society, the person who suffers from the crime may be legal persons and institutions.

B. Moral Aspect

The crime of publicly disseminating misleading information, regulated in Article 217/A of the TCC, must be committed with the sole motive of creating anxiety, fear or panic among the public. Thus, for the occurrence of the crime with the article, it is necessary to act with a special intent. Since the perpetrator acts with the special intention of creating anxiety, fear or panic among the public, this crime is a crime committed with a special intent. General intent is not enough. If the perpetrator does not act just to create anxiety, fear or panic among the public, but acts for other purposes, then the crime of publicly disseminating misleading information will not occur, but another crime may occur if the conditions exist.

At the same time, since this crime is a crime that can be committed with a special intent, it can be committed with a direct intent. It is not possible to commit it with possible intent or negligence.

In addition, it should be known that the information spread as a complementary element of the motive of creating anxiety, fear or panic among the people in question is untrue. The dissemination of information that is not known to be inaccurate with the aim of creating anxiety, fear or panic among the public will not constitute a crime, but will consist of the dissemination of information that is not contrary to the truth, that is, real information,

kişi, suçun işlendiği anda hayatta olan kişidir. Aile, devlet, tüzel kişi, kişi toplulukları, devletler topluluğu gibi kurumlar "suçtan zarar gören" olabilirler, ancak suçun mağduru olamazlar. Mağdur ve suçtan zarar gören kavramları birbirinden farklıdır. Mağdur, suçun işlenmesinden zarar gören kişidir, ancak suçtan zarar gören kişi her zaman mağdur olmayabilir. Tüzel kişi veya kurumlar suçun mağduru olamazlar, ancak suçtan zarar gören olabilirler. Bu nedenle, halkı yanıltıcı bilgi yayma suçunun mağduru toplumu teşkil eden herkeştir, ancak suçtan zarar gören tüzel kişi ve kurumlar olabilirler.

B. Manevi Unsur

TCK'nın 217/A maddesinde düzenlenen halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunun, sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle işlenmesi gerekmektedir. Böylece maddeyle suçun oluşması için özel bir kastla hareket edilmesi şartı getirilmektedir. Burada fail, halk arasında endişe, korku veya panik yaratma özel kastıyla davrandığından bu suç, özel kastla işlenen bir suçtur. Genel kast yeterli değildir. Fail, sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak amacıyla davranmaz da başka amaçlarla davranır ise, bu durumda halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu oluşmaz, ancak koşulları varsa başka bir suç oluşabilir.

Aynı zamanda bu suç özel kast ile işlenebilen bir suç olduğundan doğrudan bir kastla işlenebilecektir. Olası kast veya taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Ayrıca söz konusu halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikinin tamamlayıcı unsuru olarak yayılan bilginin gerçeğe aykırı olduğunun bilinmesi gerekmektedir. Gerçeğe aykırı olduğu bilinmeyen bir bilginin halk arasında endişe, korku veya panik yaratması amacıyla yayılması suçu oluşturmayacak olup, suçun unsurlarından olan gerçeğe aykırı olmayan bilginin yani gerçek bir bilginin suçun manevi unsuru olan saikle yayılmasından ibaret olacaktır. Ancak gerçeğe aykırı olduğu bilinen bilginin sırf halk arasında endişe, korku veya

which is one of the elements of the crime, with the motive, which is the moral aspect of the crime. However, it can be said that the moral element of the crime occurs when the information that is known to be untrue is publicly disseminated with the sole motive of causing anxiety, fear or panic among the public. In cases where it is not known that the disseminated information is untrue, it cannot be said that the perpetrator acted deliberately and that the crime occurred in this respect.

C. Unlawfulness Element

a. Generally

Unlawfulness, in general terms, means to oppose the law (right), to be in conflict with it. Unlawfulness as an element of the crime means that the act committed is not permissible by the legal order, and the act is in contradiction and conflict with the entire legal order⁶¹. Unlawfulness is a holistic concept.

It can be said that the typical act in accordance with the legal definition of the crime is unlawful, and accordingly, typicality is a presumption of illegality. However, it should be ensured that there are no legal reasons for the crime to occur. In other words, after determining the type-appropriate action, it should be investigated whether there is a reason for compliance with the law that makes the typical action lawful, not a special examination of the illegality of this action. If

panik yaratması saikiyle alenen yayılması durumunda suçun manevi unsurunun meydana geldiğinden bahsedilebilecektir. Yayılan bilginin gerçeğe aykırı olduğunun bilinmediği durumlarda failin kasten hareket ettiğinden ve bu itibarla suçun oluştuğundan söz edilemeyecektir.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

a. Genel Olarak

Hukuka aykırılık, genel bir ifadeyle, hukuka (hakka) karşı gelme, onunla çatışma halinde olma demektir. Suçun bir unsuru olarak hukuka aykırılık ise işlenen fiile hukuk düzeni tarafından cezaz verilmemesi, fiilin bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması anlamına gelmektedir⁶¹. Hukuka aykırılık bütüncül bir kavramdır.

Suçun kanuni tanımına uygun tipik olan fiilin, hukuka aykırı olduğu, bu doğrultuda tipikliğin hukuka aykırılığın bir karinesi olduğu söylenebilecektir. Ancak suçun gerçekleştiği durumda hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmadığından emin olunması gerekmektedir. Yani tipe uygun olan fiil tespit edildikten sonra, bu fiilin hukuka aykırılığının özel olarak incelenmesi değil, tipik fiili hukuka uygun hale getiren bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığı



FOOTNOTE

61 Mahmut Koca/ İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2020, p. 364.

DİPNOT

61 Mahmut Koca/ İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2020, s. 364.

PART 17

there is a reason for compliance with the law, the presumption of illegality disappears and the act will be considered lawful. The reasons that make an action lawful are called "reasons for compliance with the law". In this context, exercise of the right, freedom of expression, freedom of expression and dissemination of thought, the right of the press to inform, and the freedom to receive information and learning will be examined for the following reasons for compliance with the law in terms of the crime of publicly disseminating misleading information.

b. Exercise of the Right

Paragraph 1 of Article 26 of the TCC states that no one who uses his right is punished and constitutes the legal basis for the exercise of the right, which is a general reason for compliance. If the legal order has given individuals a certain right in any matter and an action has been taken within the limits of this right, it is no longer possible to evaluate the acts that constitute the exercise of the right as unlawful⁶². Even if the act of the person exercising her right causes harm to others, the legal order must prioritize the exercise of the right. Because the legal order that allows an act to be committed cannot at the same time prohibit it⁶³.

Right refers to the power whose framework is determined by the legal order and which gives the individual the ability to determine their own destiny and shape their own environment with their free will⁶⁴. The use of a subjective right that can be used directly by the person, the use of this right within the limits of the reason for recognition, and the existence of a causal link between the act committed and the type appropriate will constitute a reason for lawfulness. In this context, it will be stated that in connection with the crime of publicly disseminating misleading information, the rights regarding freedom of thought, freedom of expression and dissemination, the right of the press to inform, the freedom to receive and learn are in accordance with the law.

c. Freedom of Thought

In a state of law, it may be necessary to include provisions such as "the crime of publicly disseminating misleading information" or similar provisions in the criminal code in order to establish the legal order in a healthy manner and to ensure that the legal security and social peace and order are main-

araştırılmalıdır. Şayet hukuka uygunluk nedeni bulunuyorsa, hukuka aykırılık karinesi ortadan kalkar ve fiil hukuka uygun sayılacaktır. Bir fiili hukuka uygun hale getiren nedenlere "hukuka uygunluk nedenleri" denmektedir. Bu bağlamda halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu bakımından aşağıda yer verilen hukuka uygunluk nedenlerinden hakkın kullanılması, ifade özgürlüğü, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü, basın haber verme hakkı ve haber alma ve öğrenme özgürlüğü irdelenecektir.

b. Hakkın Kullanılması

TCK'nın 26. maddesinin 1. fıkrası; "Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez" şeklinde olup genel bir hukuka uygunluk nedeni olan hakkın kullanılmasının hukuki dayanağını oluşturmaktadır. Hukuk düzeni kişilere herhangi bir konuda belirli bir hak tanıdığı ve bu hakkın sınırları içerisinde bir fiil gerçekleştirilmişse, artık hakkın kullanılmasını teşkil eden fiiller hakkında hukuka aykırılık değerlendirilmesinde bulunulamaz⁶². Hakkını kullanan kişinin fiili, başkalarının zarar görmesine neden olsa bile, hukuk düzeni hakkın kullanılmasını üstün tutmak zorundadır. Zira bir fiilin işlenmesine cevaz veren hukuk düzeni aynı zamanda onu yasaklayamaz⁶³.

Hak, hukuk düzeni tarafından çerçevesi belirlenmiş olan ve bireye özgür iradesiyle kendi kaderini belirleme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren gücü ifade eder⁶⁴. Hakkın kullanılması; kişi tarafından doğrudan doğruya kullanılabilen sübjektif bir hakkın kullanılması, kişinin bu hakkını tanıma sebebinin sınırları içinde kullanması, işlenen ve tipe uygun olan fiil arasında uygun arastırılmalıdır. Şayet hukuka uygunluk nedeni bulunuyorsa, hukuka aykırılık karinesi ortadan kalkar ve fiil hukuka uygun sayılacaktır. Bir fiili hukuka uygun hale getiren nedenlere "hukuka uygunluk nedenleri" denmektedir. Bu bağlamda halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu bakımından aşağıda yer verilen hukuka uygunluk nedenlerinden hakkın kullanılması, ifade özgürlüğü, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü, basın haber verme hakkı ve haber alma ve öğrenme özgürlüğü irdelenecektir.

c. Düşünce Özgürlüğü

Bir hukuk devletinde hukuk düzeninin sağlıklı biçimde tesisi ve sağlanan hukuk güvenliği ile toplumsal barış ve düzenin aksamadan yaşatılabilmesi için, "halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu" veya buna benzer hükümlerin ceza kanununda bulunması lüzumlu görülebilir. Hukuk; farklı sosyal sınıf, ırk, din,

tained without interruption. Law cannot and should not be a spectator to the public dissemination of false information with the aim of creating anxiety, fear or panic in a way that will disrupt public peace and order between people belonging to different social classes, races, religions, sects or regions.

Thinking is a function, an activity of the human brain. Thought, on the other hand, is the products of this activity, that is, the propositions or statements expressed. When freedom of thought is mentioned, it is necessary to understand together the freedom of information and learning, which allows the formation of thought, the freedom of opinion, which means not to be condemned for thoughts and opinions formed in the environment where this freedom is provided,

mezhep veya bölgelere mensup insanlar arasında, kamu barışını, düzenini bozacak şekilde endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle gerçeğe aykırı bilginin alenen yayılmasına seyirci kalmaz, kalmamalıdır.

Düşünme, insan beyninin bir fonksiyonu, bir faaliyetidir. Düşünce ise, bu etkinliğin ürünlerine, yani dile getirilen önermelere ya da ifadelere denir. Düşünce hürriyeti denince, düşüncenin oluşumuna imkan veren haber alma ve öğrenme özgürlüğü, bu özgürlüğün sağlandığı ortamda oluşan düşünce ve kanaatlerden kınanmamayı ifade eden kanaat özgürlüğü ve bu suretle sahip olunan düşüncenin açıklanması, yayılması özgürlüğünü birlikte anlamak gerekir. Bu üç husus, aynı zamanda düşünce özgürlüğünün temel unsurları olarak kabul edilir⁶⁵.

Fundamental rights and freedoms may only be defined and restricted by law, without violating on their essence, depending on the reasons detailed in the relevant articles of the Constitution.

Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasasının ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.

and thus the freedom to express and disseminate the thought. These three aspects are also considered as the basic elements of freedom of thought⁶⁵.

Exposure to a sanction for ideas transmitted to the outside world through the lips or the tips of the fingers becomes when these expressions exceed the limits of the "freedom of thought" guaranteed in Articles 9 and 10 of the European Convention on Human Rights, which is considered a part of our domestic law pursuant to Articles 25 and 26 of the Constitution and the last paragraph of Article 90 of the Constitution. If the limits of

Dudakların arasından veya parmakların ucundan dış dünyaya aktarılan fikirlerden dolayı bir müeyyideye maruz kalma; bu ifadelerin Anayasasının 25'inci ve 26'ncı maddesi ile yine Anayasasının 90'uncu maddesinin son fıkrası gereğince iç hukukumuzun bir parçası sayılan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9'uncu ve 10'uncu maddelerinde güvence altına alınan 'düşünce hürriyetinin' sınırlarını aşması halinde söz konusu olur. Eğer düşünce hürriyetinin sınırları aşılmamış, ifade edilenler bu hürriyetle insanlara sağlanan serbest alan içinde kalmışsa, artık onlar pozitif hukukun koruması altındadır ve devlet bu kimseleri cezalandırmak bir

FOOTNOTE

⁶² İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2021, p. 286.

⁶³ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2021, p. 286.

⁶⁴ Öztürk/ Erdem, kn.241. via Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2021, p. 286.

⁶⁵ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Özel Hükümler, p. 925.

DİPNOT

⁶² İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17.Bası, Ankara 2021, s. 286

⁶³ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17.Bası, Ankara 2021, s. 286.

⁶⁴ Öztürk/ Erdem, kn.241. nakleden Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17.Bası, Ankara 2021, s. 286.

⁶⁵ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, Özel Hükümler, s. 925.

PART 17

freedom of thought have not been exceeded, and those expressed have remained within the free space provided to people with this freedom, they are now under the protection of positive law and the state, far from punishing these people, has to ensure the freedom to express these ideas⁶⁶. With the criminal law terminology, in such cases, there will be a reason for compliance with the law within the scope of the enforcement of the right.

d. Freedom to Express and Disseminate one's Thought

Another dispute which requires to be addressed is the determination of the type of crime in terms of freedom of expression. In accordance with that, should freedom of expression be considered as a situation that impedes the right to access news or information by forming "disinformation", or does the fact that news is prevented under the name of disinformation by a type of crime generates an interference in terms of freedom of expression?

Freedom of expression refers to the phase of expression of thought⁶⁷. The ability of thought to execute its function and its transition from a static state to a dynamic state depends on its expression⁶⁸. The concept of explanation which was priorly mentioned; also includes actions such as defending ideas, telling others, disseminating, suggesting and advising, and propaganda. In that case, the fact that an inaccurate information has been expressed publicly, even if it is an opinion, requires to be elucidated in a way, in order for the crime of publicly spreading misleading information to come forward. Regarding the

yana, bu fikirlerini açıklama hürriyetini temin etmek durumundadır⁶⁶. Ceza hukuku terminolojisi ile böyle hallerde hakkın icrası kapsamında bir hukuka uygunluk sebebi söz konusu olacaktır.

d. Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğü

Ele alınmasına ihtiyaç duyulan bir diğer tartışma da suç tipinin ifade özgürlüğü bakımından konumunun belirlenmesidir. Buna göre ifade özgürlüğü "dezenformasyon" yapılarak kişinin haber ya da bilgiye ulaşma hakkını engelleyen bir durum olarak mı değerlendirilmelidir, yoksa dezenformasyon adı altında haberlerin engellenmesinin bir suç tipi ile sağlanıyor olması ifade özgürlüğü bakımından engel teşkil eden bir durum mu yaratmaktadır?

Açıklama hürriyeti, düşüncenin dışa vurulma safhasını ifade eder⁶⁷. Düşüncenin fonksiyonunu ifa edebilmesi, statik halden dinamik hale geçmesi onun dışa vurulmasına bağlıdır⁶⁸. Burada sözü edilen açıklama kavramına; düşünceleri savunma, başkalarına anlatma, yayma, telkin ve tavsiyelerde bulunma, propaganda gibi eylemler de girer. Bu halde halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunun gündeme gelebilmesi bakımından düşünce bile olsa gerçeğe aykırı bir bilginin alenen dışa vurulmuş olması bir bakıma açıklanması gerekmektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinden olan düşünceyi açıklama ve yayma



FOOTNOTE

66 Artuk/ Gökcen/ Alshahin/ Çakır, Özel Hükümler, p. 925.

67 Artuk/ Gökcen/ Alshahin/ Çakır, Özel Hükümler, p. 927.

68 Artuk/ Gökcen/ Alshahin/ Çakır, Özel Hükümler, p. 927.

freedom of expression and dissemination of thought, which is one of the reasons for compliance with the law, in accordance with the decision of the Criminal General Assembly;

"There are comprehensive regulations on freedom of thought both in international law and in national law.

Article 19 of the United Nations Universal Declaration of Human Rights of 10 December 1948;

'Everyone has the right to freedom of opinion and expression; aforementioned right consists of the freedom not to be disrupted by one's opinions and to seek, receive and disseminate information and opinions by any means, regardless of national borders.'

Article 19 of the United Nations International Covenant on Civil and Political Rights of 16 December 1966;

'1- Everyone has the right to freedom of speech; aforementioned right consists of the freedom to research, receive and transmit all kinds of news and ideas, whether in oral, written, printed or artistic form, or by any other chosen means, regardless of country borders.

Article 10 para. 1 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 December 1950;

'Everyone has the freedom to express and articulate their point of views. Aforementioned right consists freedom of opinion and freedom to obtain and transmit information or ideas without interference by public authorities and regardless of perimeters.'

is considered within the scope of the provision, in conjunction with this;

Conference on Security and Cooperation in Europe dated 21 November 1990, in the Paris Charter for a New Europe;

'Human rights and fundamental freedoms are inalienable rights that all human beings acquire at birth and are guaranteed by law. Their preservation and advancement are the primary duty of the state. Respect for them constitutes the main security against a tyrannical state. Their observance and full im-

özgürlüğüne ilişkin olarak Ceza Genel Kurulu kararı uyarınca ise;

"Düşünce özgürlüğü ile ilgili gerek uluslararası hukuk gerekse ulusal hukuk alanında ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır.

10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 19. Maddesi;

'Herkesin fikir ve anlatım özgürlüğüne hakkı vardır; bu hak, fikirlerinden ötürü rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın bilgi ve görüşleri her yoldan aramak, almak ve yaymak özgürlüğünü kapsar'' hükmünü,

16 Aralık 1966 tarihli Birleşmiş Milletler, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 19. Maddesi;

'1- Herkesin, söz özgürlüğüne hakkı vardır; bu hak gerek sözlü, yazılı ya da basılı veya sanat eseri şeklinde, gerekse seçilen diğer herhangi bir yoldan ülke sınırları söz konusu olmaksızın, her türlü haber ve düşünceyi araştırma, alma ve verme özgürlüğünü içerir.'" hükmünü,

4 Aralık 1950 tarihli İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşmenin 10.maddesinin 1.fıkrası;

'Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir'.

hükmünü içermekte, Bunun yanı sıra;

21 Kasım 1990 tarihli Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Konferansı, Yeni Bir Avrupa için Paris Şartı'nda;

'İnsan hakları ve temel hürriyetler, tüm insanların doğumlarıyla birlikte iktisap ettikleri vazgeçilmez haklardır ve kanunlarla garanti altına alınmışlardır. Bunların korunması ve geliştirilmesi devletin başta gelen görevidir. Bunlara saygı, zorba bir devlete karşı asil güvenceyi oluşturur. Bunlara uyulması ve tam olarak uygulanması hürriyetin, adaletin ve barışın temelidir.'

'...Demokrasinin temelinde insana saygı ve hukukun üstünlüğü yatar. Demokrasi, ifade

DİPNOT

66 Artuk/ Gökcen/ Alshahin/ Çakır, Özel Hükümler, s. 925.

67 Artuk/ Gökcen/ Alshahin/ Çakır, Özel Hükümler, s. 927.

68 Artuk/ Gökcen/ Alshahin/ Çakır, Özel Hükümler, s. 927.

PART 17

plementation are the foundation of freedom, justice and peace.'

'...The basis of democracy is respect for human beings and the rule of law. Democracy is the best guarantee of freedom of expression, tolerance towards all segments of society and equality of opportunity for all.'

In paragraph 1 of Article II-71 of the Treaty Establishing a Constitution for Europe of 13 October 2004;

'Everyone has the right to freedom of expression. Aforementioned right consists the freedom to hold an opinion and to obtain and transmit news and ideas regardless of perimeters and without interference by public authorities.

are taken into account within the scope of precedents. Article 13 of the Constitution of the Republic of Turkey;

'Fundamental rights and freedoms may only be defined and restricted by law, without violating on their essence, depending on the reasons detailed in the relevant articles of the Constitution. These restrictions cannot be contrary to the word and spirit of the Constitution, the requirements of the democratic social order and the secular Republic, and the principle of proportionality.'

provision, article 14;

"None of the rights and freedoms contained in the Constitution may be used in the form of acts aimed at disrupting the indivisible integrity of the State with its territory and nation, and abolishing the democratic and secular Republic based on human rights.

None of the provisions of the Constitution may be interpreted in a way that makes it viable for the State or individuals to execute or implement an activity aimed at destroying the fundamental rights and freedoms recognized by the Constitution or restricting them more broadly than the one specified in the Constitution.

The sanctions that are applied to those who act in violation of these provisions shall be regulated by law.

hürriyetinin, toplumun her kesimine karşı hoşgörünün ve herkes için fırsat eşitliğinin en iyi güvencesidir.'

13 Ekim 2004 tarihli Avrupa için Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma'nın II- 71. Maddesinin 1.fıkrasında;

'Herkes ifade özgürlüğü hakkında sahiptir. Bu hak, bir görüş sahibi olma ve haberlerle fikirleri, kamu yetkililerinin herhangi bir müdahalesiyle karşılaşmadan ve sınırlardan bağımsız olarak alma ve bildirme özgürlüklerini de içine alır.'

kuralları yer almaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 13. maddesi;

'Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasasının ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz'

hükmünü, 14. maddesi;

'Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbir, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbir, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.'

hükmünü, 25. maddesi;

'Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir.'

'Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.'

provision, article 25;

"Everyone has the freedom of thought and opinion."

"No one could be compelled to express his thoughts and convictions for whatever reason and purpose; cannot be condemned or denounced for his thoughts and convictions."

provision, and Article 26,

"Everyone has the right to express and disseminate their thoughts and opinions individually or collectively through words, writings, pictures and/or other means. Aforementioned freedom consists the freedom to obtain or transmit information or ideas without the interference of official authorities. The provision of this paragraph does not prevent broadcasts made by radio, television, cinema or similar means from being associated with the permission system.

The practice of these freedoms may be limited to the purposes of the protection within the scope of the law or the proper performance of the judicial function such as national security, public order, public security, the fundamental characteristics of the Republic and the protection of the indivisible integrity of the State with its territory and nation, the prevention of crimes, the punishment of criminals, the failure to disclose information duly designated as a state secret, the reputation or rights of others, their private and family life and the matters of professional secrecy.

Regulatory provisions regarding the practice of means on disseminating news and thoughts are not considered to limit the freedom of expressing and disseminating thoughts, provided that they do not prevent their publication.

The forms, conditions and procedures that are applied in exercising the right to freedom of expression and dissemination of thought shall be regulated by law."

has the effect.

When the stated norms are evaluated together; freedom, as necessary measures in a democratic society; to preserve national security, territorial integrity, public safety and

hükmünü, 26. maddesi ise,

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet Resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

hükmünü taşımaktadır.

Açıklanan normlar birlikte değerlendirildiğinde; özgürlüklerin demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu güvenliği ve düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli kalması gereken haberlerin yayılmasına engel olunması veya yargı gücünün otorite veya tarafsızlığının korunması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlama ve yaptırımlara tabii tutulacağı anlaşılmaktadır. Ancak, düşünceyi açıklama özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemelerin olabildiğince dar yorumlanması gerektiği, sınırlandırma için, önemli bir toplumsal gereksinim veya zorunluğunun bulunması, bu sınırlandırmanın meşru bir amacı gerçekleştirmek için yapılması, sınırlandırmada asla aşırı gidilmemesi ve her hal ve koşulda sınırlandırmanın bireysel ve toplumsal gelişimi zedelemeyecek öl-

PART 17

order, to prevent crime, to preserve health and morals, to preserve the reputation and rights of others, to prevent the dissemination of news that should be kept confidential, or to preserve the authority or impartiality of the judiciary. It is understood that it shall be subjected to some form conditions, limitations and sanctions prescribed by law. However, the regulations regarding the restriction of freedom of expression should be interpreted as narrowly as possible; there is a significant societal need or necessity for the restriction, such limitation is made to achieve a legitimate purpose, the opinion that the limitation should never be excessive and that the limitation should not harm individual and social development in any case and condition has been widely accepted.

In this context ; "In today's liberal democracies, freedom of expression is protected in a wide range, apart from the narrowing restrictions, and individuals and societies benefit from the rights provided by this freedom in the way".

In this context, the crime of publicly disseminating misleading information requires to be evaluated by examining its limits within the scope of freedom of expression and dissemination of thought among the reasons of compliance with the law.

e. Right of the Press to Report

In terms of the crime of publicly disseminating misleading information to the public, the right of the press to inform should be examined and analyzed among the reasons for compliance with the law. The concept of press is defined as "the whole of written publications such as newspapers and magazines published at certain times, printing press"⁶⁹. In our opinion, it would be more appropriate to examine the meaning, scope and limits of freedom of the press as a whole with the emergence of communication tools such as radio, television and cinema. In this context, according to the Court of Cassation, in order for the right to inform and criticize, which is the source of Article 28 of the Constitution, which is among the grounds of lawfulness in crimes committed through the press within the scope of the exercise of the right, to come to the agenda, the press statement must be real and up-to-date, there must be public interest and benefit in its issuance, and there must be an intellectual link between the event and the narration of the event. Failure

çüde olması görüşü genel ve yoğun bir kabul görmüştür.

Bu bağlamda ; "Günümüz özgürlükçü demokrasilerinde, ifade özgürlüğü gittikçe daraltılan kısıtlamalar dışında, geniş bir yelpazeye korunmakta ve anılan özgürlüğün sağladığı haklardan bireyler ve toplumlar en geniş şekilde yararlandırılmaktadır." şeklindedir.

Bu bağlamda halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunun hukuka uygunluk sebeplerinden düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü kapsamında sınırlarının incelenerek değerlendirilmesi gerekmektedir.

e. Basının Haber Verme Hakkı

Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu bakımından basının haber verme hakkı hukuka uygunluk nedenleri arasında incelenmesi ve irdelenmesi gerekmektedir. Basın kavramı "gazete, dergi gibi belirli zamanlarda çıkan yazılı yayınların bütünü, matbuat" şeklinde tanımlanmaktadır⁶⁹. Radyo, televizyon, sinema gibi iletişim araçlarının ortaya çıkmasıyla birlikte basın özgürlüğünün anlam, kapsam ve sınırlarının bir bütün olarak incelenmesinin kanaatimizce daha uygun olacağını belirtmek gerekir. Bu kapsamda Yargıtay'a göre, hakkın kullanılması kapsamında basın yoluyla işlenen suçlardaki hukuka uygunluk nedenleri arasında olan Anayasa'nın 28. maddesinin kaynağı olan, haber verme ve eleştiri hakkının gündeme gelebilmesi için, yapılan basın açıklamasının gerçek ve güncel olması, verilisinde kamu ilgi ve yararının bulunması ve olay ile olayın anlatılışı arasında fikri bağ bulunması gerekmektedir. Bu unsurların birinin dahi gerçekleşmemesi haber verme ve eleştiri hakkını ortadan kaldırır ve fiili hukuka aykırı kılar⁷⁰.

to fulfill even one of these elements eliminates the right to inform and criticize and renders the act unlawful⁷⁰.

In order for a news report or criticism to be considered within the scope of freedom of the press and expression, it must first be true⁷¹. It would be appropriate to evaluate the fact that untrue, completely fabricated news, comments or information may constitute the crime of publicly disseminating misleading information within the context of the crime of defamation within the scope of the jurisprudence of the Court of Cassation, which states that the press has exceeded its right to inform and criticize and has become unlawful⁷². It should be stated that the reality within the scope of this right is not absolute reality but visible reality. The concept of apparent reality plays an important role within the scope of the press's right to inform and criticize. It is not necessary for the person making the news to investigate in all details and to verify the event one hundred percent, but he/ she must have reached the conclusion that this matter is true by making all possible investigations⁷³. In this respect, the case law of the Court of Cassation is as follows;

"The publications subject to the lawsuit were made on the investigations against the plaintiffs, and the facts mentioned in the news article constitute the subject of the investigation. In this case, the publications are in accordance with the apparent truth. The fact that the allegations against the plaintiffs are not true as a result of the investigation does not eliminate the apparent reality and does not require the defendant to be held responsible for the news. On the other hand, considering the importance and value of the subject matter, it should be accepted that intellectual link is preserved. In the face of the reasons explained, it should be adopted that the balance of conflicting interests has not deteriorated against the plaintiffs and the reason for compliance with the law has been realized in terms of the defendant. The court's partial acceptance of the request instead of its full rejection was not deemed appropriate and required reversal"⁷⁴.

As emphasized in many judgments of the European Court of Human Rights in relation to Article 10 of the European Convention on Human Rights, freedom of expression is one of the fundamental foundations of a democratic society and constitutes one of the basic conditions for the progress of society and the

Bir haber veya eleştirinin basın ve ifade özgürlüğü kapsamında sayılabilmesi için öncelikle bu haberin gerçek olması gerekir⁷¹. Gerçek olmayan, tamamen düzmece nitelikteki haber, yorum veya bilgilerin halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunu oluşturabileceği hususunun, hakaret suçu bağlamında eleştiri niteliğinde kalmayarak basının haber verme ve eleştiri hakkını aşarak hukuka aykırı hale geldiğini ifade eden Yargıtay'ın içtihadı kapsamında değerlendirilmesi uygun olacaktır⁷². Bu hakkın kapsamında kalan gerçekliğin mutlak gerçeklik olmadığı görünür gerçeklik olduğu ifade edilmelidir. Görünür gerçeklik kavramı basının haber verme ve eleştiri hakkı kapsamında önemli bir rol almaktadır. Haberi yapan kimsenin tüm ayrıntıları ile araştırması ve yüzde yüz oranında olayın doğrulanması değildir, ancak kendisinin yapması mümkün olan tüm araştırmaları yaparak, bu hususun doğru olduğu sonucuna ulaşmış olması gerekir⁷³. Konuya ilişkin Yargıtay'ın içtihadı;

"Dava konusu yayınlar, davacılar hakkındaki soruşturmalar üzerine yapılmış olup; haberde değinilen olgular da soruşturmanın konusunu oluşturmaktadır. Şu durumda, yayınlar görünür gerçeğe uygun bulunmaktadır. Soruşturma sonucunda, davacılar hakkındaki iddiaların doğru çıkmaması; görünürdeki gerçekliği ortadan kaldırmaz ve davalının da haber nedeniyle sorumlu tutulmasını gerektirmez. Diğer yandan, konunun önem ve değeri göz önünde tutulduğunda düşünsel bağlılığın korunduğu da kabul edilmelidir. Açıklanan nedenler karşısında, çatışan yararlar dengesinin davacılar aleyhine bozulmadığı ve davalı yönünden de hukuka uygunluk nedeninin gerçekleştiği benimsenmelidir. Mahkemece, istemin tümünden reddi yerine kısmen kabulü yerinde görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir"⁷⁴.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesi ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bir çok kararında da vurgulandığı üzere; ifade özgürlüğü demokratik bir toplumun asli temellerinden olup, toplumun ilerlemesinin ve her bireyin kendini geliştirmesinin temel koşullarından birisini oluşturur. Basın özgürlüğü bağlamında, gazetecilerin kanıtlayamayacağı söylenti ve iddiaların yayınlanması yönünden ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi doğruluk koşulunu makul olmayan, hatta olanaksız bir talep olarak değerlendirip, basının sadece bütünüyle kanıtlanmış olguları yayınlama zorunluluğu ile karşı karşıya bırakılması

FOOTNOTE

⁶⁹ Turkish Language Institution, Big Turkish Dictionary, <https://sozluk.gov.tr/>.

⁷⁰ 4. CC.18.09.2006,2005/7706-2006/14025.

⁷¹ Gökcan/ Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Vol.3, Ankara 2021, p. 4645.

⁷² 4. CC. 12.12.2006, 2005/8063-2006/17603.

⁷³ Gökcan/ Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Vol.3, Ankara 2021, p. 4645.

⁷⁴ Decree of the 4th Civil Chamber of the Court of Cassation dated 05.10.2015, numbered 2015/8705 Main and 2015/10698 Decision.

DİPNOT

⁶⁹ Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>.

⁷⁰ 4.CD.18.09.2006,2005/7706-2006/14025.

⁷¹ Gökcan/ Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 3.Cilt, Ankara 2021, s. 4645.

⁷² 4.CD. 12.12.2006, 2005/8063-2006/17603.

⁷³ Gökcan/ Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 3.Cilt, Ankara 2021, s. 4645.

⁷⁴ Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 05.10.2015 tarihli, 2015/8705 Esas ve 2015/10698 Karar sayılı ilamı.

PART 17

self-improvement of every individual. In the context of freedom of the press, with regard to the publication of rumors and allegations that journalists cannot prove, the European Court of Human Rights considers the veracity requirement to be an unreasonable and even impossible demand, and states that if the press is confronted with the obligation to publish only fully proven facts, almost nothing can be published, which would harm the freedom of the press...

... And the defendant broadcasting organization made a publication inspired by this article. In this case, considering that the publication is in accordance with the current and visible reality, that it is within the scope of the right of the society to obtain information and the right of the press to inform, and that the event is conveyed in a way to attract the attention of the reader as required by the journalistic technique, it is necessary to revoke the decision, since it is not in accordance with the procedure and the law to make a decision in the written manner⁷⁵.

Another condition of the right of the press to report and criticize is that the news should also be up-to-date. If outdated, previously discussed in the media, outdated issues are brought back to the agenda, the aim of creating anxiety, fear or panic among the public again with untrue information will come to the agenda rather than the exercise of the right. There must be public interest and benefit in the provision of the news, and it must not be conducive to disrupting public peace. The right of the press to inform and criticize cannot be mentioned when it goes beyond the information required by the public interest and acts in a manner that is conducive to disrupting public peace and solely for the purpose of creating anxiety, fear or panic among the public. The news and the way it's presented should not lead to different connotations. In other words, there should be an intellectual link between the news and the value judgments used, and there should be no departure from reporting news.

f. Freedom to Receive and Impart Information

Within the scope of the freedom to receive and impart information, which concerns the period before the formation of thought, it is the reason for compliance with the law that enables people to access information sources in a free environment, to make choices

halinde hemen hemen hiçbir şeyin yayınlanamayacağı, bunun da basın özgürlüğüne zarar vereceği yönündedir...

... Davalı yayın kuruluşu da bu yazıdan esinlenerek yayın yapmıştır. Şu halde, yayının güncel ve görünür gerçekliği uygun olduğu, toplumun bilgi edinme, basının haber verme hakkı kapsamında kaldığı, olayın gazetecilik tekniği gereği okuyucunun ilgisini çekecek şekilde aktarıldığı da gözetilerek istemin tümünden reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya uygun düşmediğinden, kararın bozulması gerekmiştir⁷⁵ şeklindedir.

Söz konusu basının haber verme ve eleştirme hakkının bir diğer şartı ise haberin aynı zamanda güncel olmasıdır. Güncelliği geçmiş, daha önceden medyada tartışılmış, eskimiş konuların tekrar gündeme getirilmesinde hakkın kullanımından, ziyade gerçeğe aykırı bir bilgi ile halk arasında tekrar endişe, korku veya panik yaratma amacı gündeme gelecektir. Haberlerin verilmesinde kamunun ilgisinin ve yararının bulunması gerekmekte olup kamu barışını bozmaya elverişli olmaması da şarttır. Kamu yararının gerektirdiği bilgilerin ötesine geçilerek, kamu barışını bozmaya elverişli ve sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratma amacıyla hareket edildiğinde basının haber verme ve eleştiri hakkından bahsedilemeyecektir. Haber ile verilmiş şeklinin birbirinden farklı çağrışımlara yol açmaması gerekmektedir. Şöyle ki haberle kullanılan değer yargıları arasında fikri bağlantı bulunmalı, haber vermenin dışına çıkılmamalıdır.

f. Haber Alma ve Öğrenme Özgürlüğü

Düşüncenin oluşumunun öncesindeki dönemi ilgilendiren haber alma ve öğrenme özgürlüğü kapsamında kişilerin bilgi kaynaklarına özgür bir ortamda erişebilmelerini, bilgiler arasında tercih yapabilmelerini ve bunlardan istedikleri sonuçları çıkarabilmeleri

between information and to draw the results they want from them, and to prepare the ground for this situation. Freedom to receive and impart information, which also appears as the right of information, in a way provides the raw material for thought. If this data and information remains limited, thinking activity will also remain limited and will not develop in this direction.

Article 26 of the Constitution and Article 10 of the ECHR show the importance given to the freedom to receive and impart information and information by stating that the freedom of thought includes the freedom to receive and impart information or ideas without interference by official authorities. In this respect, the case law of the Court of Cassation is as follows;

"Considering that what is essential is the freedom of the press and the freedom to receive news, it is necessary to be extremely careful about the extent to which these freedoms are restricted; otherwise, the restriction to be made may touch the essence of the right and may create the danger that the freedom of the press and the freedom to receive news may lose its meaning. Therefore, while making regulations limiting the freedom of the press and the freedom of information, the criteria of "prohibition of touching the essence" and "the principle of proportionality" and "the requirements of the democratic social order", which are expressed in Article 13 of the Constitution, should not be overlooked in any way.

Criminal law instruments may sometimes be used to restrict freedom of the press and freedom of information. However, considering the nature of criminal law instruments, it should not be overlooked that, due to the indispensability of freedom of the press for a democratic society, recourse to criminal law instruments should be considered as an "ultima ratio" (last resort). The system of "self-monitoring of the press", which was first introduced in Sweden in 1916, emerged as a product of the ideas of preventing the state authority from interfering with the press and creating a press that is respected by the public opinion. In this sense;

The use of criminal law tools should only be considered in cases where other control mechanisms fail to achieve results.

lerini sağlayan, bu duruma zemin hazırlayan hukuka uygunluk nedenidir. Enformasyon hakkı olarak da karşımıza çıkan haber alma ve öğrenme özgürlüğü bir bakıma düşüncenin hammaddesini sağlamaktadır. Eğer bu veriler, bilgiler sınırlı kalacak olursa düşünme faaliyeti de bu doğrultuda sınırlı kalarak gelişmeyecektir.

Anayasanın 26'ncı ve İHAS.'nin 10'uncu maddeleri, düşünce hürriyetinin, resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak veya vermek serbestliğini de kapsadığını belirterek haber alma ve öğrenme hürriyetine verdiği önemi göstermektedir. Bu doğrultuda Yargıtay'ın içtihadı;

"Asıl olanın basın ve haber alma özgürlüğü olduğu dikkate alındığında, bu özgürlüklerin sınırlandırılma ölçüsü konusunda son derece özenli davranmak gerekli olup, aksi takdirde yapılacak sınırlandırma hakkın özüne dokunacak, basın ve haber alma özgürlüklerinin anlamını yitirmesi tehlikesini doğurabilecektir. Bu nedenle, haber alma ve basın özgürlüğünü sınırlayıcı nitelikte düzenlemeler yapılırken Anayasa'nın 13. maddesinde ifadesini bulan "öze dokunma yasağı" ve "ölçülülük ilkesi" ile "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ölçütlerini hiçbir şekilde gözden uzak tutmamak gereklidir.

Basın ve haber alma özgürlüğünün sınırlandırılmasında bazen ceza hukuku araçlarına başvurulabilmektedir. Ancak ceza hukuku araçlarının nitelikleri dikkate alındığında, basın özgürlüğünün demokratik toplum için vazgeçilmezliği nedeniyle, ceza hukuku araçlarına başvurma "ultima ratio" (son çare) olarak düşünülmesinin gerekliliği gözden kaçırılmamalıdır. Devlet otoritesinin basına müdahalede bulunmasını önlemek ve kamuoyu karşısında saygınlığı olan bir basın yaratma düşüncelerinin ürünü olarak ilk kez 1916 yılında İsveç'te uygulanmaya başlanan "basının kendi kendini denetlemesi" sistemi ortaya çıkmıştır. Bu anlamda;

Ceza hukuku araçlarının kullanılması, ancak diğer denetim mekanizmaları ile sonuca ulaşılamayan durumlarda düşünülmelidir.

Basın özgürlüğünün kötüye kullanılmasının engellenmesi gereklidir ve basın özgürlüğünün kötüye kullanılması, çoğunlukla bir ceza normunun ihlali olarak kendini göstermekte ve "basın suçu" olarak ortaya çıkmaktadır⁷⁶

FOOTNOTE

⁷⁵ Decree of the 4th Civil Chamber of the Court of Cassation dated 22.01.2018, numbered 2016/4131 Main and 2018/262 Decision.

DİPNOT

⁷⁵ Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 22.01.2018 tarihli, 2016/4131 Esas ve 2018/262 Karar sayılı ilamı.

⁷⁶ Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 30.03.2017 tarihli, 2016/2654 Esas ve 2017/2911 Karar sayılı ilamı.

PART 17

It is necessary to prevent the abuse of freedom of the press, and the abuse of freedom of the press often manifests itself as a violation of a criminal norm and emerges as a "press crime"⁷⁶.

In terms of the crime of publicly disseminating misleading information, there are opinions that the public's right to receive and learn news limits the thinking activity in a way, while on the other hand, the disinformation environment that will occur as a result of the dissemination of untrue information constitutes an obstacle to the right to receive and learn at the point of accessing accurate information. The last situation is the fact that the right to information and learning should be examined among the reasons for compliance with the law in accordance with the evaluations to be made according to the characteristics of the concrete event in terms of the crime in question.

IV. QUALIFIED ELEMENTS

After the basic form of a crime is regulated, the elements that require an increase or decrease in the punishment according to the basic form are called qualified elements. Qualified elements may arise from the title of the perpetrator or the victim, the relationship between the perpetrator and the victim, the motive or purpose pursued by the commission of the act, the place and time of the act, or a feature of the object of the crime.

In the second paragraph of the crime of publicly disseminating misleading information regulated in Article 217/A of the Turkish Criminal Code (TCC), a qualified element has been regulated to increase the penalty in the form of "(2) If the perpetrator commits the crime by concealing his/ her real identity or within the scope of the activity of an organization, the penalty imposed according to the first paragraph is increased by half." In this context, those who publicly disseminate untrue information about the internal and external security, public order and public health of the country in a way that is conducive to disrupting public peace, in order to create anxiety, fear or panic among the public, in the case of concealing their identity or within the scope of the activities of an organization, will be deemed to have committed the qualified form of the crime in question and the penalty will be increased by half.

şeklindedir. Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu bakımından ise kamunun haber alma ve öğrenme hakkının bir bakıma düşünme faaliyetini sınırlandırdığından bahisle görüşler varken, diğer taraftan ise gerçek olmayan bir bilginin yayılması sonucu oluşacak dezenformasyon ortamının doğru bilgiye ulaşma noktasında haber alma ve öğrenme hakkına engel teşkil ettiği görülmüştür. Son durum ise söz konusu suç bakımından somut olayın özelliğine göre yapılacak değerlendirmeler uyarınca hukuka uygunluk nedenlerinden haber alma ve öğrenme hakkının incelenmesi gerektiği gerçeğidir.

IV. NİTELİKLİ UNSURLAR

Bir suçun temel şekli düzenlendikten sonra, temel şekline göre cezanın artırılmasını veya azaltılmasını gerektiren unsurlara nitelikli unsurlar denilmektedir. Nitelikli unsurlar; failin veya mağdurun sıfatından, fail ve mağdur arasındaki ilişkiden, failin işleniş yeri ve güdülen saik veya amaç, failin işlendiği yer ve zamandan veya suçun konusuna ait bir özellikten kaynaklanabilir.

TCK 217/A maddesinde düzenlenen halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunun ikinci fıkrasında "(2) Fail, suçu gerçek kimliğini gizleyerek veya bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlemesi hâlinde, birinci fıkraya göre verilen ceza yarı oranında artırılır." şeklinde olmak üzere cezanın artırılmasına ilişkin olarak nitelikli unsur düzenlenmiştir. Bu bağlamda kimliğin gizlenmesi durumunda ya da bir örgütün faaliyeti kapsamında halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak amacıyla, ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgiyi, kamu barışını bozmaya elverişli şekilde alenen yaymış kişiler söz konusu suçun nitelikli halini işlemiş sayılacak ve cezasının yarı oranında artırılması gerekecektir.

Bir diğer bahsedilmesi gereken husus ise TCK 218 maddesi olup söz konusu madde;

Another issue to be mentioned is Article 218 of the TCC, which reads as follows;

"ARTICLE 218.- (1) (Amended: 29.06.2005-5377/25.Art.) If the offenses defined in the above articles are committed through the press and broadcasting, the penalty to be imposed shall be increased by half. However, expressions of opinion that do not exceed the limits of news reporting and made for the purpose of criticism shall not constitute a crime."

Although this article is in the nature of a common provision and constitutes a qualified element regarding the increase of the penalty in case the crime is committed through the press and broadcasting, on the other hand, it points to the reasons of conformity with the law by stating in the last sentence that statements of thought that do not exceed the limits of reporting and made for the purpose of criticism will not constitute a crime. It should be noted that the crime will not occur in the event that the reason for compliance with the law is realized, and if this act is committed through the press and publication without any reason for compliance with the law, the penalty will be increased due to the presence of a qualified element.

V. FAULT

Fault is the judgement of condemnation against the perpetrator for going against the law and choosing injustice when he had the opportunity to act in accordance with the law. The reason for such condemnation is that the perpetrator, although expected to be able to act in accordance with the law and

"MADDE 218.- (1) (Değişik: 29.06.2005-5377/25.md.) Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına artırılır. Ancak, haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz."

şeklindedir. Bu madde ortak hüküm niteliğinde olup suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde cezanın artırılmasına ilişkin olarak nitelikli bir unsur teşkil etse de bir yandan da son cümlesindeki haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının suç oluşturmayacağından bahisle hukuka uygunluk sebeplerine işaret etmektedir. Hukuka uygunluk sebebinin gerçekleşmesi durumunda suçun oluşmayacağını, herhangi bir hukuka uygunluk sebebi olmaksızın basın ve yayın yoluyla bu fiilin işlenmesi durumunda ise nitelikli unsurun mevcudiyeti sebebiyle cezanın artırılacağını belirtmek gerekir.

V. KUSUR

Kusur, failin, hukuka uygun davranmak imkânının mevcudiyetine rağmen, haksızlık işlemeyi tercih etmesi nedeniyle hakkında yapılan yargıyı ifade eder. Bu yargı ise kınanabilirlik yargısıdır. Söz konusu kınamanın nedeni failden hukuka uygun şekilde hareket edebilmesi beklenebilmesine rağmen,

FOOTNOTE

⁷⁶ Decree of the 19th Criminal Chamber of the Court of Cassation dated 30.03.2017 and numbered 2016/2654 Main and 2017/2911 Decision.



PART 17

to act in accordance with the law, chooses unlawful behaviour and does not act in a manner expected by the law.

In this context, it can be said that the realization of the material, moral and unlawfulness elements will be necessary and sufficient for the occurrence of the offence, together with the fact that paragraph 4 of Article 223 of the Code of Criminal Procedure constitutes a positive basis that fault is not an element of the offence. In the last case, a faultless perpetrator may also commit an injustice, and the realization of the injustice is a necessary condition for the perpetrator to be punished, but not a sufficient condition. The perpetrator is also required to be at fault.

A person who is capable of fault can be said to be at fault. The ability to fault can be defined as the ability to perceive the legal meaning and consequences of the act committed by a person and the ability to direct one's behavior. Based on the definition of the ability to fault, it can be said that the ability to perceive and the ability to will constitute the elements of fault.

In the last case, in order for a person to be condemned for the act he/she has committed, in other words, in order for a judgement of fault to be made about the person in question, the conditions of having the ability to fault, which are the elements of the ability to perceive and the ability to will, the awareness of injustice and the conditions that abolish the fault should not occur in the concrete event must be fulfilled together.

In this context, we think that the issues that should be examined regarding the fault relat-

hukuka aykırı olan davranışı seçmesi ve bu itibarla hukukun kendisinden beklediği şekilde hareket etmemesidir.

Bu bağlamda, CMK'nın 223. maddesinin 4. fıkrasının kusurun suçun unsuru olmadığına pozitif dayanak oluşturması ile birlikte suçun oluşması için maddi, manevi unsurların ve hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmesinin gerekli ve yeterli olacağı söylenebilecektir. Son durumda kusursuz olan bir fail de haksızlık gerçekleştirebilecek olup haksızlığın gerçekleşmesi ise failin cezalandırılması için gerekli şart olsa da yeterli şart değildir. Failin ayrıca kusurlu olması da aranmaktadır.

Kusur yeteneğine sahip olan bir kimsenin kusurlu olduğundan söz edilebilecektir. Kusur yeteneğini ise bir kimsenin işlemiş olduğu fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği ve davranışlarını yönlendirme kabiliyeti olan irade yeteneği olarak tanımlanabilecektir. Algılama yeteneği ve irade yeteneğinin kusurun unsurlarını oluşturduğu kusur yeteneğinin tanımından yola çıkılarak söylenebilecektir.

Son durumda ise bir kimsenin işlemiş olduğu fiilden dolayı kınanabilmesi, yani söz konusu kimse hakkında kusur yargısında bulunulabilmesi için algılama yeteneği ve irade yeteneğinin unsurları olduğu kusur yeteneğine sahip olması, haksızlık bilincinin bulunması ve kusurluluğu kaldıran hallerin somut olayda vuku bulmaması şartlarının bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir.

Bu kapsamda TCK'ya eklenen halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçuna ilişkin kusura

ed to the offence of publicly disseminating misleading information added to the TC-C(Turkish Criminal Code) are the minority of age and alcohol or drug addiction.

Namely, with the easy accessibility of social media today, there are many underage individuals who are likely to ensure the public dissemination of misleading information, and there will be doubts about the correct interpretation of untrue information due to the small age, and in this case, the element of fault should be examined in order to clarify the issue.

The effect of minority on the fault of the person varies according to the age of the person. In the TCC, three different groups have been formed in terms of minority of age. Article 31 of the TCC;

“(1) Children who have not completed the age of twelve at the time of committing the act are not criminally liable. They may not be prosecuted criminally; however, child-specific security measures may be applied.

(2) (Amended: 29/6/2005 - 5377/5 Art.) Those who have completed the age of twelve but have not completed the age of fifteen at the time of committing the act are not criminally liable if they are unable to perceive the legal meaning and consequences of the act committed or if their ability to direct their behavior is not sufficiently developed. In the case of the existence of the ability to perceive the legal meaning and consequences of the act committed and to direct their behavior in relation to this act, the crime is committed against these persons, ...

(3) (Amended: 29/6/2005 - 5377/5 Art.) The offence is committed against persons who have completed the age of fifteen but have not completed the age of eighteen at the time of committing the act...”

is regulated as follows. This means that even an eleven-year-old child can be the perpetrator of the offence under Article 217/A of the TCC. However, since children under the age of twelve are not criminally liable pursuant to Article 31/1 of the TCC, the minority of age, which is one of the reasons that remove the fault, will come to the agenda. Even if the offence of publicly disseminating misleading information will occur in terms of minors who provide the dissemination of untrue informa-

ilişkin incelenmesi gereken hususların yaş küçüklüğü ve alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı olduğunu düşünmekteyiz.

Şöyle ki günümüzde sosyal medyanın kolaylıkla ulaşılabilir olması ile birlikte halkı yanıltıcı bilginin alenen yayılmasını sağlama ihtimali olan yaş küçüklüğü bireylerin fazlaca bulunduğu ve yaşın küçük olması itibarıyla gerçeğe aykırı bilgi hakkında doğru yorum yapılabilmesine ilişkin şüphelerin olacağı, bu durumda ise konuya açıklık getirilmesi bakımından kusur unsurunun irdelenmesi gerekmektedir.

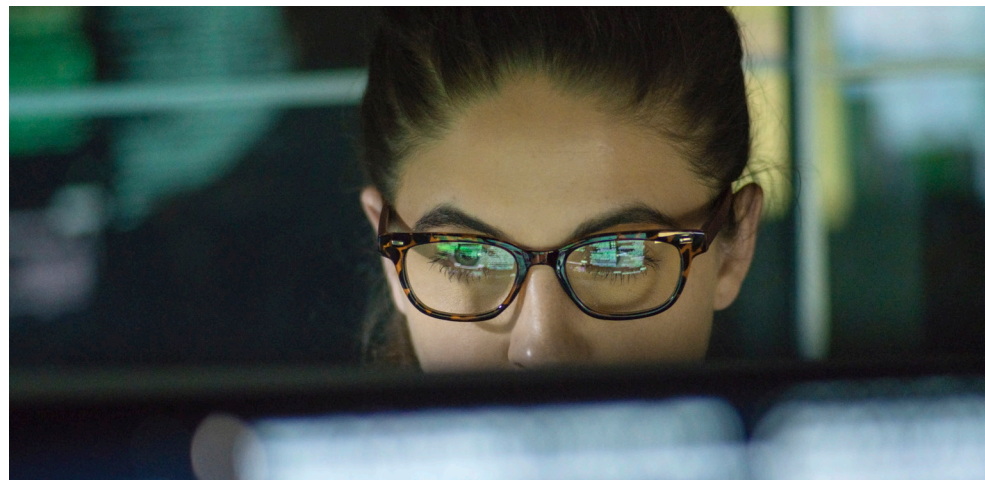
Yaş küçüklüğünün kişinin kusuruna etkisi, kişinin yaşına göre değişmektedir. TCK'da yaş küçüklüğü bakımından üç farklı grup oluşturulmuştur. TCK 31. madde;

“(1) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir.

(2) (Değişik: 29/6/2005 - 5377/5 md.) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenir. İşlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında suç, ...

(3) (Değişik: 29/6/2005 - 5377/5 md.) Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç,...”

şeklinde düzenlenmiştir. Demek ki on bir yaşındaki bir çocuk dahi TCK 217/A maddesi kapsamında suçun faili olabilecektir. Fakat TCK 31/1 uyarınca on iki yaşından küçük çocukların cezai sorumluluğu bulunmadığından kusuru kaldıran nedenlerden birisi olan yaş küçüklüğü gündeme gelecektir. Gerçeğe aykırı bilginin yayılmasını sağlayan yaşça küçük çocuklar bakımından halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu meydana gelecek olsa dahi kusuru kaldıran bir neden olan yaş küçüklüğü ile kusur ortadan kalkacak ve ceza olarak bir sorumluluktan bahsedilemeyecektir.



PART 17

tion, the fault will be eliminated by the minority of age, which is a reason that removes the fault, and a criminal responsibility cannot be mentioned.

Another issue, alcohol or drugs, also affects the person's ability to perceive and willpower. For this reason, the criminal responsibility of those who use alcohol or drugs in case of committing an offence is usually regulated separately in the laws. First of all, alcohol and drug addiction must be related to the offence. The evaluation to be made afterwards will vary according to whether the addiction is physiological or psychological, in other words, according to whether the alcohol or drugs were taken involuntarily (unintentionally) or voluntarily (intentionally) when paragraphs 1 and 2 of Article 34 of the TCC are considered together.

In the crime of publicly disseminating misleading information, which is the crime we examined within the scope of Article 217/A of the TCC, it is accepted that a person who commits the crime by fulfilling the elements in the legal definition regarding the dissemination of false information is not criminally responsible if he/she drinks alcohol against his/her will. In other words, the involuntary intake of alcohol or drugs and the inability to perceive the legal meaning and consequences of the act committed by the person or the significant decrease in the ability to direct their behavior in relation to this act will affect the ability of fault and will remove criminal responsibility.

On the other hand, in case of voluntary intake of alcohol or drugs, whether the offence committed while under the influence of the said substances is committed intentionally or negligently should be examined according to the way of realization and general rules of each concrete event, and there are different opinions on this issue. In our opinion, in the offence of publicly disseminating misleading information committed while under the influence of alcohol or drugs taken voluntarily, the fault will not be removed, and it will be necessary to examine whether the act was committed with a special motive. If it can be established that the offence was committed with the sole intention to cause anxiety, fear or panic among the public, the perpetrator who acted under the influence of alcohol or drugs taken voluntarily shall be criminally liable for the offence committed.

Bir diğer husus olan alkol veya uyuşturucu maddeler de kişinin algılama ve irade yeteneğini etkilemektedir. Bu nedenle alkol veya uyuşturucu madde kullananların bir suç işlemesi halinde ceza sorumluluklarının ne olacağı genellikle kanunlarda ayrıca düzenlenmektedir. Öncelikle alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığının suçla ilintili olması gerekmektedir. Akabinde yapılacak değerlendirme ise TCK'nın 34. maddesinin 1. ve 2. fıkralarına birlikte bakıldığında bağımlılığın fizyolojik veya psikolojik olmasına göre, bir diğer deyişle alkol veya uyuşturucu maddenin irade dışı (istenmeyererek) ve bu maddelerin iradi olarak (isteyerek) alınmış olmasına göre değişkenlik gösterecektir.

TCK'nın 217/A maddesi kapsamında incelediğimiz suç olan halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunda gerçeğe aykırı bilginin yayılması hususunda kanuni tanımdaki unsurları yerine getirerek suçu işleyen bir kişinin iradesi dışında alkol aldığı durumda ceza sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilmektedir. Şöyle ki alkol veya uyuşturucu maddenin irade dışı alınması ve bununla birlikte kişinin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalmış olması kusur yeteneğini etkileyecek olduğundan ceza sorumluluğunu kaldıracaktır.

Öte yandan alkol veya uyuşturucu maddenin iradi olarak alınması durumunda söz konusu maddelerin etkisi altında iken işlenen suçun kasten mi, yoksa taksirle mi işlendiği her somut olayın gerçekleşme şekline ve genel kurallarına göre incelenmesi gerektiği hususları doktrinde tartışmalı olup, bu konuda farklı görüşler mevcuttur. Kanaatimize göre iradi olarak alınan alkol ve uyuşturucu maddenin etkisi altındayken işlenen halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunda kusurun kalkması söz konusu olmayacak, fiilin özel saikle işlenip işlenmediği hususunun irdelenmesi gerekecektir. Eğer sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saikiyle hareket edildiği tespit edilebilirse, iradi olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde altında hareket eden fail işlediği suçtan ötürü cezai sorumluluğu haiz olacaktır.

VI. ERROR

In the theory of crime, error is divided into two as error that removes intent and error that affects culpability. In terms of Article 217/A of the TCC, which is the offence we are examining, if it is not known that the information that is misleading to the public and publicly disseminated is contrary to the truth, the error that removes the intention regulated in Article 30/1 of the TCC will be in question.

If the person has committed the act in the legal definition of the offence and does not know that the act in question constitutes an injustice, to explain, if he knows that the untrue information he has publicly disseminated is untrue, but does not know that it is a crime to publicly disseminate untrue information that is misleading to the public, it will be necessary to talk about the injustice mistake regulated in Article 30/4 of the TCC, that is, as an exception to the rule that ignorance of the law is not an excuse, it will be necessary to consider it as a mistake that removes the fault. The inevitability of the error is one of the conditions required for the error that removes the fault. In terms of the offence we have examined, it is not expected that the error that removes the fault, which is Article 30/4 of the TCC, will be applied. Because Article 217/A of the TCC indicates that it is sufficient for a person to know that the act in the offence of publicly disseminating misleading information is not a crime, but that the act in question is an unjust act. In other words, since it can be said that the person who publicly disseminates false information acts with the consciousness of injustice, it will not be possible to raise the injustice mistake within the scope of the mistake that removes the fault.

In the last case, since there is no inevitability condition in terms of the error that removes the intention pursuant to Article 30/1 of the TCC, when it is not known that the information that is misleading to the public and publicly disseminated is contrary to the truth, the intention will be removed and the negligent responsibility will be reserved. However, as stated above, since the way this offence is committed with negligence is not regulated in the law, the elements of the offence will not occur and it will not be possible to punish the perpetrator for his act.

VI. HATA

Suç teorisinde hata kastı kaldıran hata ve kusurluluğu etkileyen hata olarak ikiye ayrılmaktadır. İncelediğimiz suç olan TCK'nın 217/A maddesi bakımından halkı yanıltıcı olan ve alenen yayılan bilginin gerçeğe aykırı olduğu bilinmiyorsa TCK 30/1 maddesinde düzenlenen kastı kaldıran hata söz konusu olacaktır.

Kişi suçun kanuni tanımındaki fiili meydana getirmiş ve söz konusu fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmiyorsa, açıklamak gerekirse alenen yaymış olduğu gerçeğe aykırı bilginin gerçeğe aykırı olduğunu biliyorsa ancak halkı yanıltıcı olan gerçeğe aykırı bilgiyi alenen yaymış olmanın suç olduğunu bilmiyorsa TCK 30/4 maddesinde düzenlenen haksızlık yanılığısından bahsetmek, yani kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralının istisnası olarak kusuru kaldıran hata olarak değerlendirilmeyecektir. Kusuru kaldıran hata özelinde hatanın kaçınılmaz olması aranan şartlardan biridir. İncelediğimiz suç bakımından ise TCK 30/4 maddesi olan kusuru kaldıran hatanın uygulanması beklenmemektedir. Çünkü TCK 217/A maddesinde bir kişinin halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçundaki fiilin suç olduğunu biliyor olmasını değil de söz konusu fiilin haksız bir fiil olduğunu biliyor olmasının yeterli olduğuna işaret etmektedir. Yani gerçeğe aykırı bilgiyi aleni bir şekilde yayan kimse haksızlık bilinciyle hareket ettiği söylenebilecek olduğundan kusuru kaldıran hata kapsamında haksızlık yanılığının gündeme gelmesi mümkün olmayacaktır.

Son durumda TCK 30/1 maddesi uyarınca kastı kaldıran hata bakımından kaçınılmazlık şartı bulunmadığından halkı yanıltıcı olan ve alenen yayılan bilginin gerçeğe aykırı olduğu bilinmediğinde kastı kalkacak ve taksirli sorumluluğu saklı kalacaktır. Fakat yukarıda da belirtildiği üzere bu suçun taksirle işleniş şekli kanunda düzenlenmediğinden, suçun unsurları meydana gelmeyecek ve faile fiilden ötürü ceza verilmesi mümkün olmayacaktır.

PART 17

VII. SPECIAL FORMS OF THE OFFENCE

A. Attempt

In order to punish the offence of publicly disseminating misleading information regulated in Article 217/A of the TCC, the public dissemination of untrue information must pose a clear and imminent danger in terms of the deterioration of public peace, where the emergence of clear and imminent danger is the objective punishment condition of the offence. For this reason, the offence is punishable if this danger has arisen, while the perpetrator cannot be punished if this situation does not occur. For this reason, it is not possible to attempt the offence regulated in the article⁷⁷.

B. Complicity

In terms of the offence of publicly disseminating misleading information to the public, it is necessary to make an assessment regarding the concept of publicity and the dissemination of the offence. In this direction, considering the speed of use of social media, its spreading power and difficulty of follow-up, the methods of "retweet" and "like" in the social media application called Twitter, which is widely used today, will be subject to examination under the title of participation in crime in terms of not tolerating the commission of crime by using social media as a means.

The activity of retweeting on the social media sharing site Twitter is to share another Twitter user's post with your own followers. Therefore, a retweet is not a type of sharing said by the user himself/ herself, but a second-person statement that is shared indirectly, that is, in a way that cannot be directly attributed to the person, in order to be presented to the information of Twitter users. Retweet activity can be performed for any post that is liked or disliked, considered true or false. Presenting a statement that does not belong to the retweeter to the information of third parties will not directly put the sharer in the status of "perpetrator"⁷⁸. On the other hand, in the

VII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. Teşebbüs

TCK 217/A maddesinde düzenlenen halkı yanıltıcı bilgiye alenen yayma suçunun cezalandırılması için, gerçeğe aykırı bilginin alenen yayılması kamu barışının bozulması bakımından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması gerekir, burada açık ve yakın tehlikenin ortaya çıkması, suçun objektif cezalandırılma şartıdır. Bu nedenle bu tehlike ortaya çıkmış ise suç cezalandırılabilir iken, bu durum gerçekleşmediği takdirde fail cezalandırılmaz. Bu sebeple, maddede düzenlenen suça teşebbüs mümkün değildir⁷⁹.

B. İştirak

Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu bakımından suçun unsurlarından olan aleliyet kavramı ve suçun yayılmasına ilişkin bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu doğrultuda sosyal medyanın kullanılma hızı, yayılma gücü ve takip zorluğu gözetildiğinde sosyal medyanın vasıta olarak kullanılması suretiyle suç işlenmesine müsamaha edilmemesi bakımından suça iştirak başlığı altında günümüzde yaygın olarak kullanılan Twitter adlı sosyal medya uygulamasındaki "retweet" ve "like/ beğen" yöntemleri incelemeye konu olacaktır.

Twitter adlı sosyal medya paylaşım sitesinde retweet aktivitesi; bir başka Twitter kullanıcısının gönderisini kendi takipçilerin ile paylaşmaktır. Dolayısıyla retweet, kullanıcının bizzat kendisi tarafından söylenen bir paylaşım türü olmayıp, dolaylı yoldan, yani kişiye doğrudan ithaf edilemeyecek şekilde, Twitter kullanıcılarının bilgisine sunulmak amacıyla paylaşılan ikinci kişiye ait bir beyandır. Retweet aktivitesi; beğenilen veya beğenilmeyen, doğru veya yanlış kabul edilen her paylaşım için gerçekleştirilebilir. Retweet yapan şahsa ait olmayan bir beyanın üçüncü kişilerin bilgisine sunulması, paylaşanı doğrudan "fail" statüsüne sokmayacaktır⁷⁸. Buna mukabil, Yargıtay 18. Ceza

decision of the 18th Criminal Chamber of the Court of Cassation dated 07.12.2015, numbered 2015/10377 Main and 2015/12777 Decision, it was decided that the offence of insult occurred with the retweet activity⁷⁹.

In this context, in terms of the offence of publicly disseminating misleading information, it is obvious that the retweeter will directly affect the public's right to information. In our opinion, it would not be correct to accept that the offence in question is automatically realized with the retweet, on the grounds that the sharing of a post that performs the act stipulated in the material element of the offence of publicly disseminating misleading information is later shared by someone else, i.e. retweeting, in the first stage, retweeting is a method of sharing and dissemination. It is necessary to examine separately and repeatedly whether the retweeter is aware of the intent to commit an offence and whether the material elements of the offence of publicly disseminating misleading information are formed in the characteristics of the concrete event. In cases where it is understood that the purpose of the retweet activity is not to share or disseminate the thought or opinion in the field of social media, but only to like or mark or tag the thought or opinion, it cannot be considered as the offence of publicly disseminating misleading information. How-

Dairesi'nin 07.12.2015 tarihli, 2015/10377 Esas ve 2015/12777 Karar sayılı ilamında retweet aktivitesi ile hakaret suçunun oluştuğu şeklinde karar kılınmıştır⁷⁹.

Bu bağlamda halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu bakımından ise retweet yapan kişinin kamunun bilgi edinme hakkına doğrudan etki edeceği aşikardır. Bu kapsamda halkı yanıltıcı bilginin alenen yayılması suçunun maddi unsurunda öngörülen fiili gerçekleştiren bir paylaşımın, daha sonradan bir başkası tarafından paylaşılması, yani retweetlenmesi, ilk aşamada, retweetinde bir paylaşım ve yayma yöntemi olduğundan bahisle, söz konusu suçun retweet ile birlikte otomatik gerçekleştiğini kabul etmek kanaatimizce isabetli olmayacaktır. Retweet yapanın, suç işleme kastı ve somut olayın özelliklerinde yeniden paylaşımın gerçeğe aykırı bir bilgi olduğunun bilinip bilinmediği, halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunun maddi unsurlarının oluşup oluşmadığının ayrıca ve tekraren incelenmesi gerekmektedir. Retweet aktivitesinin amacının sosyal medya alanında düşünce veya görüşün paylaşılması veya yayılması olmayıp da, sadece düşünce veya görüşün beğenilmesi veya işaretlenmesi veya etiketlenmesi olduğu anlaşıldığı durumlarda halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu olarak değerlendirilemeyecektir. Ancak bu tür yöntemlerle sosyal medyada sırf halk

FOOTNOTE

⁷⁷ Gökcan/ Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Vol.3, Ankara 2021, p. 7315.

⁷⁸ Ersan Şen, Yorumluyorum 25, Ankara 2022, p. 545-54.

⁷⁹ Decree of the 18th Criminal Chamber of the Court of Cassation dated 07.12.2015, numbered 2015/10377 Main and 2015/12777 Decision.

DİPNOT

⁷⁷ Gökcan/ Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 5.Cilt, Ankara 2021, s. 7315.

⁷⁸ Ersan Şen, Yorumluyorum 25, Ankara 2022, p. 545-54.

⁷⁹ Yargıtay 18.Ceza Dairesi'nin 07.12.2015 tarihli, 2015/10377 Esas ve 2015/12777 Karar sayılı ilamı.



PART 17

ever, if the person or persons who publicly post on social media with such methods with the sole purpose of creating anxiety, fear or panic among the public allow the direct or indirect dissemination of false information subject to the crime, in this case, it may be mentioned that the offence of publicly disseminating misleading information has occurred in terms of the person or persons who made the post. On the other hand, if it can be proved that a group acts together in a way that contributes to the public dissemination of information that is known to be untrue with the sole purpose of creating anxiety, fear or panic among the public, joint perpetration will have to be evaluated.

The like/ liking activity on the social media sharing site called Twitter consists of liking or marking the post. Decree of the 4th Criminal Chamber of the Court of Cassation dated 17.11.2014, numbered 2013/5598 Main and 2014/33171 Decision is as follows;

*"Liking an insulting post does not constitute the elements of the offence of defamation unless it is shared on the internet or transferred to others"*⁸⁰.

In this context, in terms of the offence of publicly disseminating misleading information, it is understood that the elements of the offence will not occur in cases where the like activity does not include the purpose of sharing, transferring or disseminating to others on social media.

C. Concurrence

We believe that in some cases where the act, which is included in the material elements of the crime, causes the crime of publicly disseminating misleading information, the crime of slander, which is included in Article 267 of the TCC, may also occur. In this case, it should be stated that the provisions of different kinds of intellectual gathering will be applied and the perpetrator will be sanctioned for the crime of slander, which has a heavy penalty.

To mention that the crime of spreading misleading information to the public is commit-

ted with at least three people and a group that we can describe as a criminal organization with the aim of committing a crime, Article 220/4 of the TCC; pursuant to "In the event that a crime is committed within the framework of the activities of the organization, a penalty will also be imposed for these crimes", it will be necessary to establish a provision both from Article 220 of the TCC and from the 2nd paragraph of Article 217/A of the TCC within the scope of the organization's activities.

Twitter adlı sosyal medya paylaşım sitesinde like/ beğeni aktivitesi; paylaşımın beğenilmesinden veya işaretlenmesinden ibarettir. Yargıtay 4. Ceza Dairesi 17.11.2014 tarihli, 2013/5598 Esas ve 2014/33171 Karar sayılı ilamı;

"Hakaret içerikli paylaşımı beğenmek, internet ortamında paylaşılıp veya başkalarına aktarılmadığı takdirde hakaret suçunun unsurlarını oluşturmaz"⁸⁰ şeklindedir.

Bu bağlamda halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu bakımından like/ beğeni aktivitesinin sosyal medyada paylaşma, başkalarına aktarma veya yayma amacı içermediği durumlarda suçun unsurlarının oluşmayacağı anlaşılmaktadır.

C. İçtima

Suçun maddi unsurlarında yer alan fiilin halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçuna sebebiyet verdiği bazı durumlarda aynı zamanda TCK'nın 267. maddesinde yer alan iftira suçunun da meydana gelebileceği tarafımızca düşünülmektedir. Bu durumda farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanacağını ve failin cezası ağır olan iftira suçundan yaptırma tabi tutulacağını ifade etmek gerekir.

Halkı yanıltıcı bilgiye alenen yayma suçunun en az üç kişi ile suç işlemek amacıyla suç örgütü olarak ifade edebileceğimiz bir grupta işlenmesi durumundan da bahsetmek gere-

ted with at least three people and a group that we can describe as a criminal organization with the aim of committing a crime, Article 220/4 of the TCC; pursuant to "In the event that a crime is committed within the framework of the activities of the organization, a penalty will also be imposed for these crimes", it will be necessary to establish a provision both from Article 220 of the TCC and from the 2nd paragraph of Article 217/A of the TCC within the scope of the organization's activities.

VIII. SANCTION

Anyone who commits the crime of publicly disseminating false information in order to create anxiety, fear or panic among the public, which is regulated in the first paragraph of Article 217/A of the TCC, is sentenced to imprisonment from one year to three years.

If the perpetrator is given a prison sentence of less than two years, the institution of postponing the announcement of the verdict regulated in Article 231 of the TCPC may come to the agenda. If this institution is not implemented and the perpetrator is sentenced to 2 years or less in prison, the prison sentence given in accordance with Article 51 of the Turkish Criminal Code may be postponed.

According to the second paragraph of the article, if the crime is committed by hiding the

kirse TCK 220/4 maddesi; "Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur" uyarınca örgütün faaliyeti kapsamında hem TCK'nın 220. maddesinden hem de TCK'nın 217/A maddesinin 2. fıkrasından hüküm kurulması gerekecektir.

VIII. YAPTIRIM

TCK'nın 217/A maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak amacıyla gerçeğe aykırı bilgiyi alenen yayma suçunu işleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Faile, iki yıldan az hapis cezası verilir ise, CMK'nın 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu gündeme gelebilir. Bu kurum uygulanmaz ve faile 2 yıl ve daha az hapis cezası verilir ise, TCK'nın 51. maddesi uyarınca verilen hapis cezasının ertelenmesi yoluna gidilebilecektir.

Maddenin ikinci fıkrasına göre suçun gerçek kimliğin gizlenerek veya bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, faile

FOOTNOTE

⁸⁰ Decree of the 4th Criminal Chamber of the Court of Cassation dated 17.11.2014 and numbered 2013/5598 Main and 2014/33171 Decision.

DİPNOT

⁸⁰ Yargıtay 4. Ceza Dairesi 17.11.2014 tarihli, 2013/5598 Esas ve 2014/33171 Karar sayılı ilamı.

PART 17

IN CASE THE CRIME IS COMMITTED BY CONCEALING THE REAL IDENTITY OR WITHIN THE FRAMEWORK OF ORGANIZATIONAL ACTIVITY, THE PENALTY IS INCREASED FIRST BECAUSE THE REAL IDENTITY IS HIDDEN OR COMMITTED WITHIN THE FRAMEWORK OF ORGANIZATIONAL ACTIVITY, AND THEN BECAUSE IT IS COMMITTED THROUGH THE PRESS AND BROADCASTING.

real identity or within the framework of an organizational activity, the punishment to be given to the perpetrator can be increased by half. The rate to be increased here is at most half, it is possible to impose less sanctions, but it is not possible to increase it more.

In case the crime is committed through the press and broadcasting, the penalty can be increased up to half, pursuant to Article 218 of the Turkish Criminal Code. Here, too, less increase is possible, but it is not possible to increase it more than half.

In case the crime is committed by concealing the real identity or within the framework of organizational activity, the penalty is increased first because the real identity is hidden or committed within the framework of organizational activity, and then because it is committed through the press and broadcasting.

IX. PROSECUTION PROCEDURE, COMPETENT AND AUTHORIZED COURT

The follow-up of the crime regulated in both paragraphs of Article 217/A of the TCC is not dependent on the complaint, it must be followed ex officio.

The court in charge of the crime regulated in the article is the Criminal Court of First Instance pursuant to the upper limit of the penalty stipulated for the crime regulated in the article and Article 11 of the Law No. 5235. In case the crime is committed

verilecek ceza yarı oranında artırılabilir. Burada artırılacak oran en fazla yarısıdır, daha az yaptırım yapılması mümkündür, ancak daha fazla artırmak mümkün değildir.

Suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde de, TCK'nın 218. maddesi uyarınca ceza yarı oranına kadar artırılabilir. Burada da daha az artırım mümkün olmakla birlikte yarısından fazla artırmak mümkün değildir.

Suçun gerçek kimliğin gizlenerek veya örgüt faaliyeti çerçevesinde, basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, ceza önce gerçek kimliğin gizlenmesi veya örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi sebebiyle, daha sonra da basın ve yayın yoluyla işlenmesi nedeniyle artırılır.

IX. KOVUŞTURMA USULÜ, GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

TCK'nın 217/A maddesinin her iki fıkrasında düzenlenen suçun da, takibi şikayete bağlı değildir, re'sen takibi gerekir.

Maddede düzenlenen suçtan dolayı görevli mahkeme, maddede düzenlenen suç için öngörülen cezanın üst sınırı ve 5235 sayılı Kanunun 11. maddesi uyarınca Asliye Ceza Mahkemesi'dir. Suçun 5187 sayılı Kanunun 27. maddesi uyarınca tabi basın yayın yoluyla işlenmesi halinde, 2 nolu Asliye Ceza



through the media, pursuant to Article 27 of the Law No. 5187, the Criminal Court of First Instance no. 2 is in charge and these cases are considered urgent matters.

The competent judicial authority, on the other hand, is not the place where the public community is located, but the place where the false information is publicly disseminated.

Mahkemesi görevlidir ve bu davalar acele işlerden sayılır.

Yetkili yargı mercii ise, halk topluluğunun bulunduğu yer değil, alenen gerçeğe aykırı bilginin yayıldığı yer merciidir.

SUÇUN GERÇEK KİMLİĞİN GİZLENEREK VEYA ÖRGÜT FAALİYETİ ÇERÇEVESİNDE, BASIN VE YAYIN YOLUYLA İŞLENMESİ HALİNDE, CEZA ÖNCE GERÇEK KİMLİĞİN GİZLENMESİ VEYA ÖRGÜT FAALİYETİ ÇERÇEVESİNDE İŞLENMESİ SEBEBİYLE, DAHA SONRA DA BASIN VE YAYIN YOLUYLA İŞLENMESİ NEDENİYLE ARTIRILIR.

BIBLIOGRAPHY

DURMUŞ TEZCAN/ MUSTAFA RUHAN ERDEM/ R. MURAT ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2013.

ELİF ERGÜNE, Tehlike Suçları Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama Suçları (TCK m. 216), Istanbul Law Journal, V. 78, Iss. 3, 2020.

ERSAN ŞEN, Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu, (Date of Access:30.12.2022) <https://www.hukukihaber.net/halki-yaniltici-bilgiyi-alenen-yayma-sucu-makale,10385.html>

ERSAN ŞEN, Yorumluyorum 25, Ankara 2022.

HASAN TAHSİN GÖKCAN/ MUSTAFA ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Volume 3.4.5., Ankara 2021.

İZZET ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17th Edition, Ankara 2021.

Kahramanmaraş Deputy Ahmet Özdemir, Istanbul Deputy Feti Yıldız and 64 Members of Parliament's Law on Amendments to the Press Law and Some Laws (2/4471) and Reports of the Digital Media Commission and the Justice Commission, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss340.pdf.

MAHMUT KOCA/ İLHAN ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15th Edition, Ankara 2020.

MEHMET EMİN ARTUK, "Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum Ve Organlarını Aşağılama Suçu", TBB Dergisi, Iss. 70, 2007.

MEHMET EMİN ARTUK/ AHMET GÖKÇEN/ MEHMET EMİN ALŞAHİN/ KERİM ÇAKIR, Ceza Hukuk Genel Hükümler, 15th Edition, Ankara 2021.

MEHMET EMİN ARTUK/ AHMET GÖKÇEN/ MEHMET EMİN ALŞAHİN/ KERİM ÇAKIR, Ceza Hukuk Özel Hükümler, 19th Edition, Ankara 2021.

Türk Language Institution, Big Turkish Dictionary, [https://sozluk.gov.tr/\(AB1\)](https://sozluk.gov.tr/(AB1)).

VELİ ÖZER ÖZBEK/ MEHMET NİHAN KANBUR/ KORAY DOĞAN, PINAR BACAĞSIZ/ İLKER TEPE, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, 2012.

KAYNAKÇA

DURMUŞ TEZCAN/ MUSTAFA RUHAN ERDEM/ R. MURAT ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2013.

ELİF ERGÜNE, Tehlike Suçları Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama Suçları (TCK m 216), Istanbul Hukuk Mecmuası, C. 78, S. 3, 2020.

ERSAN ŞEN, Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu, (Erişim:30.12.2022) <https://www.hukukihaber.net/halki-yaniltici-bilgiyi-alenen-yayma-sucu-makale,10385.html>.

ERSAN ŞEN, Yorumluyorum 25, Ankara 2022.

HASAN TAHSİN GÖKCAN/ MUSTAFA ARTUÇ, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 3.4.5.Cilt, Ankara 2021.

İZZET ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17.Bası, Ankara 2021.

Kahramanmaraş Milletvekili Ahmet Özdemir, Istanbul Milletvekili Feti Yıldız ve 64 Milletvekilinin Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4471) ile Dijital Mecralar Komisyonu ve Adalet Komisyonu Raporları, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss340.pdf.

MAHMUT KOCA/ İLHAN ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2020.

MEHMET EMİN ARTUK, "Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum Ve Organlarını Aşağılama Suçu", TBB Dergisi, S. 70, 2007.

MEHMET EMİN ARTUK/ AHMET GÖKÇEN/ MEHMET EMİN ALŞAHİN/ KERİM ÇAKIR, Ceza Hukuk Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2021.

MEHMET EMİN ARTUK/ AHMET GÖKÇEN/ MEHMET EMİN ALŞAHİN/ KERİM ÇAKIR, Ceza Hukuk Özel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2021.

Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>.

VELİ ÖZER ÖZBEK/ MEHMET NİHAN KANBUR/ KORAY DOĞAN, PINAR BACAĞSIZ/ İLKER TEPE, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, 2012.

Simplified Sophistication

Collateral Debt

Confidentiality

Assignment and Transfer

Fixed Liability

Compensation

Adversary Proceeding

Termination and Expiration



Smart Legal Risk Management Platform

