

VERBA VOLANT, SCRIPTA MANENT

GSI ARTICLETTER

NO/30, WINTER 2024

A SEMINAL PUBLICATION OF GÖKSU SAFİ İŞİK ATTORNEY PARTNERSHIP

**THE PROCESS OF TRADEMARK APPLICATION
WITH THE WORLD INTELLECTUAL PROPERTY
ORGANIZATION (WIPO) AND MATTERS TO BE
CONSIDERED**

DÜNYA FİKRİ MÜLKİYET ÖRGÜTÜ (WIPO)
NEZDİNDE MARKA MÜRACAATINA İLİŞKİN SÜREÇ
VE DİKKAT EDİLMESİ GEREKEN HUSUSLAR

**ACTION FOR DAMAGES IN CASE OF
UNLAWFUL EXERCISE OF CONTROL
IN A GROUP OF COMPANIES**

ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA HÂKİMİYETİN
HUKUKA AYKIRI KULLANILMASI
DURUMUNDA TAZMİNAT DAVASI

ISSN: 2149-1399

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
Tuğçe Koçalan

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

- 12** **PART 1**
ASSESSMENT OF THE DECEMBER 2022 REGULATION ON ELECTRONIC COMMERCE
ELEKTRONİK TİCARET ARALIK 2022 YÖNETMELİĞİ HAKKINDA DEĞERLENDİRME
- 28** **PART 2**
ACTION FOR DAMAGES IN CASE OF UNLAWFUL EXERCISE OF CONTROL IN A GROUP OF COMPANIES
ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA HÂKİMİYETİN HUKUKA AYKIRI KULLANILMASI DURUMUNDA TAZMİNAT DAVASI
- 54** **PART 3**
THE EVIDENTIAL NATURE OF ELECTRONIC DATA
ELEKTRONİK ORTAMDAKİ VERİLERİN DELİL NİTELİĞİ
- 66** **PART 4**
THE FUNCTIONS OF THE ADMINISTRATIVE OMBUDSMAN IN TÜRKİYE'DE İDARİ OMBUDSMANLIĞIN İŞLEYİŞİ
- 78** **PART 5**
THE RIGHT OF THE EMPLOYEE TO OBJECT TO THE TRANSFER OF THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP TO THE TRANSFEREE IN THE TRANSFER OF THE WORKPLACE UNDER TURKISH LAW (IN THE LIGHT OF ARTICLE 6 OF THE LABOR LAW AND ARTICLE 178 OF THE TURKISH COMMERCIAL CODE)
TÜRK HUKUKUNDA İŞYERİ DEVRİNDE İŞÇİNİN, İŞ İLİŞKİSİNİN DEVRALANA GEÇİŞİNE İTİRAZ HAKKI (İŞ KANUNU M. 6 VE TTK. M. 178 İŞİĞİNDE)

- 96** **PART 6**
WHETHER IT IS POSSIBLE FOR THE EMPLOYER TO CLAIM THAT THERE ARE NO OBJECTIVE CONDITIONS FOR THE CONCLUSION OF A FIXED-TERM EMPLOYMENT AGREEMENT (IN LIGHT OF THE DECISION OF THE COURT OF CASSATION GENERAL ASSEMBLY ON THE UNIFICATION OF JUDGMENTS, NUMBERED 2017/10 E., 2019/1 K. AND DATED 08.03.2019)
BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ YAPILMASI İÇİN OBJEKTİF ŞARTLARIN BULUNMADIĞINI İŞVERENİN İLERİ SÜREBİLMESİNİN MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI HUSUSU (YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME HUKUK GENEL KURULU'NUN 2017/10 E., 2019/1 K. SAYILI VE 08.03.2019 TARİHLİ KARARI İŞİĞİNDE)
- 114** **PART 7**
FREEDOM OF EXPRESSION ON THE INTERNET
İNTERNET ORTAMINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ
- 130** **PART 8**
COMPETITION PROHIBITION FOR A BOARD MEMBER IN A JOINT STOCK COMPANY
ANONİM ORTAKLIKTA YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN REKABET YASAĞI
- 158** **PART 9**
THE BANK'S RESPONSIBILITY IN SAFE DEPOSIT BOX HIRE AGREEMENTS
KASA KİRALAMA SÖZLEŞMESİNDE BANKANIN SORUMLULUĞU
- 174** **PART 10**
AI IN CORPORATE GOVERNANCE
KURUMSAL YÖNETİMDE YAPAY ZEKÂ

192

PART 11

LEGAL PROCESS FOR THE INSTALLATION OF LICENSED SOLAR POWER PLANTS
LİSANSLI GÜNEŞ ENERJİSİ SANTRALLERİNİN KURULUMUNDA HUKUKSAL SÜREÇ

204

PART 12

EVALUATION OF THE FILM J'ACCUSE
J'ACCUSE FİLM DEĞERLENDİRİLMESİ

218

PART 13

PATENTING SOFTWARE IN TERMS OF TURKISH LAW
TÜRK HUKUKU AÇISINDAN YAZILIMLARIN PATENTLENEBİLMESİ

230

PART 14

THE PROCESS OF TRADEMARK APPLICATION WITH THE WORLD INTELLECTUAL PROPERTY
ORGANIZATION (WIPO) AND MATTERS TO BE CONSIDERED

DÜNYA FİKRİ MÜLKİYET ÖRGÜTÜ (WIPO) NEZDİNDE MARKA MÜRACAATINA İLİŞKİN SÜREÇ VE DİKKAT
EDİLMESİ GEREKEN HUSUSLAR

242

PART 15

SANCTIONS IMPOSED BY CAPITAL MARKET BOARDS OF TÜRKİYE IN SCOPE OF MARKET ABUSE AND
LEGAL REMEDIES AGAINST SANCTIONS

PİYASA BOZUCU EYLEMLER KAPSAMINDA SERMAYE PİYASASI KURULU'NUN UYGULADIĞI YAPTIRIMLAR
VE YAPTIRIMLARA KARŞI BAŞVURU YOLLARI

260

PART 16

DELAYED JUSTICE: "WHEN THEY SEE US" TV SERIES REVIEW
GECİKEN ADALET: "WHEN THEY SEE US" DİZİ İNCELEMESİ

272

PART 17

INCORPORATION OF JOINT STOCK COMPANIES WITH IN-KIND CAPITAL
ANONİM ŞİRKETLERİN AYNI SERMAYE İLE KURULUŞU

284

PART 18

METAVVERSE, METAVVERSE LAW AND POSSIBLE ISSUES
METAVVERSE, METAVVERSE HUKUKU VE OLASI SORUNLAR

292

PART 19

LEGAL RESPONSIBILITY OF THE OPERATOR OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE
YAPAY ZEKAYI İŞLETENİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

FOREWORD AND ACKNOWLEDGMENT

Dear GSI Friends and Readers,

Law is one of the great achievements of humankind. Regardless of how contentious it may be, it eventually gives a feeling of stability, predictability, and order for humans in all facets of their social relationships, which is vital for both individual and community happiness and peace. We all want to know the framework of the common agreement which we are bound with, be it in our personal relations or social relations; and the best way to do it is to put it in writing. That is why we have constitutions, rules, and regulations, and why we write down our agreements and sign them. Because the standards we agree on are determined and reflected by forms. Writing a law is an important step toward establishing and understanding what has been agreed upon.

The basic roots of faith in the law will not be destroyed just because the law

is broken or aggressions, occupations, and wars occur; rather, they will be damaged when individuals and communities decide to embrace and defend illegalities and unlawful acts. And the world is regretfully going through difficult times in this regard, because the concept of law and basic rights is being harmed by the hypocrisy of international politics. As a result, protecting the concept of law as an achievement is more important than ever.

I had always seen our Articletter project as a humble contribution to the idea of law. Today, I feel that it is a very tiny reflection of a hope to hold on a law, despite everything on the contrary.

With this note, I would like to thank every colleague that has contributed to this issue.

Ali Göksu, J.S.D
Founding Partner

TAKDİM VE TEŞEKKÜR

Kıymetli Dostlarımız ve Okurlarımız,

Hukuk, insanoğlunun en büyük kazanımlarından biridir. Zira, ne kadar tartışmalı olursa olsun, nihayetinde insana sosyal ilişkilerinde her yönüyle bir istikrar, öngörülebilirlik ve düzen duygusu sağlar ki bu da hem bireysel hem de toplumsal tatmin ve huzur için son derece önemlidir. İster kişisel ilişkilerimizde ister toplumsal ilişkilerimizde olsun, hepimiz bağlı olduğumuz ortak anlaşmanın çerçevesini bilmek isteriz; bunu yapmanın en iyi yolu da onu yazılı hale getirmektir. Bu yüzden anayasalarımız, yasalarımız, yönetmeliklerimiz vardır ve bu yüzden mutabakatlarımızı sözleşmelere dönüştürür ve imzalarız. Çünkü formlar, üzerinde mutabık kaldığımız normları belirler ve yansıtırlar. O yüzden hukuka dair yazı yazmak, neyin üzerinde anlaşmaya varıldığını tespit etmek ve anlamak için değerli bir çabadır.

Öte yandan, hukuka olan güvenin temelleri, hukuk ihlal edildiğinde ya da saldırılar, işgaller ve savaşlar gerçekleştiğinde yol olmaz, ancak insanlar ve toplumlar hukuksuzlukları ve gayri meşru faaliyetleri desteklemeye ve savunmaya başladığında sarsılır. Ve ne yazık ki dünya bu anlamda zor günler geçiriyor, çünkü hukuk ve temel haklar fikri küresel siyasetin ikiye bölünmüşlüğünden büyük zarar görüyor. Bu nedenle bir kazanım olarak hukuk fikrinin korunması bugün her zamankinden daha önemli hale gelmiştir.

Ben Articletter projemizi her zaman hukuk fikrine mütevazı bir katkı olarak görmüştüm. Bugün ise, her şeye rağmen hukuka tutunma umudunun çok mütevazı bir yansıması olarak hissediyorum.

Bu vesileyle, bu sayıya katkıda bulunan tüm meslektaşlarıma teşekkür ediyorum.

Av. Dr. Ali Göksu
Kurucu Ortak

NOTES FROM THE EDITORIAL

Dear Readers,

The GSI Articletter team is thrilled to share with you our winter 2024 issue.

As in our previous issue, we not only analyze various topics in the legal field from a theoretical perspective but also address current and critically important matters. We cover a wide range of topics from the metaverse to artificial intelligence, intellectual property law to energy law. We also evaluate the latest legislative changes and judicial decisions.

I believe that the article titled "Compensation in Cases of Unlawful Use of Dominance in a Corporate Group" in the field of corporate law, and the article titled "The Process of Brand Application Before the World Intellectual Property Organization (WIPO) and Points to Consider" in the field of intellectual property law, will be beneficial for legal professionals interested in these areas.

In our previous issue, we featured a book review intersecting literature and law. In order to highlight the essential signifi-

cance of art in relation to legal and social issues, we examined two distinct works from the worlds of film and television in this issue. The mini-series "When They See Us" delves into the events of 1989 known as the "Central Park Five", questioning the justice system within the context of equality and racism. The film "J'accuse" which revolves around the famous Dreyfus Case, effectively portrays the social and political structure of its time, prompting viewers to contemplate essential legal concepts such as justice and human rights.

I consider it my duty to express my gratitude to each of my colleagues who meticulously wrote their articles, to the team leaders who were closely involved in the process, to Att. Adem Karaalp for his meticulous work in preparing the English texts, and to Serda Cerrah, who played a primary role at the heart of the entire publication process.

We hope to meet our esteemed readers in future issues,

Erkam Yılmaz
Articletter Editor

EDİTORYEL NOTLAR

Değerli Okurlarımız,

GSI Articletter ekibi olarak 2024 kış sayımızı sizlere takdim etmenin mutluluğunu yaşıyoruz.

Önceki sayılarımızda olduğu gibi bu sayıda da hukuki alandaki çeşitli konuları teorik veçheden tahlil etmekle kalmayıp, güncel ve kritik önemi haiz meseleleri de ele alıyoruz. Metaverse'ten yapay zekaya, ve fikri mülkiyet hukukundan enerji hukukuna kadar geniş bir konu yelpazesini mütalaa ederken, güncel mevzuat değişikliklerini ve yargı içtihatlarını da değerlendiriyoruz.

Şirketler hukuku sahasında "Şirketler Topluluğunda Hakimiyetinin Hukuka Aykırı Kullanılması Durumunda Tazminat" ve fikri mülkiyet hukuku sahasında ise "Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) Nezdinde Marka Müracaatına İlişkin Süreç ve Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar" isimli makalelerin, bu alanlarla ilgilenen hukukçular açısından faydalı olacağı kanaatindeyim.

Daha önceki sayımızda edebiyat ve hukukun kesişim noktası olarak kitap tah-

liline yer vermiştik. Bu sayımızda ise sinema ve televizyon dünyasından iki ayrı eseri tahlil ederek, sanat eserlerinin hukuki ve içtimai meseleler açısından oynadığı önemli role işaret etmek istedik. "When They See Us" adlı mini dizi, 1989 yılında yaşanan ve "Central Park Five" olarak bilinen olayı işleyerek, eşitlik ve ırkçılık konuları ekseninde adalet sistemini sorgulamaktadır. Meşhur Dreyfus Davası'nı konu edinen "J'accuse" filmi ise, dönemin sosyal ve politik yapısını başarılı bir şekilde aktarırken, seyirciyi adalet ve insan hakları gibi temel hukuki kavramlar hakkında düşünmeye sevk etmektedir.

Çalışmalarını büyük bir ihtimamla kaleme alan her bir meslektaşımıza, süreçle yakından ilgilenen ekip liderlerine, İngilizce metinlerin hazırlanmasındaki dakik çalışması sebebiyle Av. Adem Karaalp'e ve tüm yayım sürecinin merkezinde yer alarak asli bir rol oynayan Serda Cerrah'a şükranlarımı arz etmeyi vazife addederim.

Siz kıymetli okurlarımızla sonraki sayılarda görüşmek temennisiyle,

Erkam Yılmaz
Articletter Editör



| ARTICLES
| MAKALELER



PART 1

ASSESSMENT OF THE DECEMBER 2022 REGULATION ON ELECTRONIC COMMERCE

ELEKTRONİK TİCARET ARALIK
2022 YÖNETMELİĞİ HAKKINDA
DEĞERLENDİRME

MELİS DAL

PART 1

ABSTRACT | ÖZET

The use of the Internet for commercial purposes has led to the emergence of a new trading platform called electronic commerce. Thus, the need for the establishment of a legal infrastructure for electronic commerce has emerged in our country.

İnternetin ticari amaçlarla kullanılmaya başlanması, elektronik ticaret olarak adlandırılan yeni bir ticaret platformunun ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Bu doğrultuda ülkemizde, elektronik ticarete ilişkin hukuki alt-yapı oluşturulmasına yönelik ihtiyaç doğmuştur.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELELER

Electronic Commerce, Technology, Intermediation Agreement, Electronic Commerce Service Provider, Electronic Commerce Intermediary Service Provider.

Elektronik Ticaret, Teknoloji, Aracılık Sözleşmesi, Elektronik Ticaret Hizmet Sağlayıcı, Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcı, Hukuka Aykırı İçerik.

I. INTRODUCTION

With the publication of the Regulation on Electronic Commerce Intermediary Service Providers and Electronic Commerce Service Providers ("Regulation") in the Official Gazette dated 29.12.2022 and numbered 32058, the Law on Electronic Commerce Service Providers and Intermediary Service Providers published in the Official Gazette dated 26.08.2015 and numbered 29457 was repealed. The right to draft a regulation for the application of the Law on the Regulation of Electronic Commerce, granted to the Ministry of Commerce according to Article 13 of the Law ("Law on the Regulation of Electronic Commerce"), served as the foundation for the creation of the Regulation.

II. GENERAL INFORMATION ON ELECTRONIC COMMERCE

The Internet has been used for many reasons such as communication, information and trade for many years. The use of the Internet as an electronic commerce tool dates back to the 1990s. Accordingly, the Internet has achieved its main development with the increase in its commercial use¹. The use of the

I. GİRİŞ

29.12.2022 tarihli 32058 sayılı Resmi Gazete'de Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcı ve Elektronik Ticaret Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik ("Yönetmelik") yayımlanması ile 26.08.2015 tarihli ve 29457 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkındaki Yönetmelik ("Mülga Yönetmelik") yürürlükten kaldırılmıştır. Yönetmelik'in hazırlanmasına, 6563 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un ("Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun") 13. maddesi uyarınca, Ticaret Bakanlığı'na verilmiş olan Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un uygulanmasına ilişkin yönetmelik hazırlama hakkı dayanak teşkil etmektedir.

II. ELEKTRONİK TİCARETE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

İnternet, uzun yıllardan beri haberleşme, bilgi edinme, ticaret gibi birçok sebeple kullanılmaktadır. İnternetin elektronik ticaret aracı olarak kullanımı ise 1990'lı yıllara dayanmaktadır. Buna bağlı olarak internet, asıl gelişimini ticari kullanımının artması ile sağlamıştır¹. İnternetin ticari amaç vasıta-



İnternet for commercial purposes has led to the formation of a new trading platform. This new platform, called electronic commerce, has been rapidly adopted and developed by both the production and consumption segments. The fact that the Internet eliminates distances in trade and enables simultaneous interactive transmission of audio, video and written text has led to the rapid adoption of electronic commerce by all segments².

There are different definitions of the concept of "electronic commerce" in various sources. According to the World Trade Organization, electronic commerce is the production, advertising, sales and distribution of goods and services over telecommunication networks³. According to the definition made by the Organization for Economic Cooperation and Development, electronic commerce is "the performance of commercial activities by individuals and organizations based on the transfer of digital data including text, sound and visual images"⁴.

The High Council of Science and Technology ("HCST") formed a working group to promote and extend electronic commerce in Türkiye at its meeting on August 25, 1997, and the Electronic Commerce Coordination Board ("ECCB") was created within this framework⁵. The ECCB, on the other hand,

sıyla kullanılmaya başlanması, yeni bir ticaret platformunun oluşmasına neden olmuştur. Elektronik ticaret olarak adlandırılan bu yeni platform hem üretim kesimi hem de tüketim kesimi tarafından hızlı bir şekilde benimsenmiş ve gelişmiştir. İnternetin ticarete mesafeleri kaldırması, aynı anda interaktif olarak hem ses hem görüntü hem de yazılı metin iletilmesine olanak sağlaması, elektronik ticaretin her kesim tarafından hızlı bir şekilde benimsenmesine sebep olmuştur².

Elektronik ticaret kavramına ilişkin olarak birden fazla kaynaktan farklı tanımlara yer verilmiştir. Dünya Ticaret Örgütü'ne göre; elektronik ticaret, mal ve hizmetlerin üretim, reklam, satış ve dağıtımlarının telekomünikasyon ağları üzerinden yapılmasıdır³. Ekonomik İş Birliği ve Kalkınma Teşkilatı tarafından yapılan tanıma göre ise elektronik ticaret, "genel olarak birey ve organizasyonların metin, ses ve görsel imajları kapsayan dijital verilerin aktarımına dayalı olarak ticari faaliyetleri yerine getirmeleridir"⁴.

Türkiye'de elektronik ticaretin gelişmesi ve yaygınlaştırılması için Bilim ve Teknoloji Yüksek Kurulu ("BTYK") tarafından 25 Ağustos 1997 tarihinde gerçekleştirilen toplantıda bir çalışma grubu oluşturulmuş ve bu kapsamda Elektronik Ticaret Koordinasyon Kurulu ("ETKK") kurulmuştur⁵. ETKK ise elektronik

DİPNOT

1 **Gazanfer Erbaşlar/ Şükrü Dokur**, Elektronik Ticaret E-Ticaret, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 3.

2 **Neslihan Coşkun**, "Elektronik Ticaretin Gelişiminde Temel Dinamikler ve Gelişimi Önündeki Engeller", Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 13, S. 2, Adana 2004, s. 243-245.

3 **Caner Delitay**, Elektronik Ticaret: Türkiye'nin İhracatı Açısından Değerlendirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020, s. 3'ten naklen, ASO, Asomedy, Ağustos 1998, s. 29.

4 **Delitay**, s. 3'ten naklen, Çak, M. Dünyada ve Türkiye'de Elektronik Ticaret ve Vergilendirilmesi, ITO Yayınları, İstanbul 2022, s. 76.

5 **Delitay**, s. 47'den naklen, ekonomi.gov.tr.

FOOTNOTE

1 **Gazanfer Erbaşlar/ Şükrü Dokur**, Electronic Trade E-Commerce, 2nd Edition, Ankara 2012, p. 3.

2 **Neslihan Coşkun**, "Basic Dynamics in the Development of Electronic Commerce and Barriers to its Development", Çukurova University Journal of Institute of Social Sciences, C. 13, S. 2, Adana 2004, p. 243-245.

3 **Caner Delitay**, Electronic Commerce: Evaluation of Türkiye in Terms of Export, Master Thesis, Ankara 2020, p. 3, ASO, Asomedy, Ağustos 1998, p. 29.

4 **Delitay**, s. 3'ten naklen, Çak, M. Electronic Commerce and Taxation in the World and Türkiye, ITO Publications, İstanbul 2022, p. 76.

5 **Delitay**, s. 47'den naklen, ekonomi.gov.tr.

PART 1

defines electronic commerce as “the whole of the commercial transactions of individuals and organizations aiming to create a value by processing, transmitting and storing digital information in the form of text, sound and images on the internet or internet environments”⁶. In addition to the boards such as HSCT and ECCB that work to develop electronic commerce, the Law No. 6563 on the Regulation of Electronic Commerce was adopted by the Grand National Assembly of Türkiye (“GNAT”) on October 23, 2014 and entered into force on May 1, 2015 after being published in the Official Gazette No. 29166 on November 5, 2014⁷.

The growth of electronic commerce has been influenced by a wide range of other advancements. The development and spread of information technologies consisting of products such as computers and the internet, as well as globalization, contributed to the development and rapid growth of electronic commerce⁸. There are several electronic commerce technologies available at the same time, including the phone, television, and computer. Thanks to these tools, audio and video transmission is carried out without time and place limits, and commercial transactions are realized in a shorter time⁹.

As electronic commerce has become increasingly widespread in the world, many positive and negative effects of electronic commerce have emerged. With the increase in electronic communication, access to producers, consumers and businesses has become easier; it is now simpler for consumers to access the global market, speed and diversity have risen, and competitiveness has grown as a result of the decline in costs associated with manufacturing, marketing, and distribution operations in the electronic environment. Electronic commerce has negative sides as well as positive sides. The widespread use of electronic commerce has led to the elimination of certain elements of traditional commerce, which has resulted in a surplus of labor and increased unemployment¹⁰.

ticareti “bireylerin ve kurumların, internet veya internet ortamlarında yazı, ses, görüntü biçimindeki sayısal bilgilerin işlenmesi, iletilmesi ve saklanması ve bir değer yaratmayı amaçlayan ticari işlemlerin bütünü” olarak tanımlamıştır⁶. BTYK, ETKK gibi elektronik ticareti geliştirmek amacıyla çalışan ve bu kapsamda oluşan kurulların yanında 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, 23 Ekim 2014 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından (“TBMM”) kabul edilmiş ve 5 Kasım 2014’te 29166 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak 1 Mayıs 2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁷.

Elektronik ticaretin gelişiminde birçok başka gelişme rol oynamıştır. Bilgisayar, internet gibi ürünlerden oluşan bilişim teknolojilerinin gelişmesi, yaygınlaşması ve ayrıca küreselleşme, elektronik ticaretin gelişmesine ve hızlı bir şekilde büyümesine katkı sağlamıştır⁸. Aynı zamanda telefon, televizyon, bilgisayar başta olmak üzere elektronik ticaretin birden çok aracı bulunmaktadır. Bu araçlar sayesinde zaman, mekân sınırı olmaksızın ses, görüntü iletimi yapılmaktadır ve ticari işlemler daha kısa bir sürede gerçekleşmektedir⁹.

Elektronik ticaretin dünyada giderek yaygınlaşmasına bağlı olarak elektronik ticaretin olumlu ve olumsuz birçok etkisi ortaya çıkmıştır. Elektronik iletişimin artması ile üretici, tüketici ve işletmelere ulaşım daha da kolaylaşmış; elektronik ortamda üretim, pazarlama ve dağıtım faaliyetlerinin maliyetleri düşürmesinden kaynaklı olarak tüketicilerin küresel piyasaya girmesi kolaylaşmış, hız ve çeşitlilik artmış ve bu nedenle rekabet artmıştır. Elektronik ticaretin olumlu tarafları olduğu kadar olumsuz tarafları da bulunmaktadır. Elektronik ticaretin yaygınlaşması geleneksel ticarete yer alan birtakım unsurların kalkmasına sebep olmuş ve bu nedenle işgücü fazlası ortaya çıkmış olup işsizlik artmıştır¹⁰.

III. ELECTRONIC COMMERCE IN TURKISH LEGISLATION

In 2008, the “Electronic Commerce Directive Working Group” was established with the contribution of the Undersecretariat of Foreign Trade and relevant organizations in order to establish a legal infrastructure for electronic commerce in Türkiye. The said group started to work on the preparation of an electronic commerce law and prepared the “Draft Law on the Regulation of Electronic Commerce” in 2010. Accordingly, the Law on the Regulation of Electronic Commerce was adopted by the Turkish Grand National Assembly in 2014 and entered into force in 2015. In this article, the Regulation prepared on the basis of the Law on the Regulation of Electronic Commerce will be evaluated¹¹.

IV. REGULATION ON ELECTRONIC COMMERCE INTERMEDIARY SERVICE PROVIDERS AND ELECTRONIC COMMERCE SERVICE PROVIDERS

A. Purpose of the Regulation

When the Law on the Regulation of Electronic Commerce, which constitutes the basis for the preparation of the Regulation, was prepared, it was aimed to expand electronic commerce, and in line with this purpose, firstly, it was aimed to ensure that users trust the electronic commerce system. The basic requirement for ensuring the trust of the users or consumers in electronic commerce is to ensure transparency and accessibility¹². Therefore, taking into account the needs for regulation, transparency, and accessibility, the duties of electronic commerce service providers (“ETSP”) and electronic trade intermediary service providers (“EISPs”) have been regulated. It is aimed to prevent unfair practices of EISPs such as late payment, forcing the supply of goods or services from a certain person, charging a fee to sellers without providing a service, and unfairly highlighting ETSP’s own branded products.

III. TÜRK MEVZUATINDA ELEKTRONİK TİCARETİN YERİ

Türkiye’de elektronik ticarete ilişkin hukuki bir altyapının kurulması gereksinimi ile 2008 yılında, Dış Ticaret Müsteşarlığı ve ilgili kuruluşların katkısı ile “Elektronik Ticaret Direktifi Çalışma Grubu” kurulmuştur. Söz konusu grup tarafından, elektronik ticaret kanunu hazırlanması için çalışmalar başlayarak 2010 yılında “Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarı Taslağı” hazırlanmıştır. Bu doğrultuda, Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, TBMM tarafından 2014 tarihinde kabul edilerek 2015 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu makalede, Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’a dayanılarak hazırlanan Yönetmelik değerlendirilecektir¹¹.

IV. ELEKTRONİK TİCARET ARACI HİZMET SAĞLAYICI VE ELEKTRONİK TİCARET HİZMET SAĞLAYICILAR HAKKINDA YÖNETMELİK

A. Yönetmelik’in Amacı

Yönetmelik’in hazırlanmasına dayanak teşkil eden Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun hazırlanırken, elektronik ticaretin yaygınlaştırılması amaçlanmış, bu amaç doğrultusunda ilk olarak kullanıcıların elektronik ticaret sistemine güven duymasını hedeflenmiştir. Elektronik ortamda işlem yapanların veya tüketicilerin güveninin sağlanmasının temel gerekliliği ise şeffaflık ve erişilebilirlik şartlarının sağlanmasıdır¹². Dolayısı ile Yönetmelik, şeffaflık ve erişilebilirlik şartlarının oluşmasını göz önünde tutarak, elektronik ticaret hizmet sağlayıcı (“ETHS”) ve elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıların (“ETAHS”) yükümlülükleri düzenlenmiş olup; ETAHS’lerin geç ödeme yapma, belirli kişiden mal veya hizmet teminini zorlama, satıcılara bir hizmet sunmadan ücret talep etme, ETHS’nin kendi markalı ürünlerini haksız bir şekilde ön plana çıkarma gibi haksız uygulamaların önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

FOOTNOTE

⁶ Erbaşlar/ Dokur, p. 4.

⁷ Delitay, p. 52.

⁸ Coşkun, p. 256.

⁹ Önder Canpolat, E-Commerce and Developments in Türkiye, Report of the General Directorate for the Protection of Consumers and Competition, Ankara 2001, p. 14.

¹⁰ Canpolat, p. 21-22.

¹¹ Mehmet Demirdöğmez/ Nihat Gültekin/ Hacı Yunus Taş, “The Development of E-Commerce Sector in Türkiye by Years”, OPUS-International Journal of Community Research, C. 8, S. 15, 2018, p. 2223.

¹² Lütfü Başöz/ Ramazan Çakmakçı, The Law on the Regulation of Electronic Commerce and Related Laws with Reasons, Commission Reports and Minutes of the Grand National Assembly of Türkiye, 1st Edition, Istanbul 2015, p. 9.

DİPNOT

⁶ Erbaşlar/ Dokur, s. 4.

⁷ Delitay, s. 52.

⁸ Coşkun, s. 256.

⁹ Önder Canpolat, E-Ticaret ve Türkiye’deki Gelişmeler, Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü Raporu, Ankara 2001, s. 14.

¹⁰ Canpolat, s. 21-22.

¹¹ Mehmet Demirdöğmez/ Nihat Gültekin/ Hacı Yunus Taş, “Türkiye’de E-Ticaret Sektörünün Yıllara Göre Gelişimi”, OPUS-Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi, C. 8, S. 15, 2018, s. 2223.

¹² Lütfü Başöz/ Ramazan Çakmakçı, Gereççeleri, Komisyon Raporları ve TBMM Tutanakları ile Birlikte Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ve İlgili Kanunlar, 1. Baskı, İstanbul 2015, s. 9.

PART 1

B. New Definitions

In addition to the definitions under the Repealed Regulation, the Regulation introduces several new definitions and expands the scope of some definitions. Some of these definitions are as follows:

1. Electronic Trade Intermediary Service Provider (EISPs)

Pursuant to subparagraph 4/1(f) of the Regulation titled "Definitions", an EISP is defined as an intermediary service provider that enables the execution of contracts or placing orders for the supply of goods or services of ETSPs in the electronic commerce marketplace. In this context; (i) medium-sized EISPs are defined as ETSPs whose net transaction volume in a calendar year is over TRY 10.000.000.000.000 (ten billion Turkish Liras), (ii) large-scale EISPs are defined as EISPs whose net transaction volume in a calendar year is over TRY 30.000.000.000.000 (thirty billion Turkish Lira) and the number of transactions, excluding cancellations and returns, is over one hundred thousand, and which also fulfills the obligations set forth in the Regulation for medium-sized EISP; (iii) very large-sized EISP is an EISP whose net trading volume in a calendar year exceeds 60.000.000.000.000 TL (sixty billion Turkish Lira) in a calendar year and the number of transactions excluding cancellations and returns is over one hundred thousand, and which also fulfills the obligations specified in the Regulation for medium and large-scale EISP.

2. Electronic Commerce Service Provider (ETSP)

Pursuant to Article 4/1(h) of the Regulation titled "Definitions", an ETSP is defined as a service provider that concludes contracts or takes orders for the supply of goods or services in an electronic commerce marketplace or in its own electronic commerce environment. In this context; (i) medium-sized ETSP is defined as an ETSP whose net transaction volume in a calendar year exceeds 10.000.000.000.000 TL (ten billion Turkish Liras) and the number of transactions excluding cancellations and returns is over ten million, (ii) large-scale ETSP is defined as an ETSP whose net transaction volume in a calendar year exceeds 30.000.000.000.000 (thirty billion Turkish Lira) and ten million transactions excluding cancellations

B. Yeni Eklenen Tanımlar

Mülga Yönetmelik kapsamında yer alan tanımlamalara ek olarak, Yönetmelik'te birden fazla yeni tanıma yer verilmiş ve bazı tanımların da kapsamı genişletilmiştir. Bunlardan bazıları aşağıdaki gibidir:

1. Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcı (ETAHS)

Yönetmelik'in "Tanımlar" başlıklı 4/1(f) bendi uyarınca ETAHS, elektronik ticaret pazar yerinde ETHS'lerin mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkân sağlayan aracı hizmet sağlayıcı olarak tanımlanmaktadır. Bu kapsamda; (i) orta ölçekli ETAHS bir takvim yılındaki net işlem hacmi 10.000.000.000 TL'nin (on milyar Türk Lirası) üzerinde olan ETAHS'ler olarak, (ii) büyük ölçekli ETAHS, bir takvim yılındaki net işlem hacmi 30.000.000.000 TL'nin (otuz milyar Türk Lirası) ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı yüz bin adedin üzerinde olan ve orta ölçekli ETAHS'ler için Yönetmelik'te belirtilen yükümlülükleri de haiz ETAHS'ler olarak, (iii) çok büyük ölçekli ETAHS ise, bir takvim yılındaki net işlem hacmi 60.000.000.000 TL'nin (altmış milyar Türk Lirası) ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı yüz bin adedin üzerinde olan ve orta ölçekli ETAHS'ler için Yönetmelik'te belirtilen yükümlülükleri de haiz ETAHS'ler olarak tanımlanmıştır.

2. Elektronik Ticaret Hizmet Sağlayıcı (ETHS)

Yönetmelik'in "Tanımlar" başlıklı 4/1(h) bendi uyarınca ETHS, elektronik ticaret pazar ortamında mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapan ya da sipariş alan hizmet sağlayıcı olarak tanımlanmaktadır. Bu kapsamda; (i) orta ölçekli ETHS, bir takvim yılındaki net işlem hacmi 10.000.000.000 TL'nin (on milyar Türk Lirası) ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı on milyon adedin üzerinde olan ETHS'ler olarak, (ii) büyük ölçekli ETHS bir takvim yılındaki net işlem hacmi 30.000.000.000 TL'nin (otuz milyar Türk Lirası) ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı on milyon adedin üzerinde olan ve orta ölçekli ETHS'ler için Yönetmelik'te belirtilen yükümlülükleri de haiz ETHS'ler olarak, (iii)

and refunds in a calendar year and which also fulfills the obligations specified in the Regulation for medium-sized ETHSs, (iii) very large-sized ETSP is defined as an ETSP with a net trading volume of more than 60.000.000.000.000 TL (sixty billion Turkish Lira) and ten million transactions excluding cancellations and refunds in a calendar year and which also fulfills the obligations specified in the Regulation for medium and large-sized ETSPs.

3. Intermediary Service

Pursuant to Article 4/1(b) of the Regulation titled "Definitions", intermediary service is defined as any service provided by the electronic commerce intermediary service provider to the electronic commerce service provider or the buyer in the electronic commerce marketplace for the purpose of realizing electronic commerce transactions and delivering the order.

4. Electronic Trade Information System (ETBIS)

In Article 4/1(g) of the Regulation titled "Definitions", the electronic commerce information system is defined as the information system created by the Ministry of Trade for the purpose of registering ETSP and EISPs, collecting electronic commerce data, processing this data and generating statistical information, and enabling registration and notification under the Law on the Regulation of Electronic Commerce.

C. Obligations**1. Obligations of the Electronic Commerce Service Provider****a. Obligation to Provide Information**

Article 3 of the Law on the Regulation of Electronic Commerce states that service providers are obliged to provide information on introductory and technical steps, information on confidentiality rules, and information necessary for the correction of errors in data entry. In the Regulation, the obligation to provide information is explained in more detail and the information that must be provided in full is regulated in order. Therefore, the trade name, central registry registration

çok büyük ölçekli ETHS ise, bir takvim yılındaki net işlem hacmi 60.000.000.000 TL'nin (altmış milyar Türk Lirası) ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı on milyon adedin üzerinde olan ve orta ve büyük ölçekli ETHS'ler için Yönetmelik'te belirtilen yükümlülükleri de haiz ETHS'ler olarak tanımlanmıştır.

3. Aracılık Hizmeti

Yönetmelik'in "Tanımlar" başlıklı 4/1(b) bendi uyarınca aracılık hizmeti, elektronik ticaret pazar yerinde elektronik ticaret işlemlerinin gerçekleştirilmesi ve siparişin teslimi amacıyla elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı tarafından elektronik ticaret hizmet sağlayıcı veya alıcıya sunulan her türlü hizmet olarak tanımlanmıştır.

4. Elektronik Ticaret Bilgi Sistemi (ETBIS)

Yönetmelik'in "Tanımlar" başlıklı 4/1(g) bendi uyarınca elektronik ticaret bilgi sistemi, ETHS ve ETAHS'lerin kayıt altına alınması, elektronik ticaret verilerinin toplanması, bu verilerin işlenerek istatistikî bilgilerin üretilmesi amacıyla Ticaret Bakanlığı tarafından oluşturulan ve Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun kapsamında kayıt ve bildirim yapılabilmesine imkân sağlayan bilgi sistemi olarak tanımlanmıştır.

C. Yükümlülükler**1. Elektronik Ticaret Hizmet Sağlayıcının Yükümlülükleri****a. Bilgi Verme Yükümlülüğü**

Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 3. Maddesinde, hizmet sağlayıcıların; tanıtıcı bilgileri, teknik adımlara ilişkin bilgileri, gizlilik kurallarına ilişkin bilgileri, veri girişinde meydana gelen hataların düzeltilmesi için gerekli olan bilgileri sunmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Yönetmelik'te ise bilgi verme yükümlülüğü daha ayrıntılı olarak açıklanmış ve eksiksiz olarak bulundurulması gereken bilgiler sırasıyla düzenlenmiştir. Dolayısıyla; tacir için ticaret unvanı,

PART 1

system (MERSIS) number and headquarters address for merchants, name and surname, tax identification number and headquarters address for tradesmen and craftsmen, registered electronic mail (KEP) address, electronic mail address, telephone number and, if any, business name and registered trademark, the professional chamber to which it belongs, the code of conduct related to the profession and the information on how to access them electronically are included within the scope of the information that the ETSP must keep in its electronic commerce environment.

The telephone number, central address, and email address must all be provided to EISP by the ETSP. If any of these details change, ETSP must notify EISP by the end of the day after the change.

b. Order Related Obligations

Pursuant to Article 4 of the Law on the Regulation of Electronic Commerce, the service provider is obliged to ensure that the terms of the contract are clearly understood by the buyer at the stage of order confirmation and before entering payment information. In addition to the obligations imposed on the service provider under the Law on the Regulation of Electronic Commerce, another obligation added under subparagraph (a) of Article 8 of the Regulation obliges the ETSP to ensure that second-hand goods are sold by placing them in a different section and to show the total price, including tax and delivery costs, to the buyer before entering the payment information.



merkezi sicil kayıt sistemi (MERSIS) numarası ve merkez adresi, esnaf ve sanatkâr için adı ve soyadı, vergi kimlik numarası ve merkez adresi, kayıtlı elektronik posta (KEP) adresi, elektronik posta adresi, telefon numarası ve varsa işletme adı ile tescilli markası, mensubu olduğu meslek odası, meslekle ilgili davranış kuralları ve bunlara elektronik olarak ne şekilde ulaşılabileceğine ilişkin bilgiler ET- HS'nin kendisine ait elektronik ticaret ortamında eksiksiz olarak bulundurması zorunlu bilgiler kapsamında tutulmuştur.

ETHS; telefon numarası, merkez adresi ve e-posta adresini ETAHS'ye bildirmekle ve bilgilerde bir değişiklik olması durumunda değişikliğin yapıldığı tarihi izleyen günün sonuna kadar ETAHS'ye bildirmekle yükümlü tutulmuştur.

b. Siparişe İlişkin Yükümlülükler

Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 4. maddesi uyarınca; hizmet sağlayıcı, siparişin onaylanması aşamasında ve ödeme bilgileri girilmesinden önce sözleşme şartlarının alıcı tarafından açık bir şekilde öğrenilmesini sağlamakla yükümlü tutulmuştur. Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da hizmet sağlayıcıya verilen yükümlülükler ilaveten Yönetmelik'in 8. maddesinin (a) bendi kapsamında eklenen bir diğer yükümlülük ile ETHS'ye, ikinci el malların farklı bir bölüme koyularak satılmasını sağlamakla yükümlü olmasının yanında ödeme bilgileri girilmeden önce vergi ve teslimat masrafları da dahil olmak üzere toplam bedeli alıcıya gösterme zorunluluğu getirilmiştir.

In this context, the ETSP is obliged to notify the buyer that the order has been received and the transaction has been made through the electronic commerce environment and by means such as electronic mail, text message or telephone call without delay.

2. Obligations of the Electronic Commerce Intermediary Service Provider

a. Verification Obligation

Pursuant to Article 6 of the Regulation, the EISP is obliged to verify the information of the ETSP through its electronic systems open to access, or in the absence of such systems, through the documents obtained from the ETSP. EISP will only be able to provide intermediary service to the ETSP whose information has been verified. In addition, the EISP is obliged to provide the ETSP with the necessary facilities to display and update the information that the ETSP is obliged to maintain.

b. Obligation to Provide Information

Article 6 of the Regulation stipulates that the trade name, central registry registration system (MERSIS) number and headquarters address for traders, name and surname, tax identification number and headquarters address for merchants and craftsmen, registered electronic mail (KEP) address, electronic mail address, telephone number and, if any, business name and registered trademark, the professional chamber of which it is a member, the rules of conduct related to the profession and information on how to access them electronically are among the mandatory information that the EISP must keep in its electronic commerce environment.

c. Order Related Obligations

Article 8 of the Regulation obliges EISP to ensure that second-hand goods are sold by placing them in a different section and to show the total price, including tax and delivery costs, to the buyer before payment information is entered.

In addition, the EISP is obliged to notify the buyer of the receipt of the order and the execution of the transaction without delay through the electronic commerce environment and by means such as electronic mail, text message or telephone call.

Bu kapsamda ETHS; siparişin alınarak işlemin yapıldığını elektronik ticaret ortamı üzerinden ve elektronik posta, kısa mesaj veya telefon araması gibi araçlardan gecikmeden alıcıya bildirmekle yükümlü tutulmuştur.

2. Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcının Yükümlülükleri

a. Doğrulama Yükümlülüğü

Yönetmelik'in 6. maddesi uyarınca ETAHS, ETHS'ye ait bilgileri erişime açık elektronik sistemlerinden, sistemlerin mevcut olmaması halinde ise ETHS'den temin edilen belgeler üzerinden doğrulamakla yükümlü tutulmuştur. ETAHS, ancak bilgileri doğrulanan ETHS'ye aracılık hizmeti gerçekleştirebilecektir. İlaveten ETAHS, ETHS'nin bulundurmaya zorunlu olduğu bilgileri gösterebilmesi ve güncelleyebilmesi için gerekli olan imkanları ETHS'ye sağlamakla yükümlü tutulmuştur.

b. Bilgi Verme Yükümlülüğü

Yönetmelik'in 6. maddesi uyarınca ETAHS'nin; tacir için ticaret unvanı, merkezi sicil kayıt sistemi (MERSIS) numarası ve merkez adresi, esnaf ve sanatkâr için adı ve soyadı, vergi kimlik numarası ve merkez adresi, kayıtlı elektronik posta (KEP) adresi, elektronik posta adresi, telefon numarası ve varsa işletme adı ile tescilli markası, mensubu olduğu meslek odası, meslekle ilgili davranış kuralları ve bunlara elektronik olarak ne şekilde ulaşılabileceğine ilişkin bilgiler, ETHS'nin kendisine ait elektronik ticaret ortamında eksiksiz olarak bulundurması zorunlu bilgiler kapsamında sayılmıştır.

c. Siparişe İlişkin Yükümlülükler

Yönetmelik'in 8. maddesi uyarınca ETHS, ikinci el malların farklı bir bölüme koyularak satılmasını sağlamakla yükümlü olmasının yanında ödeme bilgileri girilmeden önce vergi ve teslimat masrafları da dahil olmak üzere toplam bedeli alıcıya göstermekle yükümlü tutulmuştur.

İlaveten ETHS, siparişin alınarak işlemin yapıldığını elektronik ticaret ortamı üzerinden ve elektronik posta, kısa mesaj veya telefon araması gibi araçlardan gecikmeden alıcıya bildirmekle yükümlü tutulmuştur.

PART 1

d. Obligations Regarding the Internal Communication System

Article 18 of the Regulation obliges EISP to establish an internal communication system to receive the applications made by the ETSP's to which it is obliged to provide intermediary services and to conclude the applications made through this system within fifteen days. Pursuant to Article 35/a of the Regulation, this provision will enter into force on July 1, 2023.

e. Restriction on EISP's Inability To Offer Its Brands For Sale

Pursuant to Article 19 of the Regulation, EISP will not be able to offer for sale or mediate the sale of goods bearing its own trademarks or those of its affiliated persons in electronic commerce marketplaces. Goods belonging to brands that generate more than half of the total revenue from sales outside of electronic commerce, periodicals such as magazines and devices that allow reading and listening to digital copies of electronic books are excluded from Article 19.

D. Illegal Content and Unfair Commercial Practices in Electronic Commerce**1. Illegal Content**

Article 10 of the Regulation states that in the event that unlawful content is provided by the ETSP, the EISP is not held liable for the use and existence of such unlawful content, unless otherwise stipulated. Counterfeit products and content that infringes the rights of trademark rights, industrial designs, intellectual and artistic works belonging to others are considered as unlawful content within this scope. As a matter of fact, pursuant to Article 9 of the Law on the Regulation of Electronic Commerce, in the event that there is an unlawful content in the content offered, the intermediary service provider is not responsible for the unlawful content, unless otherwise stipulated. As regulated in Article 10/2 of the Regulation, the responsibility of the EISP regarding unlawful content consists of removing the content in question within forty-eight hours from the moment it becomes aware of it and notifying the ETSP and the relevant institutions and organizations of the unlawfulness.

d. Dahili İletişim Sistemine İlişkin Yükümlülükler

Yönetmelik'in 18. maddesi uyarınca ETAHS, aracılık hizmeti vermekle yükümlü olduğu ETHS'ler tarafından yapılan başvuruları almak amacı ile dahili iletişim sistemi kurmak ve kurduğu bu sistem aracılığıyla yapılan başvuruları on beş gün içerisinde bir sonuca ulaştırmakla yükümlü tutulmuştur. İşbu hüküm Yönetmelik'in 35/a maddesi uyarınca, 1 Temmuz 2023 tarihinde yürürlüğe girecektir.

e. ETAHS'nin Markalarını Satışa Sunamama Kısıtlaması

Yönetmelik'in 19. maddesi uyarınca; ETAHS, kendisinin veya bağlantısı bulunan kişilerin markalarının bulunduğu malları, elektronik ticaret pazar yerlerinde satışa sunamayacak ve satışa sunulmasına aracılık edemeyecektir. Toplam hasılatın yarısından çoğunu elektronik ticaret dışında satışlardan elde eden markalara ait mallar ve dergi gibi süreli yayınlar ile elektronik kitapların dijital kopyalarının okunmasına, dinlenmesine imkân sağlayan cihazlar, söz konusu 19. maddenin dışında tutulmuştur.

D. Elektronik Ticarete Hukuka Aykırı İçerik ve Haksız Ticari Uygulamalar**1. Hukuka Aykırı İçerik**

Yönetmelik'in 10. maddesi uyarınca; ETHS tarafından hukuka aykırı içerikler sunulması halinde, aksine bir hüküm olmadığı sürece, ETAHS söz konusu hukuka aykırı içeriklerin kullanımından ve varlığından sorumlu tutulmamıştır. Taklit ürünler ve başkalarına ait olan marka hakkı, endüstriyel tasarım, fikir ve sanat eseri niteliğindeki ürünlerin haklarına tecavüz niteliğindeki içerikler bu kapsamda hukuka aykırı içerikler olarak kabul edilmektedir. Nitekim Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 9. maddesi uyarınca da, sunulan içeriklerde hukuka aykırılık teşkil eden bir husus olması halinde, aksine bir hüküm olmadığı sürece, aracı hizmet sağlayıcının söz konusu hukuka aykırı içeriklerden sorumluluğunun olmadığı düzenlenmiştir. ETAHS'nin hukuka aykırı içeriklere dair sorumluluğu ise Yönetmelik'in 10/2. maddesinde düzenlendiği üzere bilgi sahibi olduğu andan itibaren, söz konusu içeriği kırk sekiz saat içerisinde kaldırma ve ETHS ile ilgili kurum ve kuruluşlara hukuka aykırılığı bildirmekten ibarettir.

2. Unfair Commercial Practices

Additional Article 1 of the Law on the Regulation of Electronic Commerce and Article 11 of the Regulation prohibit unfair activities within the scope of electronic commerce.

Practices that significantly impair the commercial activities of ETSP, impair its ability to make a reasonable decision or force it to decide, or cause it to become a party to a commercial relationship to which it would not normally be a party, have been recognized as unfair.

The Law on the Regulation of Electronic Commerce regulates which situations are considered unfair commercial practices. In the Regulation, in addition to the situations deemed unfair commercial practices in the Law on the Regulation of Electronic Commerce, two more situations have been added. Accordingly, determination of the right of withdrawal periods above the periods specified in the Law No. 6502 on the Protection of Consumers without obtaining the prior approval of the ETSP and making misleading statements by the EISP to the ETSPs about its products and activities that do not reflect the truth are considered unfair commercial practices.

E. Violation of Intellectual and Industrial Property Rights

Article 12 of the Regulation regulates the procedure for filing a complaint against infringement of intellectual and industrial property rights. Complaints may be filed to the EISP by the ETSP whose product has been withdrawn from publication via notary public or registered electronic mail (REM).

EISP is obliged to remove the product subject to the complaint from publication within forty-eight hours at the latest upon receipt of the complaint application and to notify ETSP and the right holder.

A complaint is the remedy to be applied against the violation of intellectual and industrial property rights. In this context, the objection may be filed to EISP by the ETSP whose product has been removed from publication via internal communication system, registered electronic mail (REM) or notary public. EISP will not process objection appli-

2. Haksız Ticari Uygulamalar

Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da yer alan Ek Madde 1 kapsamında ve Yönetmelik'in 11. maddesi uyarınca; elektronik ticaret kapsamında haksız faaliyetlerde bulunulması yasaklanmıştır.

ETHS'nin ticari faaliyetlerini önemli ölçüde bozarak makul bir şekilde karar verme yeteneğini azaltan veya bir karar almaya zorlayan, normalde taraf olmayacağı bir ticari ilişkinin tarafı olmasına sebep olan uygulamaların haksız olduğu kabul edilmiştir.

Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da hangi durumların haksız ticari uygulama sayılacağı düzenlenmiştir. Yönetmelik'te ise Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da haksız ticari uygulama sayılan durumlara ilaveten iki durum daha eklenmiştir. Buna göre; ETAHS tarafından önceden ETHS'nin onayı alınmadan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan süreler üzerinde cayma hakkı sürelerinin belirlenmesi ve ETAHS tarafından ETHS'lere, kendi ürün ve faaliyetleri hakkında gerçeği yansıtmayan yanıltıcı açıklamalarda bulunulması haksız ticari uygulama olarak kabul edilmiştir.

E. Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakkı İhlali

Yönetmelik'in 12. maddesinde fikri ve sınai mülkiyet hakkı ihlaline karşı şikâyetle bulunulması ve usulü düzenlenmiştir. Şikâyet, noter veya kayıtlı elektronik posta (KEP) yoluyla ürünü yayımdan kaldırılan ETHS tarafından ETAHS'ye yapılmaktadır.

ETAHS, şikâyet başvurusunu almasını takiben en geç kırk sekiz saat içerisinde şikâyetle konu ürünü yayımdan kaldırarak söz konusu durumu ETHS'ye ve hak sahibine bildirmekle yükümlü tutulmuştur.

Fikri ve sınai mülkiyet hakkı ihlaline karşı başvurulacak yol olarak şikâyet yolu yer almaktadır. Bu kapsamda itiraz, ürünü yayımdan kaldırılan ETHS tarafından dahili iletişim sistemi, kayıtlı elektronik posta (KEP) veya noter aracılığıyla ETAHS'ye yapılmaktadır. ETAHS, 13. maddede belirtilen hususları içermeyen itiraz başvurularını işleme almayacaktır. ETHS'nin şikâyet başvurusunda haklı olduğu-

PART 1

cations that do not include the issues specified in Article 13. In the event that the ETSP is found to be justified in its complaint, the EISP shall re-publish the product and notify the right holder and the ETSP within twenty-four hours at the latest upon receipt of the appeal.

F. Intermediary Agreement

Within the scope of the intermediary agreement, the conditions of the commercial relationship between the ETSP and the EISP are determined by a written or electronic agreement. Article 15 of the Regulation sets forth the minimum elements of the intermediary agreement regarding the information on the intermediary service provided to the ETSP, restriction, suspension and termination of the intermediary service.

Furthermore, some additional elements required to be included in the intermediation agreements to be executed by medium, large and very large-scale EISP are listed in Article 15/2 of the Regulation. Accordingly, the information stating that the ETSP can transfer the data listed in Article 21/c of the Regulation efficiently and without charge, and that the required technical facilities will be made available to access such data throughout the duration of the intermediation agreement, as well as the information stating that the ETSP will fulfill requests for data access and transfer within fifteen days by anonymizing the recipient information, are among the information.

Notifications regarding amendments to the intermediation agreement are made by EISP to ETSP. Pursuant to Article 16/2 of the Regulation, the amendments are put into effect within fifteen days following the date of notification. The fifteen-day window is increased to thirty days in situations where the ETSP is required to make technical improvements, commission rates and other service fees are raised, intermediary services are restricted, suspended, or terminated, the ETSP is subjected to new legal sanctions, and the balance of rights and interests shifts against the ETSP. The ETSP has the right to terminate the intermediary agreement without compensation before the expiry of the thirty-day period, provided that the notification is made via the internal communication system.

As regulated in Article 17/1 of the Regulation, EISP cannot restrict, suspend or terminate

nun anlaşılması halinde, itiraz başvurusunun kendisine ulaşmasından itibaren en geç yirmi dört saat içerisinde ürünü yeniden yayımlayacak ve durumu hak sahibi ile ETHS'ye bildirecektir.

F. Aracılık Sözleşmesi

Aracılık sözleşmesi kapsamında, ETHS ve ETAHS arasında gerçekleştirilecek ticari ilişkinin koşulları yazılı bir şekilde veya elektronik ortamda yapılan sözleşme ile belirlenmektedir. ETHS'ye sunulan aracılık hizmeti bilgileri, aracılık hizmetinin kısıtlanmasına, askıya alınmasına, sonlandırılmasına ilişkin aracılık sözleşmesinin asgari unsurlarına dair düzenlemelere Yönetmelik'in 15. maddesinde yer verilmiştir.

Ayrıca orta, büyük ve çok büyük ölçekli ETAHS tarafından yapılacak aracılık sözleşmelerinde bulunması gerekli olan bazı ek unsurlar Yönetmelik'in 15/2. maddesinde sayılmıştır. Buna göre Yönetmelik'in 21/c maddesinde sayılan bilgilerin ETHS tarafından bedelsiz ve etkin şekilde taşınabileceğine ve aracılık sözleşmesi süresince bu verilere erişim sağlanmasına yönelik gerekli teknik imkân sunulacağına ilişkin bilgi ve ayrıca ETHS tarafından veri erişim ile veri taşıma taleplerinin alıcı bilgileri anonimleştirilerek on beş gün içinde karşılanacağına ilişkin bilgi sözleşmede bulunması gerekli olan ek unsurlardandır.

Aracılık sözleşmesinde yapılan değişikliklere ilişkin bildirimler ETAHS tarafından ETHS'ye yapılmaktadır. Yönetmelik'in 16/2. maddesi uyarınca, değişiklikler bildirim tarihinden itibaren on beş gün içerisinde uygulamaya konulmaktadır. ETHS tarafından teknik geliştirme yapılacak hallerde, komisyon oranlarının ve diğer hizmet bedellerinin artırılmasında, aracılık hizmetinin kısıtlanmasında, askıya alınmasında, sonlandırılmasında, ETHS'ye yeni cezai şart getirilmesinde, hak ve menfaat dengesinin ETHS aleyhine bozulması gibi sonuçlar doğuran hallerde söz konusu olan on beş günlük süre, otuz günü bulmaktadır. ETHS, otuz günlük sürenin dolmasından önce dahili iletişim sistemi üzerinden bildirimde bulunmak şartı ile aracılık sözleşmesini tazminatsız feshedebilme hakkına sahiptir.

Yönetmelik'in 17/1. maddesinde düzenlendiği üzere, ETAHS aracılık sözleşmesinde yer alan nesnel ölçütlerin gerçekleştiği durumlar hariç olmak üzere, aracılık hizmetini kısıtlayıp

the intermediation service, except in cases where the objective criteria set out in the intermediation agreement are met. In case of circumstances requiring the restriction, suspension or termination of the intermediary service, EISP requests the ETSP to provide a clear and comprehensible explanation within at least three business days; if the explanation is insufficient, the intermediary service may be restricted, suspended or terminated by notifying the ETSP within seven business days from the date of receipt of the explanation or at the end of the three business days given for the explanation if the explanation is not provided. The intermediary agreement is deemed to be terminated as soon as the notification is made to the ETSP.

In the event of restriction, suspension or termination of the intermediary service, ETSP is obliged to continue business and operations only for its existing orders.

G. Electronic Trade License

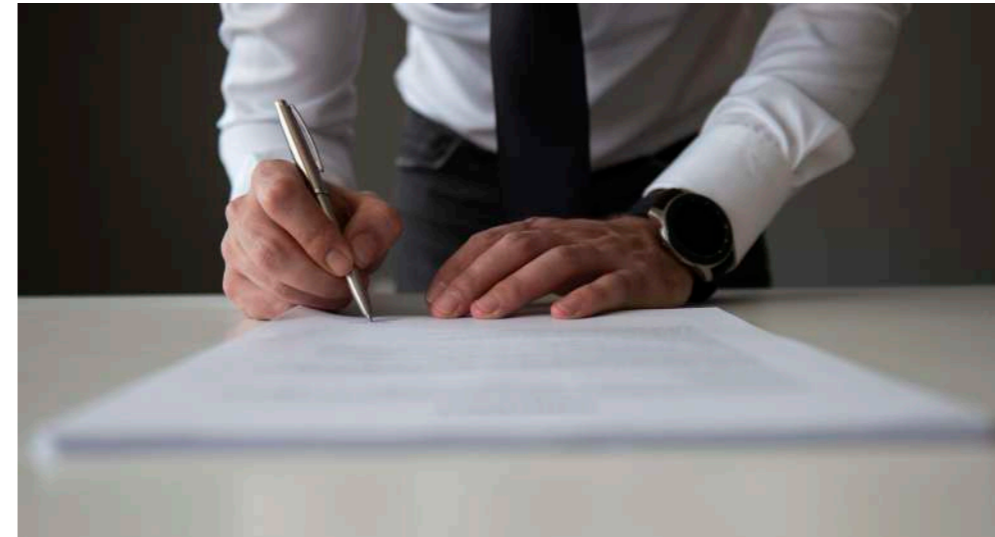
Article 30 of the Regulation stipulates that large-scale and very large-scale EISP, and medium, large and very large-scale EISP, whose net transaction volume in a calendar year is more than 10.000.000.000 TL (ten billion Turkish Lira) and whose number of transactions excluding cancellations and returns is more than one hundred thousand, and ETSP that obtains more than half of its total sales revenue from electronic commerce sales, must obtain a license from the Ministry of Trade and renew its license in order to continue its activities.

askıya alamamakta veya sonlandıramamaktadır. ETAHS, aracılık hizmetinin kısıtlanmasını, askıya alınmasını veya sonlandırılmasını gerektiren durumların varlığı halinde ise ETHS'den en az üç iş günü içerisinde açık ve anlaşılır bir şekilde açıklama yapmasını talep etmektedir; açıklamanın yetersiz olması halinde açıklamanın kendisine ulaştığı tarihten itibaren yedi iş günü içerisinde veya açıklamanın yapılmaması halinde ise açıklama için verilen üç iş gününün sonunda ETHS'ye bildirilerek aracılık hizmeti kısıtlanabilmekte, askıya alınabilmekte, sonlandırılabilir. ETHS'ye bildirim yapıldığı an, aracılık sözleşmesi feshedilmiş sayılmaktadır.

Aracılık hizmetinin kısıtlanması, askıya alınması veya sonlandırılması durumunda ETHS, yalnızca mevcut siparişlerine yönelik iş ve işlemleri devam ettirmek zorunda bulunmaktadır.

G. Elektronik Ticaret Lisansı

Yönetmelik'in 30. maddesinde; bir takvim yılındaki net işlem hacmi 10.000.000.000 TL'nin (on milyar Türk Lirası) ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı yüz bin adedin üzerinde olan ETAHS, büyük ölçekli ve çok büyük ölçekli ETAHS ile orta, büyük ve çok büyük ölçekli olup toplam satış hasılatının yarısından fazlasını elektronik ticaret satışlarından elde eden ETHS, faaliyetine devam edebilmek için Ticaret Bakanlığı'ndan lisans almak ve lisansını yenilemek zorunda olduğu ifade edilmiştir.



PART 1

The application for obtaining and renewing a license is made through the Electronic Trade Information System ("ETBIS") by paying the fee in advance. ETSP and EISP, which are in the application process, can continue their electronic commerce activities during this period and the application process must be finalized within fifteen days.

The license fee to be paid and how the monetary thresholds will be calculated are stipulated in detail in Article 31 of the Regulation. These provisions will enter into force on January 1st, 2024 pursuant to Article 35/c of the Regulation.

H. Other Provisions

Article 20 of the Regulation states that it is not possible for an ETSP or EISP to engage in marketing and promotional activities in online search engines by placing advertisements on keywords consisting of registered trademarks that exclusively constitute the main element of domain names registered in ETBIS of persons with whom it is not in economic integrity without obtaining their affirmative declaration of will in advance.

Medium, large and very large-scale EISPs are obliged to comply with the procedures and principles set out in Article 21 of the Regulation when using the data obtained, and the provision will enter into force on January 1, 2024 pursuant to Article 35/c of the Regulation.

Articles 28 and 29 of the Regulation regulate the advertising and discount budget. It is stipulated that the advertising budgets of EISP and ETSP shall be restricted in order to eliminate the negativities caused by excessive advertising activities using all kinds of tools. Pursuant to Article 29 of the Regulation, the costs incurred by the EISP on behalf of the buyers and ETSPs, and the costs incurred by the ETSP on behalf of the buyers, promotions, awards, points, coupons, gift vouchers and similar opportunities provided to them, and other economic benefits are considered within the discount budget.

According to Article 26 of the Regulation, EISP will not be able to engage in goods transportation, transportation organizer, postal service provider activities, except for the sales in which EISP provides intermediary services, sales as an ESTP and sales other

Lisans alma ve yenileme başvurusu, ücret peşin yatırılarak Elektronik Ticaret Bilgi Sistemi ("ETBIS") üzerinden yapılmaktadır. Başvuru sürecinde olan ETHS ve ETAHS elektronik ticaret faaliyetine söz konusu sürede devam edebilmektedir ve başvuru sürecinin on beş gün içerisinde sonuçlandırılması gerekmektedir.

Ödenecek lisans ücreti ve parasal eşiklerin nasıl hesaplanacağına ilişkin hususlar, Yönetmelik'in 31. maddesinde ayrıntılı bir şekilde hükme bağlanmıştır. Söz konusu hükümler, Yönetmelik'in 35/c maddesi uyarınca 01 Ocak 2024 tarihinde yürürlüğe girecektir.

H. Diğer Hükümler

Yönetmelik'in 20. maddesinde; ETHS veya EATHS, önceden olumlu irade beyanlarını almadan ekonomik bütünlük içinde bulunmadığı kişilerin ETBIS'e kayıtlı alan adlarının münhasıran ana unsurunu oluşturan tescilli markalarından oluşan anahtar kelimelere reklam vererek çevrimiçi arama motorlarında pazarlama ve tanıtım faaliyetinde bulunmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir.

Orta, büyük, çok büyük ölçekli ETAHS'ler, elde ettiği verileri kullanırken, Yönetmelik'in 21. maddesi ile belirlenen usul ve esaslara uymakla yükümlü tutulmuş olup, hüküm Yönetmelik'in 35/c maddesi uyarınca 1 Ocak 2024 tarihinde yürürlüğe girecektir.

Yönetmelik'in 28. ve 29. maddelerinde reklam ve indirim bütçesi düzenlenmiştir. Her türlü araç kullanılarak gereğinden fazla yapılan reklam faaliyetleri sebebi ile oluşan olumsuzlukların kalkması için ETAHS ve ETHS'nin reklam bütçelerinin kısıtlanması hüküm altına alınmıştır. Yönetmelik'in 29. maddesine göre; ETAHS'nin, alıcı ve ETHS'ler adına; ETHS'nin ise alıcılar adına katlandığı maliyetler, bunlara sağlanan promosyon, ödül, puan, kupon, hediye çeki ve benzeri imkânlar ile diğer ekonomik menfaatler indirim bütçesi içinde değerlendirilmiştir.

Yönetmelik'in 26. maddesine göre ise; EATHS'nin aracılık hizmeti sunduğu satışlarda, ETHS olarak yaptığı satışlar ve elektronik ticaret dışındaki satışları hariç olmak üzere eşya taşımacılığı, taşıma organizatörlüğü, posta hizmet sağlayıcı faaliyetlerinde bulunamayacak olup bu düzenleme, 1 Ocak 2024 tarihinde yürürlüğe girecektir.

than electronic commerce, and this regulation will enter into force on January 1, 2024.

All other provisions of this Regulation not specifically mentioned in Article 35 shall enter into force on January 01, 2023.

V. CONCLUSION

With the Regulation, many important definitions that were not included in the repealed Regulation on Service Providers and Intermediary Service Providers in Electronic Commerce, the relationship between ETSP and EISPs and the obligations they must comply with, the obligations of ETSP and EISPs in case of unlawful content and unfair commercial practices, the measures to be taken to prevent violations of intellectual and industrial property rights, the definition of the intermediary agreement and the cases of restriction, suspension, termination, the application processes for obtaining and renewing an electronic commerce license, the advertising and discount budget to prevent excessive activities, and the effective dates of the provisions in the Regulation are included. The Regulation aims to address the scope of the developments in electronic commerce as a result of the development of technology day by day and to act in harmony with these developments.

BIBLIOGRAPHY

CANER DELİTAY, Electronic Trade: Evaluation in terms of Türkiye's Export, Master's Thesis, Ankara 2020.

GAZANFER ERBAŞLAR/ ŞÜKRÜ DOKUR, Electronic Commerce E-Commerce, 2. Press, Ankara 2012.

LÜTFÜ BAŞÖZ/ RAMAZAN ÇAKMAKCI, Law on the Regulation of Electronic Commerce and Related Laws Together with the Reasons, Commission Reports and Minutes of the Grand National Assembly of Türkiye, 1. Baskı, İstanbul 2015.

MEHMET DEMİRDÖĞMEZ/ NİHAT GÜLTEKİN/ HACI YUNUS TAŞ, "The Development of E-Commerce Sector in Türkiye According to Years", OPUS-International Journal of Community Research, C. 8, S. 15, Ankara 2018.

NESLİHAN COŞKUN, "Basic Dynamics in the Development of Electronic Commerce and Barriers to its Development", Çukurova University Journal of Institute of Social Sciences, C. 13, S. 2, Adana 2004.

ÖNDER CANPOLAT, E-Commerce and Developments in Türkiye, Report of the General Directorate for the Protection of Consumers and Competition, Ankara 2001.

İşbu yönetmeliğin 35. maddesinde özel olarak sayılmayan diğer tüm hükümleri 01 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

V. SONUÇ

Yönetmelik ile, yürürlükten kaldırılan Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkındaki Yönetmelik'te yer almayan ancak önem arz eden birçok tanımlamaya, ETHS ve ETAHS arasındaki ilişkiye ve uymaları gereken yükümlülükler, hukuka aykırı içerik ve haksız ticari uygulamalar söz konusu olduğunda ETHS ve EATHS'nin yükümlülüklerine, fikri ve sınai mülkiyet hakkı ihlallerini engellemek için alınması gereken önlemlere, aracılık sözleşmesinin tanımına ve kısıtlama, askıya alma, sona erdirmeye, elektronik ticaret lisansı alma ve yenileme başvuru süreçlerine, gereğinden fazla faaliyet yapılmaması için reklam ve indirim bütçesine, Yönetmelik'te yer alan hükümlerin yürürlük tarihlerine yer verilmiştir. Yönetmelik ile amaçlanan, teknolojinin her geçen gün gelişmesi neticesinde elektronik ticarete yaşanan gelişmelerin kapsamına değinilerek; söz konusu gelişmeler ile uyum içerisinde hareket edilmesidir.

KAYNAKÇA

CANER DELİTAY, Elektronik Ticaret: Türkiye'nin İhracatı Açısından Değerlendirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020.

GAZANFER ERBAŞLAR/ ŞÜKRÜ DOKUR, Elektronik Ticaret E-Ticaret, 2. Baskı, Ankara 2012.

LÜTFÜ BAŞÖZ/ RAMAZAN ÇAKMAKCI, Gerekçeleri, Komisyon Raporları ve TBMM Tutanakları ile Birlikte Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ve İlgili Kanunlar, 1. Baskı, İstanbul 2015.

MEHMET DEMİRDÖĞMEZ/ NİHAT GÜLTEKİN/ HACI YUNUS TAŞ, "Türkiye'de E-Ticaret Sektörünün Yıllara Göre Gelişimi", OPUS-Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi, C. 8, S. 15, Ankara 2018.

NESLİHAN COŞKUN, "Elektronik Ticaretin Gelişiminde Temel Dinamikler ve Gelişimi Önündeki Engeller", Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 13, S. 2, Adana 2004.

ÖNDER CANPOLAT, E-Ticaret ve Türkiye'deki Gelişmeler, Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü Raporu, Ankara 2001.



PART 2

ACTION FOR DAMAGES IN CASE OF UNLAWFUL EXERCISE OF CONTROL IN A GROUP OF COMPANIES

ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA
HÂKİMİYETİN HUKUKA AYKIRI
KULLANILMASI DURUMUNDA
TAZMİNAT DAVASI

FATIMA ELİTOK

PART 2

ABSTRACT | ÖZET

This article's main goal is to examine the liability regime under Turkish law that results from the wrongful exercise of control and to lay out the compensation claims that the groups whose interests are harmed by the shareholding constitute against the controlling company and its executives.

Makalenin temel amacı; Türk hukukunda hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından doğan sorumluluk rejimini incelemek ve ortaklık dolayısıyla menfaati ihlal edilen grupların hâkim şirkete ve yöneticilerine karşı öne sürebilecek olduğu tazminat taleplerini ortaya koymaktır.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELER

Group Of Companies, Control, Controlling Company, Subsidiary Company, Abuse Of Control.

Şirketler Topluluğu, Hâkimiyet, Hâkim Şirket, Bağlı Şirket, Hâkimiyetin Kötüye Kullanılması.

I. INTRODUCTION

Although there is no definition of a group of companies in the TCC, based on some provisions of the TCC, it can be said that a group of companies is a legal structure consisting of at least two companies, one of which is a dominant company and the other is a subsidiary company, and between which there is a relationship of dominance¹. The coming together of companies in different ways in order to establish an economic union with each other has brought the relationship between the parent company and the subsidiary company to the agenda, and this situation has raised the concern that the interests of the subsidiary company will take a back seat to the parent company.

The regulations regarding the group of companies are basically shaped around the concept of dominance. In order for the business to achieve its economic goals, the TCC's existing system permits the exercise of dominance through certain channels, such as equalization, but certain limitations are introduced in order to protect the interests of the subsidiary company against the interests of the group.

In this article, firstly, the concept of dominance, which is the central concept of the

I. GİRİŞ

TTK'da şirketler topluluğuna ilişkin bir tanım bulunmamakla birlikte, bazı TTK hükümlerinden hareketle; birisi hâkim, diğeri bağlı en az iki ortaklıktan oluşan ve aralarında hâkimiyet ilişkisi bulunan şirketlere ilişkin hukuki bir yapı olduğu söylenebilir¹. Birbiriyle ekonomik birlik kurmak amacıyla şirketlerin farklı şekillerde bir araya gelmesi, hâkim şirket-bağlı şirket ilişkisini gündeme getirmiş, bu durum ise bağlı şirketin menfaatinin hâkim şirket karşısında geri planda kalması endişesini ortaya çıkarmıştır.

Şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemeler temelde, hâkimiyet kavramı etrafında şekillenmektedir. TTK'da şirketler topluluğuna ilişkin öngörülen mevcut rejimde ortaklığın ekonomik amaçlarını gerçekleştirebilmesi için denkleştirme gibi birtakım vasıtalarla hâkimiyetin kullanılabilmesine izin verilmiş, ancak bazı sınırlamalar getirilerek bağlı şirket menfaatlerinin topluluk menfaati karşısında korunması amaçlanmıştır.

Bu makalede ilk olarak, şirketler topluluğunun tanımı ve unsurları doğrultusunda topluluğun merkez kavramı olan hâkimiyet kavramı üzerinde durulacak, ardından hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması ve bundan doğan kaybin denkleştirilmesi kavramları tartışıla-



group of companies, will be discussed in line with the definition and elements of the group of companies, and then the concepts of unlawful exercise of dominance and compensation for the loss arising therefrom will be discussed. In the following part of the article, the compensation claims arising from the abuse of dominance by not compensating the loss arising from the direction and instruction, and the compensation claim that may be asserted in the liability arising from the damages caused by the structural decisions taken in the subsidiary company will be examined under three separate headings.

II. CORPORATE GROUP

A. Definition and Elements of a Group of Companies

Although there is no definition of a group of companies in the Turkish legislation, based on Article 195 of the TCC, a group of companies may be defined as a group of companies that are directly or indirectly affiliated with the parent company. Although there are many definitions in the doctrine, the common point of these definitions is that they are based on the management of the parent and subsidiary companies in line with a certain policy².

caktır. Makalenin devamında ise, hâkim şirket karşısında yer alan menfaat gruplarının öne sürebilecek oldukları taleplerden, yönlendirme ve talimattan kaynaklanan kaybin denkleştirilmemesi suretiyle hâkimiyetin kötüye kullanılmasından doğan tazminat talepleri ve bağlı şirkette yapısal kararlar alınması sebebiyle meydana gelen zararlardan doğan sorumlulukta ileri sürülebilecek olan tazminat talebi üç ayrı başlık altında incelenecektir.

II. ŞİRKETLER TOPLULUĞU

A. Şirketler Topluluğunun Tanımı ve Unsurları

Şirketler topluluğunun Türk mevzuatında tanımı yapılmamakla birlikte, TTK m. 195'ten hareketle şirketler topluluğu, hâkim şirkete doğrudan ve dolaylı olarak bağlı olan şirketlerin oluşturduğu topluluk şeklinde tanımlanabilir. Doktrinde birçok tanım yapılmış olmakla birlikte, hâkim ve bağlı şirketlerin belirli bir politika doğrultusunda yönetilmesinin esas alınması bu tanımların ortak noktasıdır². Türk hukukunda, şirketler topluluğunun tü-

FOOTNOTE

¹ Article 195 of the Turkish Commercial Code (TCC).

² Fatma Beril Özcanlı, Unlawful Exercise of Dominance in a Group of Companies, 1st Edition, Istanbul 2021, p. 427.

DİPNOT

¹ Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.195 (Madde numaralarına metnin içinde yer verilebilir.).

² Fatma Beril Özcanlı, Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, 1.Baskı, İstanbul 2021, s. 427.

PART 2

Under Turkish law, although it is accepted that a group of companies does not have a legal personality³, it does not have organs independent from its constituent companies and does not have a separate management organization.

In order for the group of company's provisions to be applicable, the elements set forth in the TCC must be present. In order to clarify this issue, it is necessary to first define the concepts of dominant company and subsidiary company. A subsidiary company is a commercial company that is directly or indirectly dominated by one of the methods set forth in Article 195/1 of the TCC, while a controlling company is a company that dominates another company.

Regarding the elements of a group of companies, some authors accept the classification of formal and functional elements. Accordingly, the formal elements are the actors and number of the group of companies. For the formation of a group of companies, it is accepted that there must be a dominant commercial company and at least two commercial companies that are directly or indirectly affiliated to it. As a functional element, the element of dominance is accepted, and due to the importance of this concept, it should be analyzed under a separate heading.

B. Unlawful Exercise of Dominance and Loss Equalization

1. Control, the Concept of Unlawful Exercise of Control and the Liability Regime Under the TCC

The concept of control, which is the most fundamental element of the group of companies, means that the controlling company may intervene in the subsidiary company through the methods stipulated in the law. This situation, on the other hand, poses the danger of unlawful exercise of control and the controlling company's influence over its subsidiaries. For this reason, the TCC imposes limitations on the exercise of dominance and provides for a special liability regime based on the unlawful exercise of control.

The liability arising from the unlawful exercise of control has been positively regulat-

ed under Article 202 of the TCC. Therefore, situations that exceed the scope of this provision will constitute unlawfulness. Art. 195 of the TCC regulates the manner in which control may be established, and Art. 202 of the TCC prohibits the unlawful exercise of control. In terms of the consequences of the unlawful exercise of control, the TCC introduces a regulation based on the intensity of the participation in terms of the consequences of the unlawful exercise of control, adopts a distinction between partial control and full control, and allows the controlling company to exercise its control in parallel with the intensity of the control. In light of this regulation, in the case of complete control, the instructions of the controlling company that cause losses are permitted, provided that they do not render the subsidiary company insolvent. In the case of partial control, the unlawful exercise of such control is prohibited in principle.

zel kişiliği olmadığı³ kabul edilmekle birlikte, kendisini oluşturan şirketlerden bağımsız organları ve ayrı bir yönetim teşkilatı yoktur.

Şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanabilmesi için TTK'da yer alan unsurların mevcut olması gerekmektedir. Bu hususun açıklığa kavuşturulması için öncelikle, hâkim şirket ve bağlı şirket kavramlarının tanımlanmasını gerektirmektedir. Bağlı şirket, TTK m. 195/1'de yer alan yöntemlerden biriyle üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak hâkimiyet kurulan ticaret şirketi, hâkim şirket ise; diğer şirketi hâkimiyeti altında tutan şirketi ifade etmektedir.

Şirketler topluluğunun unsurları konusunda ise bazı yazarlarca şekli ve işlevsel unsur sınıflandırılması kabul edilmektedir. Buna göre şekli unsurlar, şirketler topluluğunun aktörleri ve sayısıdır. Topluluğun oluşması için, hâkim konumda olan bir ticaret şirketi ile birlikte ona doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan en az iki ticaret şirketinin bulunması gerektiği kabul edilmektedir. İşlevsel unsur olarak ise, hâkimiyet unsuru kabul edilmiş olup bu kavramın ihtiva ettiği önem sebebiyle ayrı bir başlık altında incelenmesi gerekmektedir.

B. Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması ve Kaybın Denkleştirilmesi

1. Hâkimiyet, Hâkimiyeti Hukuka Aykırı Kullanma Kavramı ve TTK'da Öngörülen Sorumluluk Rejimi

Şirketler topluluğunun en temel unsuru olan hâkimiyet kavramı, hâkim şirketin kanunda öngörülen yöntemler aracılığıyla bağlı şirkette müdahalede bulunabilmesi anlamına gelmektedir. Bu durum ise, hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılabilmesi ve hâkim şirketin bağlı şirketleri etkisi altına alabilmesi tehlikesini doğurmaktadır. Bu sebeple TTK'da hâkimiyetin kullanımına sınırlamalar getirilmiş ve hâkimiyetin hukuka aykırı kullanımını esas alan özel bir sorumluluk rejimi öngörülmüştür.

Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından doğan sorumluluk, TTK m. 202 ile pozitif bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Dolayısıyla

ed under Article 202 of the TCC. Therefore, situations that exceed the scope of this provision will constitute unlawfulness. Art. 195 of the TCC regulates the manner in which control may be established, and Art. 202 of the TCC prohibits the unlawful exercise of control. In terms of the consequences of the unlawful exercise of control, the TCC introduces a regulation based on the intensity of the participation in terms of the consequences of the unlawful exercise of control, adopts a distinction between partial control and full control, and allows the controlling company to exercise its control in parallel with the intensity of the control. In light of this regulation, in the case of complete control, the instructions of the controlling company that cause losses are permitted, provided that they do not render the subsidiary company insolvent. In the case of partial control, the unlawful exercise of such control is prohibited in principle.

Article 202 of the TCC regulates unlawfulness in two categories. Art. 202/1 of the TCC regulates the intervention of the parent company in the management of the subsidiary company, and Art. 202/2 of the TCC regulates the important decisions taken by the general assembly of the subsidiary company, which are not clearly justified for the subsidiary company. The situations regulated under both Art. 202/1 and Art. 202/2 do not directly constitute a violation of law. The failure of the members of the subsidiary company's board of directors to act with due care while following the parent company's instructions and the failure to make up for this loss by causing a loss to the subsidiary company are the elements that make the situations listed under Art. 202/1 of the TCC illegal. The situations listed in Art. 202/2 of the TCC are not directly unlawful. However, in the event that the controlling company actually exercises its dominance in taking these decisions and there is no justifiable reason for the subsidiary company to take such a decision, unlawful exercise of dominance will be in question.

2. Loss and Loss Compensation

Under Turkish law, as a rule, the controlling company may not exercise its dominance in such a way as to cause loss to the subsidiary company; however, in the event that the subsidiary company suffers a loss, liability will not arise immediately⁴. Article 202 of the TCC stipulates that the parent company

bu hükmün kapsamını aşan haller hukuka aykırılık oluşturacaktır. TTK m. 195 ile hâkimiyetin ne şekilde tesis edilebileceği düzenlenmiş olup TTK m. 202'de ise, hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması yasaklanmıştır. TTK'de hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasının sonuçları bakımından iştirakin yoğunluğunu esas alan bir düzenleme getirilerek, kısmi hâkimiyet ve tam hâkimiyet şeklinde bir ayırım benimsenmiş; hâkimiyetin yoğunluğuna paralel olarak hâkim şirkete hâkimiyetini uygulama imkânı tanınmıştır. Bu düzenleme ışığında, tam hâkimiyet durumunda hâkim şirketin kayıp doğurucu nitelikteki talimatlarına, bağlı şirketi borca batık hale getirmemesi şartıyla izin verilmiştir. Kısmi hâkimiyet durumunda ise, hâkimiyetin hukuka aykırı olarak kullanılması kural olarak yasaklanmıştır.

TTK m. 202'de hukuka aykırılık iki kategoria ele alınmıştır. TTK m. 202/1'de, hâkim şirketin bağlı şirket yönetimine müdahalesi düzenlenmiş, m. 202/2'de ise bağlı şirket genel kurulunca alınan, bağlı şirket bakımından açıkça haklı bir sebebi olmayan önemli nitelikteki kararlar düzenlenmiştir. Gerek m. 202/1 gerekse m. 202/2'de düzenlenen haller, doğrudan hukuka aykırılık teşkil etmemektedir. TTK m. 202/1'de sayılan halleri hukuka aykırı hale getiren unsurlara bakıldığında, hâkim şirket tarafından verilmiş talimat doğrultusunda hareket edilirken bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin özen borcuna uygun hareket etmemesi ve söz konusu hareketin bağlı şirkette bir kayıp meydana getirilerek bu kaybın denkleştirilmemesi yer almaktadır. TTK m. 202/2'de sayılan haller de doğrudan hukuka aykırı değildir. Ancak bu kararların alınmasında hâkim şirketinin hâkimiyetini fiilen kullanması ve bağlı şirket bakımından bu yönde bir karar alınmasının hiçbir haklı sebebi bulunmaması durumunda, hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması söz konusu olacaktır.

2. Kayıp ve Kaybın Denkleştirilmesi

Türk hukukunda kural olarak hâkim şirket tarafından hâkimiyet, bağlı şirketi kayba uğrattak şekilde kullanılamamaktadır; ancak bağlı şirketin kayba uğraması durumunda sorumluluk hemen doğmayacaktır⁴. TTK m. 202'de, hâkim şirketin bağlı şirkette neden ol-

FOOTNOTE

³ Hasan Pulaşlı, "According to the Draft Turkish Commercial Code, the Basic Qualifications of the Corporate Group and the Trust Liability of the Dominant Company", Gazi University Journal of Faculty of Law, C. XI, S. 1, 2007, p. 263.

⁴ Article 202 of the Turkish Commercial Code (TCC).

DİPNOT

³ Hasan Pulaşlı, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğunun Temel Nitelikleri ve Hâkim Şirketin Güven Sorumluluğu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1, 2007, s. 263.

⁴ Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.202.

PART 2

shall not be liable for the unlawful exercise of dominance if it compensates for the loss caused to the subsidiary company until the end of that activity year. According to the doctrine that accepts equalization as a ground for compliance with the law, equalization renders the acts and transactions in question unlawful⁵. According to the contrary view, unlawfulness arises with the realization of the loss-causing direction⁶. For this reason, equalization does not render the act or transaction in question unlawful, but eliminates the liability arising from the unlawful exercise of control.

In the TCC, equalization is only allowed if the subsidiary company suffers a loss as a result of an objective that serves the community's interests and the loss is measurable⁷. It is not possible to benefit from the possibility of equalization for an act or transaction that benefits third parties⁸.

III. COMPENSATION CLAIMS IN CASE OF UNLAWFUL EXERCISE OF AUTHORITY

A. General

The ultimate aim of the legal regulations on the group of companies is to prevent the unlawful exercise of the dominant company's control over the subsidiary company. It is important to determine who will be liable in this case, the nature of the responsibility,

duğu kaybı o faaliyet yılı sonuna kadar denkleştirilmesi durumunda hâkimiyetin hukuka aykırı kullanımı sebebiyle sorumlu olmayacağı öngörülmüştür. Doktrinde denkleştirmeyi hukuka uygunluk sebebi olarak kabul eden görüşe göre denkleştirme, söz konusu eylem ve işlemleri hukuka aykırı olmaktan çıkarmaktadır⁹. Aksi görüşe göre ise, hukuka aykırılık kayıp doğurucu yönlendirmenin gerçekleşmesi ile doğmaktadır⁶. Bu sebeple denkleştirme, söz konusu eylem ya da işlemi hukuka aykırı olmaktan çıkarmamakta ancak hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından doğan sorumluluğu ortadan kaldırmaktadır.

TTK'da denkleştirmeye, sadece bağlı şirketin topluluk menfaatini gözetken bir amaç sonucunda kayba uğratılması ve kaybın ölçülebilir olması şartıyla izin verilmektedir⁷. Üçüncü kişilerin yararını gözetken bir eylem ve işlem için denkleştirme imkanından yararlanılabilmesi ise mümkün değildir⁸.

III. HÂKİMİYETİN HUKUKA AYKIRI KULLANILMASI DURUMUNDA TAZMİNAT TALEPLERİ

A. Genel

Şirketler topluluğu hakkında yapılmış olan kanuni düzenlemeler ile nihai olarak amaçlanan, hâkim şirketin bağlı şirket üzerindeki hâkimiyetini hukuka aykırı kullanmasının engellenmesidir. Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması halinde, bu durumun kimler

its guiding principles, and who may assert the claims arising from the responsibility in the event that the dominance is taken advantage of unlawfully.

B. Claim for Compensation of Company Damage that may be asserted in Partial Dominance Pursuant to Art. 202/1 TCC

1. Liability for Failure to Equalize Losses in Partial Control

Article 202/1 of the TCC stipulates that a legal entity or undertaking shall be held liable for the damages caused by the direction of another legal entity and shall indemnify such damages. Different opinions have been put forward in the doctrine regarding the nature of the liability arising from Art. 202/1 TCC.

According to the German doctrine, the liability of the controlling company and its legal representatives is a consequential liability that does not require fault, is based on non-compensation and arises from direction⁹. According to this view, the controlling company and the board of directors of the subsidiary company are not organs of the subsidiary company and are not authorized to give instructions. This view is criticized on the basis that it is not necessary to have a formal organ title in order to be subject to organ liability.

Another view advocated in the German doctrine is that the legal relationship between the controlling company and its subsidiaries is a legal relationship arising from the law and has unique characteristics¹⁰. The reason why the liability of the controlling company regulated under Art. 202/1 TCC is based on the principle of a performance-based debt relationship is that the controlling company and its subsidiaries are not in the position of any third party and there is a transactional contact between them that creates a special bond¹¹.

According to the view of organ liability advocated in German law, in the event that the controlling company interferes with the management of the subsidiary company by giving directions, it is argued that the directors of

açısından sorumluluk doğuracağı, sorumluluğun niteliği, esasları ve sorumluluktan doğan talep haklarının kimler tarafından ne şekilde ileri sürülebileceğinin belirlenmesi gerekmektedir.

B. TTK m. 202/1 Uyarınca Kısmi Hâkimiyette İleri Sürülebilecek Olan Şirket Zararının Tazmini Talebi

1. Kısmi Hâkimiyette Kaybın Denkleştirilmemesinden Doğan Sorumluluk

TTK m. 202/1'de bir tüzel kişi veya teşebbüsün, başka bir tüzel kişiyi yönlendirmesi suretiyle verdiği zararlardan sorumlu tutularak bu zararı tazmin etmesi öngörülmektedir. TTK m. 202/1'den kaynaklanan sorumluluğun niteliği hakkında doktrinde farklı görüşler öne sürülmüştür.

Alman doktrininde sorumluluğun niteliğinin haksız fiil olduğunu savunan görüşe göre hâkim şirket ve kanuni temsilcilerinin sorumluluğu, kusur aranmayan, denkleştirmenin yapılmamasına dayanan ve yönlendirmeden kaynaklanan bir netice sorumluluđudur⁹. Bu görüşe göre hâkim şirket ve hâkim şirket yönetim kurulu, bağlı şirketin bir organı değildir ve talimat verme yetkisi de yoktur. Bu görüş, organ sorumluluğuna tabi tutulmak için mutlaka şekli organ sıfatına sahip olmanın gerekli olmaması temelinde eleştirilmektedir.

Alman doktrininde savunulan bir diğer görüş ise, hâkim şirket ve bağlı şirket arasındaki hukuki ilişkinin kanundan doğan ve kendine özgü nitelikleri olan bir hukuki ilişki olduğudur¹⁰. Hâkim şirketin TTK m. 202/1'de düzenlenen sorumluluğunun edime bağlı borç ilişkisi esasına dayandırılma sebebi, hâkim şirket ve bağlı şirketlerin herhangi bir üçüncü kişi konumunda olmamaları ve aralarında özel bir bağ doğuran işlemsel temasın var olmasıdır¹¹.

Alman hukukunda savunulmakta olan organsal sorumluluk görüşüne göre ise; hâkim şirketin yönlendirmelerde bulunarak bağlı şirketin yönetimine müdahale etmesi durumunda, hâkim şirket yöneticilerinin, bağlı şirket yöneticilerinin tabi olduğu hukuki sorumluluğa tabi olması gerektiği savunulmaktadır¹². Türk hukukunda hâkim görüşe

DİPNOT

⁵ Gül Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu, 1. Baskı, İstanbul 2009, s. 281.

⁶ İrfan Akın, Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2014, s. 280

⁷ Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.202.

⁸ Özcanlı, s.252'den naklen, Emmerich, Habersack, Münih 2021.

⁹ Özcanlı, s.317'den naklen, Emmerich, Habersack, Münih 2021.

¹⁰ Özcanlı, s.317'den naklen, Wimmer Leonhardt, Saarland 2004.

¹¹ Okutan Nilsson, s.324.

¹² Özcanlı, s.317'den naklen, Altmeppen, Münih 2010.

FOOTNOTE

⁵ Gül Okutan Nilsson, Corporate Group, 1st Edition, İstanbul 2009, p. 281.

⁶ İrfan Akın, Corporate Group Liability Law, 1st Edition, Ankara 2014, p. 280

⁷ Article 202 of the Turkish Commercial Code (TTC).

⁸ Özcanlı, p.252 cited in Emmerich, Habersack, Munich 2021.

⁹ Özcanlı, p. 317 cited in Emmerich, Habersack, Munich 2021.

¹⁰ Özcanlı, p. 317 cited in Wimmer Leonhardt, Saarland 2004.

¹¹ Okutan Nilsson, p. 324.



PART 2

the controlling company should be subject to the same legal liability as the directors of the subsidiary company¹². According to the prevailing view in Turkish law, although the controlling company is not a formal organ of the group of companies, the controlling company or the controlling shareholder of the subsidiary company exercises the power to instruct and direct, which are powers inherent to an organ. For this reason, it is accepted that the liability stipulated under Art. 202/1 TCC is an organ liability based on fault arising from the management of another company in breach of the duty of care¹³.

The first element of the liability arising from the failure to compensate the loss is the unlawful exercise of dominance. Under Art. 202/1 of the TCC, the circumstances under which the exercise of dominance may be considered unlawful are listed as transactions that may cause a decrease in the assets of the subsidiary company, prevent the increase of its assets, reduce profitability, and put its assets at risk. This provision is not exhaustive, and the legislator has accepted any loss of the subsidiary company as an unlawful act. Pursuant to Article 202/1 of the TCC, the controlling company is also obliged to prevent the loss from occurring. Therefore, it is also possible for the parent company to cause unlawfulness through its negligent acts.

Another contentious issue in the doctrine is whether the controlling company and the controlling company's board of directors should specify whether the direction will harm the subsidiary in order for the controlling company and its board of directors' responsibility to potentially arise in accordance with TCC Article 202/1. According to the prevailing view, fault is not a prerequisite for liability to arise; what is important is whether the action requested from the parent company is understood by the subsidiary company as a direction¹⁴. According to the contrary view, the main determinant of the fault of the controlling company and the members of the board of directors of the controlling company is whether they breached the duty of care and loyalty imposed on them by law in the performance of their duties¹⁵. By accepting that the liability arising from the failure to compensate for the loss arising from the direction and instruction is organ liability, it must be accepted that the members of the board of directors of the controlling company must be at fault in order to be held liable.

göre, her ne kadar hâkim şirket şirketler topluluğunun şekli bir organı olmasa da hâkim şirket ya da bağlı şirketin hâkim pay sahibi, organa özgü olan yetkilerden talimat verme ve yönlendirme yetkisini kullanmaktadır. Bu sebeple TTK m. 202/1 ile öngörülen sorumluluğun, başka bir şirketin özen yükümüne aykırı şekilde yönetilmesinden kaynaklanan ve kusura dayanan bir organ sorumluluğu olduğu kabul edilmektedir¹³.

Kaybın denkleştirilmemesinden doğan sorumluluğun unsurlarından ilki, hâkimiyetin hukuka aykırı olarak kullanılmasıdır. Hâkimiyetin hangi hallerde hukuka aykırı olarak nitelendirilebileceği TTK m. 202/1'de bağlı şirketin malvarlığında bir azalmaya sebebiyet verecek, malvarlığının artmasını önleyecek, karlılığı azaltacak, malvarlığını riske sokacak türden işlemler şeklinde sayılmıştır. Bu düzenleme tahdidi olmayıp kanun koyucu, bağlı şirketin herhangi bir kayba uğratılması durumunu hukuka aykırılık olarak kabul etmiştir. Hâkim şirkete, TTK m. 202/1 ile kaybın doğmasının önüne geçmesi de bir sorumluluk olarak yüklenmiştir. Dolayısıyla hâkim şirketin ihmali hareketleri ile de hukuka aykırılığa sebebiyet verebilmesi mümkündür.

Doktrinde tartışmalı olan bir diğer husus ise, hâkim şirket ve onun yönetim kurulunun TTK m. 202/1 anlamında sorumluluğunun doğabilmesi için yönlendirmenin bağlı şirket nezdinde zarara yol açıp açmayacağına hâkim şirket ve hâkim şirket yönetim kurulunca öngörülmesinin gerekip gerekmediği meselesidir. Hâkim görüşe göre, sorumluluğun doğması için kusur şart değildir, asıl önemli olan hâkim şirketten gelen ve gerçekleştirilmesi talep edilen eylemin bağlı şirket tarafından yönlendirme olarak anlaşılıp anlaşılmadığıdır¹⁴. Aksi görüşe göre ise, hâkim şirket ve hâkim şirket yönetim kurulu üyelerinin kusurunun tespitinde asıl belirleyici olan unsur, görevlerini yerine getirirken kanunen kendilerine yüklenen özen ve sadakat borcuna aykırı hareket edip etmedikleridir¹⁵. Yönlendirme ve talimattan doğan kaybın denkleştirilmemesinden doğan sorumluluğun organ sorumluluğu olduğunu kabul etmekle, hâkim şirketin yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilebilmesi için kusurlu olmalarının gerekeceği kabul edilmektedir.

TTK m. 202/1 anlamında sorumluluk doğuran unsurlardan bir diğeri de, kaybın denkleştirilmemesi durumunda bağlı şirketin zarara uğratılmasıdır. Zararın niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler öne sürülmüştür.

Another element that gives rise to liability within the meaning of Art. 202/1 TCC is the loss incurred by the subsidiary company in case the loss is not compensated. Different opinions have been put forward in the doctrine regarding the nature of the damage. The first of these is that the damage is in the nature of indirect damage. It is clear from Art. 202/1-b of the TCC that each shareholder may request compensation for the company's loss, and it is clear from Art. 555 of the TCC—which is to be applied with the explicit reference of Art. 202/1-e of the TCC—that “the shareholders may request the compensation to be paid only to the company”—that the legislator has classified the damage in this case as indirect damage. The last element of the liability arising from the unlawful exercise of dominance is the causal link. The damage that has occurred in the subsidiary company as a result of the direction of the dominant company must have occurred as a result of the unlawful act.

2. Claim Rights and Scope of Claims Pursuant to Art. 202/1 TCC

In the event that the loss incurred in the subsidiary is not compensated until the end of the relevant activity year, the claim rights stipulated under Article 202 of the TCC may be exercised. The purpose of the compensation of the loss is to restore the situation in which the subsidiary would have been if the control had never been exercised and the act giving rise to the loss had never occurred. Under German law, it is accepted that compensation in kind is the rule and compensation in cash is the exception¹⁶. In the doctrine, due to the difficulty of calculating the amount of damages, it is stated that measures such as the revocation or cancellation of the act or transaction that caused the loss should be applied first¹⁷.

Article 202 of the TCC primarily aims to compensate the damage of the subsidiary company. It is understood that the legislator primarily aims to compensate the damage of the subsidiary company, since it is foreseen that the damages incurred as a result of the intervention of the controlling company shall be compensated by the controlling company by indemnifying the subsidiary company's damages, the shareholder and creditor of the subsidiary company may demand the payment of the compensation to the company pursuant to Article 202/1 of the TCC, and the

Bunlardan ilki, zararın dolaylı zarar mahiyetinde olduğudur. TTK m. 202/1-b'de her pay sahibinin şirketin zararının karşılanması istenebileceği ve TTK m. 202/1-e'nin açık atfıyla uygulanacak olan TTK m. 555'te “pay sahiplerinin, tazminatın ancak şirkete ödenmesini isteyebileceği” şeklindeki ifadeden, kanun koyucunun buradaki zararı dolaylı zarar olarak düzenlemiş olduğu anlaşılmaktadır. Hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından doğan sorumluluğun unsurlarından sonuncusu ise illiyet bağıdır. Hâkim şirketin yönlendirmesi sonucunda bağlı şirkette ortaya çıkmış olan zararın, hukuka aykırı eylem neticesinde meydana gelmiş olması gerekmektedir.

2. TTK m. 202/1 Uyarınca İleri Sürülebilecek Talep Hakları ve Kapsamı

Bağlı şirkette meydana gelen kaybın ilgili faaliyet yılının sonuna kadar denkleştirilmemesi durumunda TTK m. 202'de öngörülen talep hakları kullanılabilir. Zararın tazmini ile amaçlanan; hâkimiyetin hiç kullanılmamış, kayıp doğurucu eylem hiç gerçekleşmemiş olması durumunda bağlı şirketin içinde bulunacak olduğu durumun yeniden tesis edilmesidir. Alman hukukunda aynen tazminin kural, nakden tazminin ise istisna olduğu kabul edilmektedir¹⁶. Doktrinde, zarar miktarının hesaplanmasının güçlüğüden bahisle kayıp doğurucu eylem ve işlemin geri alınması ya da iptali gibi tedbirlerin öncelikle uygulanması gerektiği ifade edilmektedir¹⁷.

TTK m. 202 ile öncelikle bağlı şirketin zararının tazmin edilmesi amaçlanmaktadır. Hâkim şirketin müdahalesi sonucunda oluşan dolayısıyla zararların da hâkim şirketin bağlı şirketin zararlarını tazmin etmesi suretiyle giderileceğinin öngörülmesi, TTK m. 202/1 uyarınca bağlı şirket pay sahibi ve alacaklılarının tazminatın şirkete ödenmesini talep edebilecek olması, pay sahibin payların satın alınması talebini ancak açacağı tazminat davasıyla öne sürülebiliyor olmasından, kanun koyucunun öncelikle bağlı şirketin zararının giderilmesini gözettiği anlaşılmaktadır.

FOOTNOTE

¹² Özcanlı, p. 317 cited in Altmep-pen, Munich 2010.

¹³ Özcanlı, p. 329.

¹⁴ Özcanlı, p. 132 cited in Emmerich, Habersack, Munich 2021, p. 24.

¹⁵ Özcanlı, p. 132 cited in Altmep-pen, Munich 2010, p. 154.

¹⁶ Okutan Nilsson, p. 381.

¹⁷ Özcanlı, p. 368.

DİPNOT

¹³ Özcanlı, s. 329.

¹⁴ Özcanlı, s. 132'den naklen, Emmerich, Habersack, Münih 2021, s. 24.

¹⁵ Özcanlı, s. 132'den naklen, Altmep-pen, Münih 2010, s. 154.

¹⁶ Okutan Nilsson, s. 381.

¹⁷ Özcanlı, s. 368.

PART 2

shareholder may claim the purchase of the shares only through the indemnification lawsuit to be filed by the shareholder.

In the lawsuit filed pursuant to Article 202/1 of the TCC, the judge may, upon request or ex officio if it is deemed to be in accordance with equity, decide on the purchase of the rights of the plaintiff shareholders by the holding company instead of compensation. It should be understood from the provision that the shareholders of the subsidiary company may only request the purchase of their shares in the compensation lawsuit filed. Although it is controversial in the doctrine, it is agreed that if it is determined that the subsidiary firm does not have the right to sue on its own behalf, a separate action cannot be filed to request the acquisition of the shares since there is a possibility that the damage will not be able to be compensated¹⁸.

Article 202/1 of the TCC stipulates that another solution that is appropriate to the situation may also be granted. In the doctrine, it is stated that the purpose of the provision is to determine the legal remedy that is most appropriate for the parties and best adapted to the concrete facts, considering the characteristics of the concrete case and all relevant interests¹⁹. This right of claim may also be asserted in alternating ways in the action for damages to be filed pursuant to Art. 202/1 TCC.

Contrary to German law, Article 202 of the TCC does not regulate the direct damages suffered by the shareholder. Article 202/1 of

TTK m. 202/1'e göre açılan davada hâkim istem üzerine veya hakkaniyete uygun düşecekse re' sen tazminat yerine, davacı pay sahiplerinin haklarının hâkim şirket tarafından satın alınmasına da karar verebilir. Hükümden anlaşılması gereken, bağlı şirket pay sahiplerinin ancak açılmış olan tazminat davasında paylarının satın alınması konusunda istemde bulunabilecekleridir. Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte bağlı şirketin bizzat davacı sıfatı olmadığı kabulü halinde, zararının tazmin edilememesi tehlikesi bulunduğu için ayrı bir davayla payların satın alınmasının istenemeyeceği kabul edilmektedir¹⁸.

TTK m. 202/1'de duruma uygun düşen başkaca bir çözüme de hükmedilebileceği düzenlenmiştir. Doktrinde hükmün amacının, hâkimin somut olayın özelliklerini ve ilgili tüm menfaatleri dikkate alarak taraflar yönünden en uygun olan ve somut olgulara en iyi uyarlanmış hukuki yolu belirlemek olduğu ifade edilmektedir¹⁹. Bu talep hakkı da yine TTK m. 202/1 uyarınca açılacak olan tazminat davasında terditli olarak öne sürülebilecektir.

Mehaz Alman hukukunun aksine TTK m. 202'de pay sahibinin doğrudan uğramış olduğu zararlara ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. TTK m. 202/1 ile kabul edilen, bağlı şirket pay sahibinin yansıma yoluyla bir zarara uğramış olduğudur. Organsal sorumluluk görüşünün kabulü halinde yönlendirilmeden kaynaklanması şartıyla pay sahibinin uğradığı doğrudan zarardan ötürü hâkim şirkete TTK m. 202/1-e'ye göre dava açılacaktır²⁰.

the TCC recognizes that the shareholder of the subsidiary company has suffered a loss by way of reflection. If the view of organizational liability is accepted, the controlling company may be sued pursuant to Art. 202/1-e of the TCC for the direct damage suffered by the shareholder, provided that it is caused by the direction²⁰.

Another controversial issue in the doctrine is whether the fact that Article 202/1 of the TCC does not regulate the shareholders' direct right to sue, contrary to the German law, can be considered as a negative legal loophole; it is the matter of whether the shareholders can bring a case in line with the general regulations if it is determined that there is a negative legal loophole.

There is no provision in the TCC that provides for the indemnification of the direct damages of the shareholders. However, it is accepted in the doctrine that the provisions regulating the liability of the board of directors of joint stock companies also cover the liability arising from the direct damages of the shareholders²¹. It should be accepted that Article 202/1 of the TCC primarily aims to compensate the damages of the company; however, since the provision allows the shareholders to demand the appropriate and acceptable solutions, it should also be accepted that the provision also provides for the compensation of the shareholders' damages²².

3. Determination of Plaintiff and Defendant

a. Plaintiff(s)

Article 202/1 of the TCC stipulates that the shareholders and creditors of the subsidiary company have the title of plaintiff. It is accepted that in order for the shareholders to exercise the rights of action stipulated under Article 202/1 of the TCC, it is necessary to be a shareholder at the time the action is filed and throughout the duration of the action²³. Shareholders who acquire the shareholding title after the occurrence of the damage may also file a lawsuit for the damage incurred by the company²⁴. A lawsuit based on the board of directors' responsibility is prevented by voting in favor of the resolution that releases them from liability and thereafter purchasing the shares with knowledge that the vote was successful. The shareholder who will acquire the share after the decision to release

Doktrinde tartışmalı olan bir diğer husus ise, TTK m. 202/1'de mehaz Alman hukukunun aksine pay sahiplerinin doğrudan dava hakkının düzenlenmemiş olması durumunun olumsuz kanun boşluğu olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği; olumsuz kanun boşluğu olduğunun kabulü halinde pay sahipleri tarafından genel hükümlere göre dava açılıp açılmayacağı meselesidir.

TTK'da pay sahibinin doğrudan zararının tazminini öngören bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak doktrinde, anonim şirket yönetim kurulunun sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin, pay sahiplerinin doğrudan zararından kaynaklanan sorumluluğunu da kapsadığı kabul edilmektedir²¹. TTK m. 202/1 ile, öncelikle şirketin zararlarının giderilmesinin amaçlandığı, ancak hükümde duruma uygun düşen ve kabul edilebilir çözümleri talep etme imkanının tanınması sebebiyle, hükmün aynı zamanda pay sahiplerinin zararının giderilmesine de imkân verdiği kabul edilmelidir²².

3. Davacı ve Davalı Sıfatlarının Tespiti

a. Davacılar

TTK m. 202/1'de bağlı şirketin pay sahipleri ve alacaklılarının davacı sıfatı olduğu düzenlenmiştir. Pay sahipleri tarafından TTK m. 202/1 ile öngörülen dava haklarının kullanılabilmesi için dava açıldığı anda ve dava süresince pay sahipliği sıfatını taşımanın gerekli olduğu kabul edilmektedir²³. Pay sahipliği sıfatını zararın meydana gelmesinden sonra elde eden pay sahipleri de şirketin uğradığı zarar dolayısıyla dava açabileceklerdir²⁴. Yönetim kurulunun sorumluluktan ibrasına ilişkin karara olumlu oy vermek ve sonradan olumlu oy verildiğini bilerek payı iktisap etmek yönetim kurulunun sorumluluğuna dayalı dava açılabilmesi imkânını ortadan kaldırır. Payı ibra kararından sonra elde edecek olan pay sahibinin ise ibraya olumlu oy verildiğini müspeti vukufu bilmiyor olması gerekmektedir²⁵.

FOOTNOTE

18 Okutan Nilsson, p. 382.

19 Hamdi Yasaman, "The Expanding Role of the Judge in the Draft Turkish Commercial Code", *Journal of Banking and Commercial Law*, V. 25, N. 4, 2009, p. 93.

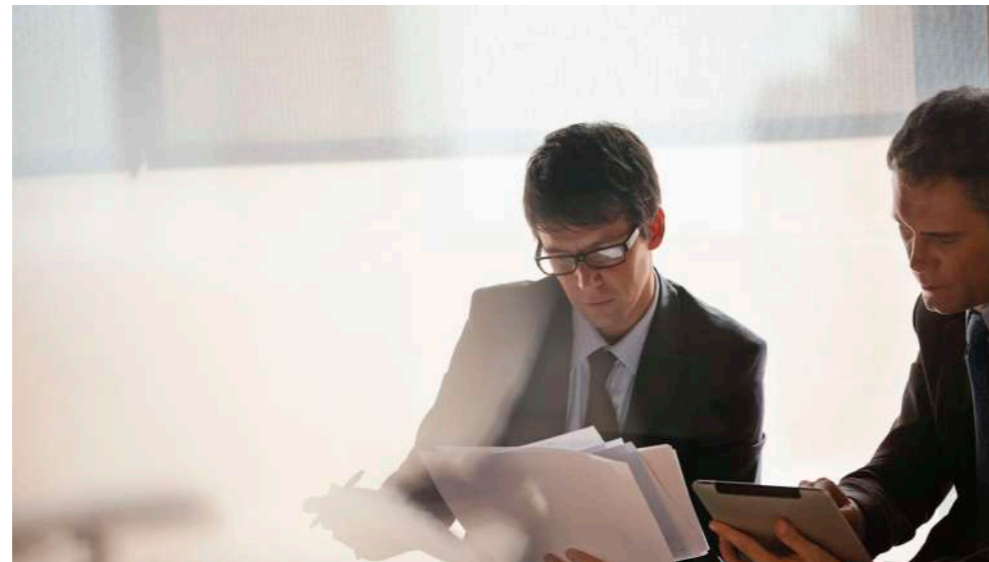
20 Özcanlı, p. 329.

21 Okutan Nilsson, p. 345.

22 Okutan Nilsson, p. 352.

23 Okutan Nilsson, p. 342.

24 Okutan Nilsson, p. 343.



DİPNOT

18 Okutan Nilsson, s. 382.

19 Hamdi Yasaman, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Hâkimin Genişleyen Rolü", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 25, S. 4, 2009, s. 93.

20 Özcanlı, s. 329.

21 Okutan Nilsson, s. 345.

22 Okutan Nilsson, s. 352.

23 Okutan Nilsson, s. 342.

24 Okutan Nilsson, s. 343.

25 Okutan Nilsson, s. 343.

PART 2

the board of directors from liability must not have known with positive knowledge that the board of directors voted in favor of the decision to release the board of directors from liability²⁵.

Article 202/1 of the TCC also grants the right to the creditors of the subsidiary company to recover their damages from the parent company. Unlike the German law, the right to file a lawsuit granted to the creditors of the subsidiary company is not conditioned on the company's bankruptcy. This situation is criticized in the doctrine on the grounds that it contradicts Art. 556 TCC²⁶.

Considering that granting the board of directors of the subsidiary company the right to demand equalization would create the danger of pitting the subsidiary company against the controlling company²⁷, it is seen that the provisions of the TCC regarding the group of companies do not allow the subsidiary company to demand its own damages.

Regarding the legal foundation of the subsidiary company's right of action, doctrine has presented a variety of opinions. According to one of the opinions, the resulting damage is based on tort. The fact that Article 202 of the TCC does not grant a right of action to the subsidiary company does not constitute a negative legal gap, and a lawsuit may already be filed in accordance with the general provisions. The fact that the subsidiary company is not listed among the plaintiffs under Article 202 of the TCC immunizes the subsidiary company from liability actions that may be brought by its own shareholders in the event that it has not filed a lawsuit for damages²⁸.

Another opinion, on the other hand, accepts that the right of claim granted to the subsidiary company and its creditors is essentially a right of claim belonging to the subsidiary company, that the granting of a right of action to the subsidiary company on the basis of tort may result in the application of different provisions in terms of the same receivable, and that the right of action should be recognized by applying the community provisions by analogy, and that the members of the board of directors of the subsidiary company will be liable under the general provisions if they do not compensate the damage of the subsidiary company²⁹.

TTK m. 202/1 ile bağlı şirket alacaklılarına da hâkim şirketten zararlarını tazmin edebilme hakkı tanınmıştır. Burada bağlı şirket alacaklılarına tanınan dava açma hakkı, mehzaz Alman hukukundan farklı olarak şirketin iflas etmiş olması şartına bağlanmamıştır. Doktrinde bu durum, TTK m. 556 ile çeliştiği gerekçesiyle eleştirilmektedir²⁶.

Bağlı şirket yönetim kuruluna denkleştirme talep edebilme hakkı tanınmasının, bağlı şirketi hâkim şirketle karşı karşıya bırakma tehlikesi doğuracağı gözetilerek²⁷, TTK'nın şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri arasında bağlı şirkete, bizzat zararını talep edebilme imkânı tanınmadığı görülmektedir.

Doktrinde bağlı şirketin dava hakkının hukuki dayanağı hususunda birtakım görüşler öne sürülmüştür. Bir görüşe göre; ortaya çıkan zarar haksız fiil esasına dayanmaktadır. TTK m. 202 ile bağlı şirkete dava hakkı tanınmaması olumsuz kanun boşluğu olmamakla birlikte genel hükümler uyarınca zaten dava açılacaktır. TTK m. 202'de bağlı şirketin davacılar arasında sayılmaması ile bağlı şirket, tazminat davasını açmamış olması durumunda kendi pay sahipleri tarafından yöneltilebilecek olan sorumluluk davalarına karşı bağışık tutulmuş olmaktadır²⁸.

Diğer bir görüş ise bağlı şirket ve alacaklılara tanınan talep hakkının esasında bağlı şirkete ait bir talep hakkı olduğunu, bağlı şirkete haksız fiil temelinde bir dava hakkı tanınmasının ise aynı alacak bakımından farklı hükümlerin uygulanması sonucunu doğurabileceğinden topluluk hükümlerinin kıyasen uygulanması suretiyle dava hakkının tanınması gerektiğini ve bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin bağlı şirketin zararını tazmin etmemesi durumunda genel hükümler kapsamında sorumluluklarının doğacağını kabul etmektedir²⁹.

Bağlı şirkete dava hakkı tanınıp tanınmadığına ilişkin tartışmanın esas önemi, bağlı şirket yönetim kuruluna uygulanacak sorumluluk rejiminde ortaya çıkmaktadır. Zararın haksız fiil esasına dayandığını savunan görüşün kabulü halinde sorumluluğa ilişkin çelişik bir tablo ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, bağlı şirketin davacı sıfatının kabulü durumunda bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu kaldıran herhangi bir kanuni düzenleme olmadığı hususu dikkate alındığında bağlı şirketin kendi pay sahiplerine karşı sorumlusuzluğu iddia edilemeyecektir. Zira, TTK'da tam hâkimiyette olduğu gibi yönetim kurulu sorumluluktan kurtaracak bir yapı ön-

The main importance of the debate on whether the right of action is granted to the subsidiary company arises in the liability regime to be applied to the board of directors of the subsidiary company. If the view that the damage is based on tort is accepted, a contradictory picture regarding liability emerges. Furthermore, in the event that the subsidiary company is accepted as the plaintiff, the subsidiary company will not be able to claim irresponsibility against its own shareholders, considering the fact that there is no legal regulation abolishing the liability of the members of the board of directors of the subsidiary company. This is because the TCC does not envisage a structure that would relieve the board of directors from liability, as in the case of full control³⁰. Since there is a connection between authority and liability in the liability law provisions of the TCC, if it is accepted that the right to file a lawsuit is granted to the subsidiary company, it must be accepted that the subsidiary company will be liable if it fails to file this lawsuit. The view that the members of the board of directors of the subsidiary company are granted the right to sue according to the general provisions is not justified since there is no reason to resort to the general provisions when there are special provisions regulated on this subject.

There is no separate provision regarding the liability of the board of directors of the subsidiary company in the regulations of our Law regarding the group of companies. Therefore, the liability of the board of directors of the subsidiary company arising from the general provisions continues to exist. It should not be assumed that the subsidiary company's right of claim has been terminated just because there is no specific legal provision that does so. Based on the fact that the responsibilities of the board of directors of the subsidiary company within the scope of general provisions have not been eliminated by an explicit provision, it should be accepted that the board of directors of the subsidiary company will be held liable if the subsidiary company does not file a lawsuit for compensation of the damage, provided that other conditions are also present.

b. Defendant(s)

The controlling company and its board members are held liable for the unlawful exercise of control pursuant to Art. 202/1 TCC. It has been proposed that those who participated in the realization of the manipulation that re-

görülmemiştir³⁰. TTK'da anonim ortaklığın sorumluluk hukuku düzenlemelerinde yetki ve sorumluluk arasında bir bağlantı bulunmakla, bağlı şirkete dava açma hakkı tanındığının kabulü halinde bağlı şirketin bu davayı açmaması durumunda sorumluluğunun doğacağını kabulü gerekmektedir. Genel hükümlere göre bağlı şirket yönetim kurulu üyelerine dava hakkı tanınması görüşünün ise bu konuda düzenlenmiş özel hükümler varken genel hükümlere başvurmak için bir sebep bulunmaması sebebiyle isabetli olmadığı söylenebilecektir.

Kanunumuzun şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerinde bağlı şirket yönetim kurulunun sorumluluğuna ilişkin ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla bağlı şirket yönetim kurulunun genel hükümlerden doğan sorumluluğu varlığını sürdürmektedir. Kanunda bağlı şirketin talep hakkını ortadan kaldıran açık bir düzenleme olmaması, talep hakkının ortadan kalkacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Bağlı şirket yönetim kurulunun genel hükümler kapsamındaki sorumluluklarının açık bir hükümle bertaraf edilmemiş olmasından hareketle diğer şartların da varlığı ile birlikte bağlı şirket yönetim kurulunun zararın tazmini için dava açmaması durumunda sorumluluğunun doğacağını kabulü gerekmektedir.

DİPNOT

²⁶ Necla Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, İstanbul 2010, s. 190.

²⁷ 6102 Sayılı TTK'ya İlişkin Gerekçe.

²⁸ Özcanlı, s. 392'den naklen, Ünal Tekinalp, İstanbul 2021.

²⁹ Kürşat Göktürk, Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları, 2. Baskı, Ankara 2022, s. 213.

³⁰ Özcanlı, s. 394.

FOOTNOTE

²⁵ Okutan Nilsson, p. 343.

²⁶ Necla Akdağ Güney, Legal Liability of the Members of the Board of Directors of Joint Stock Companies, 2nd Edition, İstanbul 2010, p. 190.

²⁷ Reasoning Regarding TCC No. 6102.

²⁸ Özcanlı, p. 392 cited in Ünal Tekinalp, İstanbul 2021.

²⁹ Kürşat Göktürk, Principles of Liability in the Corporate Group, 2nd Edition, Ankara 2022, p. 213.

³⁰ Özcanlı, p. 394.

PART 2

sulted in the loss should be held jointly and severally liable for the loss in accordance with Art. 557 TCC, which will be applicable with reference to Art. 202/1-d of the TCC³¹. This doctrine is based on the idea that the will of the person who made the manipulation is significant in determining the status of the defendant. Contrary to the establishment of dominance under the TCC, the actual exercise of dominance is sought in the unlawful exercise of dominance. Art. 557/1 of the TCC is interpreted to mean that in the case of multiple controlling companies, only the companies that have actually exercised

iradenin önem arz ettiği fikrinden hareketle, kayba sebebiyet veren yönlendirmenin gerçekleştirilmesinde birlikte hareket edenlerin, TTK m. 202/1-d'nin göndermesi ile uygulama bulacak olan TTK m. 557 uyarınca zarardan müteselsilen sorumlu olmaları gerektiği fikri öne sürülmüştür³¹. TTK'da hâkimiyetin kurulabilmesinin aksine hukuka aykırı şekilde kullanılmasında, hâkimiyetin fiilen uygulanması aranmaktadır. TTK m. 557/1, birden çok hâkim şirketin söz konusu olmasında ancak hâkimiyeti fiilen hukuka aykırı kullanmış olan şirketlerin sorumluluğunun doğacağı şeklinde yorumlanmaktadır.



the control unlawfully shall be liable. Under Art. 202/1 TCC, the members of the board of directors of the controlling company are also listed among the defendants. In the doctrine, it is stated that no claim other than the indemnification of the decisions of the subsidiary company can be asserted against the board of directors of the controlling company within this scope³². The liability regime of the members of the board of directors of the controlling company, who are jointly and severally liable for the damage, shall be determined by the judge within the scope of the differentiated succession principle stipulated under the TCC³³.

The provisions of the TCC regarding the liability of the group of companies do not include a provision regarding the subsidiary company. Therefore, it is accepted that the provisions of the TCC regarding the liability of the board of directors of joint stock com-

TTK m. 202/1'de hâkim şirketin yönetim kurulu üyeleri de davalılar arasında gösterilmiştir. Doktrinle, bu kapsamda hâkim şirket yönetim kuruluna karşı bağlı şirket kararlarının tazmini dışında bir talep öne sürülemeyeceği ifade edilmiştir³². Zarardan müteselsilen sorumlu olan hâkim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk rejimi, TTK'de öngörülmüş olan farklılaştırılmış te-selsül ilkesi kapsamında hâkim tarafından belirlenecektir³³.

TTK'nin şirketler topluluğunun sorumluluğuna ilişkin hükümleri arasında bağlı şirkete ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu sebeple anonim şirket yönetim kurulunun sorumluluğuna ilişkin TTK düzenlemelerinin bağlı şirket yönetim kurulu bakımından uygulama bulacağı kabul edilmektedir³⁴. Ancak, anonim şirkete ilişkin düzenlemelerin, her şirketin bağımsız olduğu fikrinden hareketle düzenlenmiş olduğu düşünüldüğünde bu

panies shall apply to the board of directors of subsidiary companies³⁴. However, considering that the regulations on joint stock companies are based on the idea that each company is independent, it is important to consider to what extent the application of these provisions in terms of the liability of the directors of subsidiary companies will lead to accurate results.

The TCC's regulations on the group of companies stipulate that the board of directors of the subsidiary company cannot be held liable only in case of full control. In the case of partial control, the board of directors of the subsidiary company shall continue to be liable, but the board of directors of the subsidiary company may request the controlling company to assume the liability through an agreement. Since the positive regulation of the TCC does not provide for a special provision regarding the liability of the board of directors of the subsidiary company, it should be accepted that the provisions of Art. 553 et seq. of the TCC will be applicable.

C. Compensation Claim of the Creditor of the Subsidiary Company Due to the Liability Arising from the Failure to Compensate the Loss Arising from the Instruction

1. General

Under Turkish law, it is accepted that if a commercial company directly or indirectly owns one hundred percent of the shares and voting rights of a capital company, the instructions of the controlling company shall be binding for the subsidiary company³⁵. In this way, the relations between the controlling company and its subsidiaries are designed in such a way that the controlling company can act flexibly in its instructions and the subsidiary's creditors are protected. While in partial control, as a rule, the negative consequences that may arise for the subsidiary company as a result of the abuse of dominance are foreseen to be eliminated through the equalization system, in full control, some additional measures are needed to protect the relevant parties. In full control, the board of directors of the subsidiary company is obliged to fulfill the directives of the parent company. In full dominance, the liability of the controlling company for the negative

hükümlerin bağlı şirket yöneticilerinin sorumluluğu açısından uygulanmasının ne derece isabetli sonuçlar doğuracağı meselesi önem arz etmektedir.

TTK'nın şirketler topluluğu düzenlemelerinde, sadece tam hâkimiyet halinde bağlı şirket yönetim kurulunun sorumluluğuna gidilemeyeceği öngörülmüştür. Kısmi hâkimiyette ise, bağlı şirket yönetim kurulunun sorumluluğunun devam edeceği ancak bir sözleşme ile hâkim şirketten sorumluluğun üstlenilmesinin talep edilebileceği öngörülmüştür. TTK'nin pozitif düzenlemesinde, bağlı şirket yönetim kurulunun sorumluluğuna ilişkin bir özel hüküm öngörülmediğinden TTK m. 553 ve devamı hükümlerinin uygulama alanı bulacağı kabul edilmelidir.

C. Talimattan Doğan Kaybın Denkleştirilmemesinden Kaynaklanan Sorumluluk Sebebiyle Bağlı Şirket Alacaklısının Tazminat Talebi

1. Genel

Türk hukukunda bir ticaret şirketinin, bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan ya da dolaylı olarak yüzde yüzüne sahip olması durumunda hâkim şirketin yönlendirmelerinin bağlı şirket açısından bağlayıcı olacağı kabul edilmiştir³⁵. Bu sayede hâkim şirket bağlı ve şirket ilişkileri, hâkim şirketin talimatlarında esnek davranabildiği, bağlı şirket alacaklılarının korunduğu bir şekilde dizayn edilmiştir. Kısmi hâkimiyette kural olarak hâkimiyetin kötüye kullanılması sonucunda bağlı şirket açısından doğabilecek olumsuzlukların denkleştirme sistemiyle giderilmesi öngörülmüşken tam hâkimiyette ilgililerin korunması için bazı ilave tedbirlere ihtiyaç duyulmuştur. Zira tam hâkimiyette, bağlı şirket yönetim kurulunun hâkim şirketin yönlendirmelerini yerine getirmesi zorunlu tutulmuştur. Tam hâkimiyette hâkim şirketin yönlendirmeleri dolayısıyla bağlı şirkette ortaya çıkabilecek olan olumsuzluklardan hâkim şirketin doğabilecek sorumluluğu,

FOOTNOTE

31 Okutan Nilsson, p. 357.

32 Okutan Nilsson, p. 360.

33 Özcanlı, p. 398.

34 Özcanlı, p. 342.

35 Turkish Commercial Code (TCC) Art. 203.

DİPNOT

31 Okutan Nilsson, s. 357.

32 Okutan Nilsson, s. 360.

33 Özcanlı, s. 398.

34 Özcanlı, s. 342.

35 Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.203.

PART 2

consequences that may arise in the subsidiary company due to the directives of the controlling company is similar to partial control due to the references made to Art. 553 et seq. of the TCC. However, it is possible to make some special assessments regarding the liability of the controlling company within the framework of the special liability provisions foreseen for full control.

2. Special Circumstances in Full Control

The board of directors of the subsidiary company shall not be held liable as a result of the actual unlawful exercise of dominance. Pursuant to Article 203 of the TCC, the legislator has imposed an obligation on the subsidiary company to comply with the instructions of the parent company that may cause loss. This situation, which is referred to as the freedom of instructions, prevents the directors of the subsidiary company from being held liable to the subsidiary company and its shareholders. The loss in the subsidiary company is foreseen to be compensated by the controlling company, and in the event that the compensation is not realized, the creditors of the subsidiary company are only entitled to demand compensation for the loss from the controlling company and its board members.

Another distinctive feature of complete dominance is that the controlling company has the freedom of instruction. Pursuant to Art. 203 TCC, the controlling company may give instructions that may cause loss to the subsidiary company, and the subsidiary company is obliged to comply with these instructions. However, it has been established that providing this instruction must be mandated by the group's determined and concrete policies. Article 204 of the TCC limits the freedom of instructions by prohibiting the issuance of instructions that clearly exceed the solvency of the subsidiary, jeopardize its existence or cause it to lose its significant assets. Therefore, the limits of the freedom of instructions under full control are constituted by the provisions stipulating that "the instructions must be required by the determined and concrete policies of the group" and "the instructions must not lead to the destruction of the subsidiary company"³⁶.

Article 203 of the TCC regulates the obligation of the subsidiary company to comply with the instructions. In this scope, the board of directors of the subsidiary company

TTK m. 553 ve devamı hükümlerine yapılan yönlendirmeler dolayısıyla kısmi hâkimiyete benzemektedir. Ancak hâkim şirketin sorumluluğuna ilişkin tam hâkimiyet için öngörülen özel sorumluluk hükümleri çerçevesinde birtakım hususi değerlendirmeler yapılması mümkündür.

2. Tam Hâkimiyette Özellik Arz Eden Durumlar

Hâkimiyetin fiilen hukuka aykırı kullanılması sonucunda bağlı şirket yönetim kurulunun sorumluluğu doğmayacaktır. TTK m. 203 ile kanun koyucu, tam hâkimiyette bağlı şirkete hâkim şirketin kayıp doğurucu nitelikteki talimatlarına uyma yükümlülüğü yüklemiştir. Talimat serbestisi olarak adlandırılan bu durum, bağlı şirket yöneticilerinin bağlı şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumlu tutulmasının önüne geçmektedir. Bağlı şirketteki kayıp hâkim şirket tarafından denkleştirilmesi öngörülmüş, denkleştirmenin gerçekleştirilmesi durumunda ise bağlı şirket alacaklılarına ancak hâkim şirketten ve onun yönetim kurulu üyelerinden zararın tazminini talep edebilme hakkı tanınmıştır.

Tam hâkimiyette farklılık arz eden bir diğer özellik ise, hâkim şirketin talimat serbestisinin bulunmasıdır. TTK m. 203 uyarınca hâkim şirket, bağlı şirketin kaybına sebebiyet verecek talimatlar verebilmektedir, bağlı şirket ise bu talimatlara uymakla yükümlüdür. Ancak bu talimatın verilebilmesinin, topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olması gerektiği kuralı getirilmiştir. TTK m. 204 ile bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürecek veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açacak talimatların verilmesi yasaklanarak talimat serbestisinin sınırları çizilmiştir. O halde, tam hâkimiyetteki talimat serbestisinin sınırlarını "topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olma" ve "talimatın bağlı şirketin mahvına sebebiyet vermemesi" şeklindeki düzenlemeler oluşturmaktadır³⁶.

TTK m. 203'de bağlı şirketin talimatlara uyma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bu kapsamda bağlı şirket yönetim kurulunun kayıp doğurucu talimatlara dahi uyması gerekmektedir. Doktrinde talimat kavramı daha emredici bir anlama gelmekle birlikte kanun koyucunun burada bilinçli bir tercihle talimat kavramını kullandığı ifade edilmektedir³⁷. Özetle, tam hâkimiyette talimatla bağlılık yükümlülüğü

is obliged to comply even with instructions that cause loss. Although the concept of instruction has a more mandatory meaning in the doctrine, it is stated that the legislator has used the concept of instruction with a conscious preference here³⁷. In summary, the irresponsibility of the members of the board of directors of the subsidiary company is envisaged in parallel with the obligation to comply with instructions in full control. In full control, the balance of interests is constructed differently from partial control, and a different liability regime is adopted in terms of liability. In parallel with the obligation to adhere to the instructions, the subsidiary company cannot be held liable to its own shareholders for the fulfillment of the instructions.

3. Characterization of Liability

Contrary to partial control, in full control, the controlling company shall not be liable to the board of directors of the subsidiary company, but only to the creditors of the subsidiary company. Article 202/1 of the TCC, which regulates the liability in partial dominance, does not include a provision regarding the board of directors of the subsidiary company, but regulates the liability of the controlling company and the members of the board of directors of the subsidiary company who cause the loss against the shareholders and creditors of the subsidiary company. Pursuant to Article 206 of the TCC, in the event that the losses incurred by the subsidiary company are not compensated until the end of the relevant activity year, the subsidiary company's creditors may demand compensation from the parent company and its board members who caused the loss.

Different opinions have been put forward in the doctrine regarding the nature of the liability. Göktürk accepts that the liability of the controlling company in full dominance is a liability arising from the non-realization of the equalization, based on tort and similar to the liability arising from the direction in partial control³⁸. In terms of organ liability, the doctrine asserts that a liability that is closer to de facto organ liability will be in question, since the relationship of dominance is more intense in full domination compared to the liability envisaged in partial domination³⁹.

ne paralel olarak bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumsuzluğu öngörülmüştür. Tam hâkimiyette menfaatler dengesi kısmi hâkimiyetten farklı şekilde kurgulanarak sorumluluk açısından farklı bir sorumluluk rejimi benimsenmiştir. Bağlı şirketin, talimatla bağlılık yükümlülüğüne paralel olarak kendi pay sahiplerine karşı talimatın yerine getirilmesinden ötürü sorumlu tutulamayacağı öngörülmüştür.

3. Sorumluluğun Niteliği

Kısmi hâkimiyetin aksine tam hâkimiyette, hâkim şirketin bağlı şirket yönetim kuruluna karşı sorumlu olmayacağı yalnızca bağlı şirket alacaklılarına karşı sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Kısmi hâkimiyette sorumluluğun düzenlendiği TTK m. 202/1 ise bağlı şirket yönetim kuruluna ilişkin bir düzenleme içermemekte ancak bağlı şirket pay sahipleri ve alacaklıları karşısında hâkim şirket ve onun zarara sebebiyet veren yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenlemektedir. TTK m. 206 uyarınca bağlı şirketin uğramış olduğu kayıpların ilgili faaliyet yılı sonuna kadar denkleştirilmemesi durumunda, bağlı şirket alacaklıları tarafından hâkim şirket ve onun zarara sebebiyet veren yönetim kurulu üyelerinden zararın tazmini talep edilebilecektir.

Sorumluluğun niteliğine ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler öne sürülmüştür. Göktürk, tam hâkimiyette hâkim şirketin sorumluluğunun, denkleştirmenin gerçekleştirilmemesi dolayısıyla ortaya çıkan, haksız fiil temeline dayanan ve kısmi hâkimiyette yönlendirmeden kaynaklanan sorumluluk ile benzer nitelikte bir sorumluluk olduğunu kabul etmektedir³⁸. Organ sorumluluğu bakımından ise doktrinde, kısmi hâkimiyette öngörülen sorumluluğa nazaran tam hâkimiyette hâkimiyet ilişkisi daha yoğun olduğundan fiili organ sorumluluğuna daha da yaklaşan bir sorumluluğun söz konusu olacağı ileri sürülmüştür³⁹.

FOOTNOTE

36 Özcanlı, p. 428.

37 Özcanlı, p. 430.

38 Göktürk, p. 277.

39 Özcanlı, p. 435.

DİPNOT

36 Özcanlı, s. 428.

37 Özcanlı, s. 430.

38 Göktürk, s. 277.

39 Özcanlı, s. 435.

PART 2

4. The Right of Suit Granted to the Creditor of the Subsidiary Company and the Problem of To Whom the Compensation Will Be Paid

It is understood that the main interest that the legislator intends to protect in the relevant provisions of the TCC is the interest of the creditors of the subsidiary company; however, it is not clear whether the interests of the subsidiary company are intended to be protected. Article 206 of the TCC stipulates that the loss incurred as a result of the instructions given by the controlling company must be compensated within that accounting year or an equivalent claim right must be granted. If no equalization is made and no equivalent claim is granted, the creditors who have suffered loss may file a lawsuit for compensation against the controlling company and the members of its board of directors responsible for the loss.

The issue of to whom the indemnity stipulated under Art. 206/1 TCC shall be paid is controversial in the doctrine. It is accepted that the wording of the provision implies that the indemnity shall be paid to the company; however, in the absence of an explicit provision in the TCC, it is accepted that an action for indemnity cannot be filed before the subsidiary company becomes bankrupt⁴⁰. Okutan, on the other hand, accepts that the compensation stipulated herein envisages the payment of the loss of the creditor to the creditor, and therefore the compensation should be paid to the creditor of the subsidiary company⁴¹. Considering the fact that the main loss is suffered by the subsidiary company and if the direct compensation of the creditors is accepted, there will be no need for the equalization institution, it should be accepted that the compensation herein should be paid to the subsidiary company⁴².

5. Compensation

If the controlling company fails to perform the equalization, it shall be liable for the damages incurred by the company's receivables pursuant to Art. 203 TCC. Since Article 204 of the TCC regulates the situations that will directly result in the unlawful exercise of dominance, unlike partial dominance, compensation in terms of full dominance will only be in question in terms of legally permitted instructions. Legally prohibited instructions will result in the direct unlawful

4. Bağlı Şirket Alacaklısına Tanınan Dava Hakkı ve Tazminatın Kime Ödeneceği Sorunu

Kanun koyucunun TTK'nın konuya ilişkin düzenlemelerinde asıl korumak istediği menfaatin, bağlı şirket alacaklılarının menfaati olduğu anlaşılmaktadır, ancak bağlı şirket menfaatlerinin korunmak istenip istenmediği konusunda bir açıklık yoktur. TTK m. 206'da hâkim şirket tarafından verilen talimatlar neticesinde ortaya çıkan kaybın o hesap yılı içinde denkleştirilmesi veya denk bir istem hakkı tanınması gerektiği düzenlenmiştir. Denkleştirme gerçekleştirilmez, denk bir istem hakkı da tanınmazsa zarara uğrayan alacaklılar, hâkim şirkete ve onun kayıptan sorumlu yönetim kurulu üyelerine karşı tazminat davası açabileceklerdir.

TTK m. 206/1'de öngörülen tazminatın kime ödeneceği meselesi doktrinde tartışmalıdır. Hükmün lafzından tazminatın şirkete ödemesinin anlaşılacağı ancak TTK'da açık hüküm bulunmamasıyla bağlı şirket iflas etmeden tazminat davasının açılmayacağı kabul edilmektedir⁴⁰. Okutan ise buradan öngörülen tazminat ile alacaklıların zararının alacaklıya ödenmesinin öngörüldüğünü, dolayısıyla tazminatın bağlı şirket alacaklısına ödenmesi gerektiğini kabul etmektedir⁴¹. Asıl kayba bağlı şirketin uğradığı ve alacaklılarının zararının doğrudan tazmininin kabul edilmesi durumunda denkleştirme kurumuna gerek olmayacağı hususları dikkate alındığında buradaki tazminatın bağlı şirkete ödenmesi gerektiği kabul edilmelidir⁴².

5. Denkleştirme

Denkleştirmeyi gerçekleştirmediği takdirde hâkim şirket, TTK m. 203 uyarınca şirket alacaklılarının bu sebeple uğramış olduğu zarardan sorumlu olacaktır. TTK m. 204 ile kısmi hâkimiyetten farklı olarak doğrudan doğruya hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması sonucunu doğuracak haller düzenlendiğinden tam hâkimiyet bakımından denkleştirme ancak hukuken izin verilen talimatlar bakımından söz konusu olacaktır. Hukuken yasak olan talimatlar TTK m. 204 kapsamında

exercise of control within the scope of Art. 204 TCC, and it will not be possible to apply for equalization in terms of instructions that cause the subsidiary to lose significant assets or endanger its existence, or that clearly exceed its solvency. The legislator grants the possibility of equalization only in limited circumstances where the unlawful exercise of control is permitted.

D. Compensation Lawsuit for Liability Arising from Damages Caused by Structural Decisions in the Subsidiary Company

1. General

Article 202/2 of the TCC explicitly regulates the liability of the subsidiary company arising from structural decisions that do not have an understandable justifiable reason. This provision aims to protect the non-group shareholders. In this context, the non-group shareholders may demand the compensation of the damage arising from the transaction they oppose and the purchase of their shares, without any loss of the subsidiary company. Contrary to Art. 202/1 TCC, in Art. 202/2 TCC, it is not a determining factor whether the subsidiary has suffered a loss or not in determining the unlawful exercise of control. As it is understood from the preamble and the wording of the provision, the main purpose of the provision is to protect the non-group shareholders from the loss of the subsidiary

hâkimiyetin doğrudan doğruya hukuka aykırı kullanılması sonucunu doğuracak, bağlı şirketin önemli varlıklarını kaybetmesine yol açan veya varlığını tehlikeye düşüren ya da ödeme gücünü açıkça aşan talimatlar bakımından denkleştirme imkanına başvurmak mümkün olmayacaktır. Kanun koyucu, ancak hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasına izin verilen haller ile sınırlı olarak denkleştirme imkânı tanımaktadır.

D. Bağlı Şirkette Yapısal Kararlar Alınması Nedeniyle Meydana Gelen Zararlardan Doğan Sorumlulukta Tazminat Davası

1. Genel

TTK m. 202/2'de bağlı şirket bakımından açıkça, anlaşılabilir haklı bir sebebi olmayan yapısal kararlar alınmasından doğan sorumluluk düzenlenmektedir. Bu hüküm ile topluluk dışı pay sahiplerinin korunması amaçlanmaktadır. Bu kapsamda, topluluk dışı pay sahipleri tarafından bağlı şirketin herhangi bir kaybının doğması aranmaksızın, muhalif oldukları işlemde doğan zararın giderilmesi ve paylarının satın alınması talep edilebilecektir. TTK m. 202/1'in aksine TTK m. 202/2'de hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasının tespitinde bağlı şirketin zarara uğrayıp uğramadığı belirleyici bir unsur değildir. Gereğinden ve hükmün lafzından anlaşıldığı üzere hükmün asıl amacı, topluluk dışı pay sahiplerini bağlı şirket zararından uzak tutmaktır. Doktrinde, TTK m. 202/2 ile genel



FOOTNOTE

40 Abuzer Kendigelen, New Turkish Commercial Code: Amendments, Innovations and First Determinations, 3rd Edition, Istanbul 2016, p. 189

41 Okutan Nilsson, p. 435.

42 Özcanlı, p. 439.

DİPNOT

40 Abuzer Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Baskı, İstanbul 2016, s. 189.

41 Okutan Nilsson, s. 435.

42 Özcanlı, s. 439.

PART 2

company. In the doctrine, this provision has been criticized on the grounds that Article 202/2 of the TCC makes the validity of the general assembly resolutions dependent on the criterion of just cause, that an investigation based on the criterion of serving the interests of the subsidiary company would violate the prohibition of subsidiary control, and that the law already contains regulations protecting the non-group shareholders in making structural decisions⁴³. Unlike an independent company, the legislator has envisaged a different regulation in terms of the consequences of the general assembly resolutions of the subsidiary company in a group of companies, and based on compliance with the criterion of "serving the interests of the subsidiary company".

It is observed that Art. 202/2 TCC introduces important exceptions to many principles accepted in the law of partnerships. If it is accepted that the application of Art. 202/2 of the TCC will lead to a review of propriety, all provisions regarding the group of companies will have to be evaluated within this scope. As it is understood from the wording and the preamble of the provision, the companies included in the group of companies are intended to be subject to a different system in terms of general assembly resolutions, and these resolutions are intended to be subject to legal consequences different from the sanction of invalidity under general provisions⁴⁴. In summary, Art. 202/2 of the TCC introduces the criterion of whether the resolutions are in the interest of the subsidiary company, and obliges the controlling shareholder of the controlling company to utilize its voting rights in a way that doesn't harm the subsidiary company when voting on structural choices that will be made at the subsidiary company's general assembly⁴⁵. In this way, the interests of the subsidiary company are prevented from being sacrificed for the interests of the group.

2. Characterization of Liability

In terms of the types of unlawfulness stipulated by Article 202/2 of the TCC, it is possible to divide the nature of the liability into three categories: the extension of the duty of loyalty, the rule of good faith and the principle of exercise of rights with reserve. On the grounds that the liability of the shareholders against the controlling company and the shareholders is based on the principle of good faith in Turkish law; it is accepted in the doctrine that

kurul kararlarının geçerliliğinin haklı sebep ölçütüne bağlandığı, bağlı şirket menfaatine hizmet etme ölçütüne göre yapılacak olan bir araştırmanın yerindelik denetimi yasağını ihlal edeceği ve kanunda yapısal kararların alınmasında topluluk dışı pay sahiplerini koruyucu düzenlemelerin zaten bulunduğu gerekçesiyle bu hüküm eleştirilmiştir⁴³. Kanun koyucu bağımsız bir şirketten farklı olarak, şirketler topluluğundaki bağlı şirketin genel kurul kararlarının sonuçları bakımından farklı bir düzenleme öngörmüş ve "bağlı şirket menfaatine hizmet etme" ölçütüne uygunluğu esas almıştır.

TTK m. 202/2 ile ortaklıklar hukukunda kabul edilen birçok ilkeye önemli istisnalar getirildiği görülmektedir. TTK m. 202/2'nin uygulanmasının yerindelik denetimine yol açacağı kabulü halinde, şirketler topluluğuna ilişkin tüm hükümlerin bu kapsamda değerlendirilmesi gerekecektir. Hükmün lafzından ve gerekçesinden anlaşıldığı üzere şirketler topluluğuna dahil olan şirketler, genel kurul kararları açısından farklı bir sisteme tabi kılınmak istenmekte ve bu kararlara genel hükümlerde uygulama bulan geçersizlik yaptırımından farklı hukuki sonuçlar bağlanmak istenmektedir⁴⁴. Özetle, TTK m. 202/2 ile kararların bağlı şirket menfaatine uygun olup olmadığı kıstası getirilmiş, bağlı şirket genel kurulunda alınacak yapısal kararlarda hâkim şirketin hâkim pay sahibine oy haklarını bağlı şirketi kayba uğratmayacak şekilde kullanma borcu yüklenmiştir⁴⁵. Bu sayede bağlı şirket menfaatinin topluluk menfaatleri uğruna feda edilmesinin önüne geçilmek istenmektedir.

2. Sorumluluğun Niteliği

Sorumluluğun niteliğini, TTK m. 202/2'nin öngördüğü hukuka aykırılık türleri bakımından sadakat borcunun genişletilmesi, dürüstlük kuralı ve hakların sakınılarak kullanılması ilkesi şeklinde üçe ayırmak mümkündür. Türk hukukunda pay sahiplerinin hâkim şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumluluğunun dürüstlük kuralına dayandırıldığı gerekçesiyle doktrinde; hâkim şirketin genel kurulda kullandığı oy nedeniyle doğan sorumlulu-

the liability arising from the vote cast by the controlling company in the general assembly is based on the principle of extension of the duty of loyalty of the controlling shareholder, and the liability for the observance of the rights of the non-community shareholders is based on the principle of the exercise of rights by preservation of rights, which is also based on the principle of good faith⁴⁶.

Pursuant to Art. 202/2 TCC, the duty of loyalty of the controlling shareholder is extended as to how the controlling shareholder votes in the general assembly of the subsidiary company, and the obligation to protect the interests of the subsidiary company is imposed⁴⁷. Here, the basis of the controlling shareholder's liability is the breach of the duty of loyalty that is exclusive to him. In the doctrine, it is stated that the limits of the duty of loyalty are drawn by the important decisions set forth in Art. 202/2 of the TCC⁴⁸.

In the doctrine, there are different views on the nature of liability, such as liability arising from a debt relationship independent of performance, breach of the duty of loyalty, tort and contractual liability. Determining the basis of liability is important in terms of determining which provisions will be applied.

3. Violation of the Conditions Stipulated Under Art. 202/2 TCC

Structural decisions, mergers, demergers, spin-offs, type changes, etc. are listed in the TCC as illustrative rather than exhaustive. In this way, it is aimed to include important decisions that may lead to structural changes in the scope of application of the provision. Regarding structural changes such as mergers, spin-offs and conversion of type, the provisions to be applied in case of breach of law are regulated under Articles 191-193 of the TCC. There is no priority-subsidary relationship between these provisions and the provisions stipulated for the community of partnerships. The provisions under Art. 202/2 of the TCC do not overlap with these provisions; however, shareholders are granted more comprehensive application rights in the event that these decisions are taken within the group. In the doctrine, it is accepted that these provisions may be applied together to the extent appropriate to the structure of the group of companies⁴⁹.

In each concrete case, the consequences of the decision on the subsidiary company

ğun hâkim pay sahibinin sadakat borcunun genişletilmesi esasına dayandığı, topluluk dışı pay sahiplerinin haklarının gözetilmesi sorumluluğunun da yine dürüstlük kuralı temelli hakların sakınılarak kullanılması esasına dayandığı kabul edilmektedir⁴⁶.

TTK m. 202/2 ile hâkim pay sahibinin sadakat yükümlülüğü, bağlı şirket genel kurulunda ne yönde oy kullanacağı şeklinde genişletilmekte ve bağlı şirketin menfaatini gözetme borcu yüklenmektedir⁴⁷. Burada hâkim pay sahibinin sorumluluğunun temeli sadece kendisine mahsus olan sadakat borcunu ihlal etmesidir. Doktrinde sadakat borcunun sınırının TTK m. 202/2'de belirtilen önemli kararlar ile çizildiği belirtilmektedir⁴⁸.

Doktrinde sorumluluğun niteliği, edimden bağımsız borç ilişkisinden kaynaklanan yükümlülük, sadakat borcunun ihlali, haksız fiil ve sözleşmesel sorumluluk olduğu gibi farklı görüşler bulunmaktadır. Sorumluluğun esasının belirlenmesi, hangi hükümlerin uygulanacağını tespiti açısından önem arz etmektedir.

3. TTK m. 202/2'de Öngörülen Durumlara Aykırılık

TTK'de sayılmış olan yapısal kararlar alınması, birleşme, bölünme, tür değiştirme gibi işlemler tahdidi olmayıp örnekleme olarak sayılmıştır. Bu sayede yapısal değişikliğe yol açabilecek önemli nitelikteki kararların hükmün uygulama alanına dahil edilmesi amaçlanmaktadır. Kanunda birleşme, bölünme, tür değiştirme gibi yapısal nitelikte değişikliklere ilişkin olarak kanunda TTK'nin 191-193. maddeleri arasında hukuka aykırılık durumunda uygulanacak hükümler düzenlenmiştir. Bu hükümler ile ortaklıklar topluluğunda öngörülen hükümler arasında bir öncelik sonralık ilişkisi bulunmamaktadır. TTK m. 202/2'de yer alan düzenlemeler bu hükümler ile çakışmamakta ancak topluluk içerisinde bu kararların alınması durumunda pay sahiplerine daha kapsamlı başvuru hakları tanınmaktadır. Doktrinde ortaklıklar topluluğunun yapısına uygun düştüğü ölçüde bu hükümlere birlikte başvurulabileceği kabul edilmektedir⁴⁹.

Her somut olay bakımından kararın bağlı şirkete meydana getireceği sonuçlar değerlendirilerek

FOOTNOTE

⁴³ Murat Gürel, "On the Necessity of Article 202.2 of the TCC Regarding the Liability of the Controlling Company Due to the Structural Change Decisions Taken in the General Assembly of the Subsidiary Company", *Journal of Banking and Commercial Law*, V. 32, N. 2, 2016, p. 200.

⁴⁴ Özcanlı, p. 448.

⁴⁵ Özcanlı, p. 448.

⁴⁶ Özcanlı, p. 448.

⁴⁷ Ersin Çamoğlu, "Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları", *GÜHFD*, V. 78, N. 2, Ekim 2013, p. 29.

⁴⁸ Okutan Nilsson, p. 391

⁴⁹ Akın, p. 308.

DİPNOT

⁴³ Murat Gürel, "Bağlı Şirket Genel Kurulunda Alınan Yapısal Değişiklik Kararları Nedeniyle Hâkim Şirketin Sorumluluğuna İlişkin TTK Madde 202.2'nin Gerekliliği Üzerine", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 32, S. 2, 2016, s. 200.

⁴⁴ Özcanlı, s. 448.

⁴⁵ Özcanlı, s. 448.

⁴⁶ Özcanlı, s. 448.

⁴⁷ Ersin Çamoğlu, "Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları", *GÜHFD*, C. 78, S. 2, Ekim 2013, s. 29.

⁴⁸ Okutan Nilsson, s. 391

⁴⁹ Akın, s. 308.

PART 2

should be evaluated and it should be decided whether the decision falls within the scope of Art. 202/2 TCC. The decision must be taken as a result of the actual exercise of control by the controlling company. If the decision giving rise to liability is a general assembly resolution, the controlling company must be able to influence the will of the general assembly by exercising its control. This is possible by holding the majority of the voting rights in the subsidiary company, obtaining the majority votes through voting agreements, and creating a position in the general assembly of the subsidiary company in which it can exercise its control in any way.

The decision should not have a justifiable reason that is clearly understandable for the subsidiary company. According to an opinion in the doctrine, the concept of just cause here is not used in a technical sense, and what is meant here is that it is understood that the transaction will cause damage for the subsidiary company and that it is not obligatory for the group to carry out such a transaction⁵⁰. According to another opinion, the concept of just cause is not only related to the interests of the company; it is also obligatory to consider the interests of the objecting shareholders. Since the interests envisaged to be compensated in the provision are the interests of the shareholders of the subsidiary company, it is not possible to make an assessment only with respect to the subsidiary company⁵¹.

In order for the liability arising from Article 202/2 of the TCC to arise, the controlling company must have caused the general as-

sembly resolution of the subsidiary company to be adopted without a justifiable reason, which is clearly understandable for the subsidiary company. Although it is not explicitly stated in the law, the decision in question must serve the interests of the community. Otherwise, this situation means a clearly unlawful exercise of dominance and may be annulled on the basis of the principle of good faith.

sembly resolution of the subsidiary company, which does not have a clearly understandable and justifiable reason for the subsidiary company, shall not necessarily cause a loss for the subsidiary company. Accordingly, the fact that the resolution does not benefit the subsidiary company and does not serve its interests is also deemed sufficient for the liability to arise. Finally, there must be a causal link between the decision taken in the general assembly of the subsidiary company by the dominant company through the exercise of its dominance and the damage suffered by the shareholder of the subsidiary company.

sembly resolution of the subsidiary company to be adopted without a justifiable reason, which is clearly understandable for the subsidiary company. Although it is not explicitly stated in the law, the decision in question must serve the interests of the community. Otherwise, this situation means a clearly unlawful exercise of dominance and may be annulled on the basis of the principle of good faith.

sembly resolution of the subsidiary company to be adopted without a justifiable reason, which is clearly understandable for the subsidiary company. Although it is not explicitly stated in the law, the decision in question must serve the interests of the community. Otherwise, this situation means a clearly unlawful exercise of dominance and may be annulled on the basis of the principle of good faith.

In the doctrine, it is stated that the general assembly resolution of the subsidiary company, which does not have a clearly understandable and justifiable reason for the subsidiary company, shall not necessarily cause a loss for the subsidiary company. Accordingly, the fact that the resolution does not benefit the subsidiary company and does not serve its interests is also deemed sufficient for the liability to arise. Finally, there must be a causal link between the decision taken in the general assembly of the subsidiary company by the dominant company through the exercise of its dominance and the damage suffered by the shareholder of the subsidiary company.

4. Claim Rights and Scope Pursuant to Article 202/2 of the TCC

Article 202/2 of the TCC stipulates that the controlling company shall be liable to the shareholders of the subsidiary company in the event that the controlling company exercises its control by taking structural decisions without a clearly understandable justifiable reason. In this case, the shareholders of the subsidiary company may demand from the controlling company the indemnification of the damage incurred as a result of the decision or the purchase of the shares.

Pursuant to Article 202/2 of the TCC, in the event that the controlling company exercises its dominance unlawfully, the shareholders of the subsidiary company may file a lawsuit for damages against the controlling company or request the purchase of their shares by the controlling company. The purpose of this provision is to compensate the shareholders of the subsidiary company rather than the subsidiary company. The possibility of a general assembly resolution, which does not have a clearly understandable justifiable reason for the subsidiary company, causing a direct damage to the shareholder of the subsidiary company is limited. In terms of indirect damages, the fact that the reference to the liability of the board of directors of a joint

kararın topluluk menfaatine hizmet etmesi aranmaktadır. Aksi takdirde bu durum hâkimiyetin açıkça hukuka aykırı kullanılması anlamına gelmekle dürüstlük kuralı temelinde iptal edilebilecektir.

Doktrinde bağlı şirket açısından açıkça anlaşılabilir, haklı bir sebebi olmayan bağlı şirket genel kurul kararının bağlı şirket açısından muhakkak bir zarara sebebiyet vermiş olması gerekmeceği ifade edilmektedir. Buna göre, alınan kararın bağlı şirket bakımından bir yararının bulunmaması ve menfaatlerine hizmet etmemesi de sorumluluğun doğumu açısından yeterli kabul edilmektedir. Son olarak; hâkim şirketin hâkimiyetini kullanması suretiyle bağlı şirket genel kurulunda alınan karar ile bağlı şirket pay sahibinin uğramış olduğu zarar arasında illiyet bağı bulunmalıdır.

4. 202/2 Uyarınca Söz Konusu Olacak Talep Hakları ve Kapsamı

TTK m. 202/2'de hâkim şirketin, hâkimiyetini açıkça anlaşılabilir haklı bir sebebi bulunmayan yapısal kararlar almak suretiyle kullanılması durumunda bağlı şirket pay sahiplerine karşı sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bu durumda bağlı şirket pay sahipleri hâkim şirketten kararın neticesinde meydana gelen zararın tazminini ya da payların satın alınmasını talep edebileceklerdir.

TTK m. 202/2 uyarınca hâkim şirketin hâkimiyetini hukuka aykırı kullanması durumunda bağlı şirket pay sahiplerine, zararın giderilmesi için hâkim şirkete karşı tazminat davası açma veya paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasını talep etme imkânı tanınmıştır. Bu hüküm ile amaçlanan, bağlı şirketten ziyade bağlı şirket pay sahibinin zararlarının giderilmesidir. Genel kurulda alınmış ve bağlı şirket bakımından açıkça anlaşılabilir haklı sebebi olmayan bir genel kurul kararının bağlı şirket pay sahibi açısından doğrudan bir zarara sebebiyet vermesi ihtimali sınırlıdır. Dolaylı zararlar bakımından ise, TTK m. 202/1'de anonim ortaklık yönetim kurulunun sorumluluğuna ilişkin yapılan atfın TTK m. 202/2'de yapılmamış olması, bu hükümler uyarınca dolaylı zararın talep edilip edilemeyeceği meselesini gündeme getirmektedir. Organ-



FOOTNOTE

50 Çamoğlu, p. 25.

51 Okutan Nilsson, p. 310.

DİPNOT

50 Çamoğlu, s. 25.

51 Okutan Nilsson, s. 310.

PART 2

stock company in Art. 202/1 TCC is not made in Art. 202/2 TCC raises the issue of whether indirect damages can be claimed under these provisions. If the view of organizational liability is accepted, this will not constitute an obstacle for the compensation of indirect damages. The danger of damage is sufficient for the shareholder to bring this claim, but the damage must have occurred in order for the court to award compensation.

Another right that may be asserted based on Article 202/2 of the TCC is the purchase of the shares by the controlling company at the stock exchange or real value or at a value to be determined by a generally accepted method. What needs to be proved here is not that the decision may cause a possible damage, but that the decision has damaged the rights and interests of the shareholders to an unbearable extent. In order to assert these claims, the shareholder of the subsidiary must vote against the resolution at the general assembly meeting where the resolution is adopted and have his/ her opposition recorded in the minutes of the meeting or object to the board of directors' resolution in writing.

In the event that the lawsuit stipulated under Article 202/2 of the TCC is filed, the court orders the controlling company to deposit as collateral an amount of money that covers the potential damages and the purchase value of the shares. Unless the collateral is deposited, no action may be taken regarding the general assembly resolution or the board of directors' resolution. The court will rule on the collateral ex officio and no demand is required. In case the lawsuit is filed in bad faith, the controlling company may also demand the deposit of collateral.



sal sorumluluk görüşünün kabulü halinde bu durum dolaylı zararın tazmini açısından bir engel oluşturmayacaktır. Pay sahibinin bu tazminat talebini yöneltebilmesi açısından zarar tehlikesi yeterlidir ancak mahkemenin tazminata hükmedebilmesi için zararın gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

TTK m. 202/2'ye dayalı ileri sürülecek olan haklardan bir diğeri de, borsa veya gerçek değerinden veya genel kabul gören bir yöntemle belirlenecek bir değerle paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasıdır. Burada ispat edilecek olan şey, kararın muhtemel bir zarara sebebiyet verebileceği değil, karar sebebiyle pay sahiplerinin hak ve menfaatlerini çekilmez kılacak derecede zedelediğidir. Bu taleplerin öne sürülebilmesi açısından bağlı ortaklık ortağının, kararın alındığı genel kurulda ret oyu vererek muhalefetini toplantı tutanağına geçirtmesi veya yönetim kurulu kararına yazılı olarak itiraz etmesi gerekmektedir.

TTK m. 202/2'de öngörülen davanın açılması durumunda mahkeme, hâkim şirket tarafından muhtemel zararlar ve payların satın alma değerini karşılayan tutarda paranın teminat olarak yatırılmasına karar vermektedir. Teminat yatırılmadıkça genel kurul kararına veya yönetim kurulu kararına ilişkin hiçbir işlem yapılamaz. Teminata mahkeme re'sen hükmedecek olup talep gerekmemektedir. Davanın kötü niyetle açılması durumunda hâkim şirket de teminat yatırılmasını talep edebilecektir.

IV. RESOLUTION

It is accepted that the controlling company may exercise control over the subsidiary company through the use of the control instruments stipulated in the TCC. The exercise of dominance does not necessarily constitute a violation of law. In the regime envisaged under the TCC regarding the group of companies, the exercise of dominance through certain instruments such as equalization is permitted, but certain limitations are stipulated in order to prevent unlawful exercise of dominance. As a result, if the loss resulting from the direction and instruction is not made up for and the subsidiary company suffers harm as a result of making structural decisions within the subsidiary company, the controlling company and the members of the controlling company's board of directors will be held accountable for the unlawful exercise of control.

BIBLIOGRAPHY

ABUZER KENDİGELEN, New Turkish Commercial Code: Amendments, Innovations and First Determinations, 3rd Edition, Istanbul 2016.

ERSİN ÇAMOĞLU, Liability Cases Arising from Abuse of Dominance in a Group of Companies, S. 2, 2013.

FATMA BERİL ÖZCANLI, Unlawful Exercise of Dominance in a Group of Companies, 1st Edition, Istanbul 2021.

GÜL OKUTAN NILSSON, Corporate Group, 1. Baskı, Istanbul 2009.

HAMDİ YASAMAN, The Expanding Role of the Judge in the Draft Turkish Commercial Code, Banking and Commercial Law Journal, S. 4, 2009.

HASAN PULAŞLI, According to the Draft Turkish Commercial Code, the Basic Characteristics of the Group of Companies and Trust Liability of the Parent Corporation, Gazi University Journal of Law Faculty, S. 1, 2007.

İRFAN AKIN, Corporate Group Liability Law, First Press, Ankara 2014.

KÜRŞAT GÖKTÜRK, Principles of Liability in Group Companies, Second Press, Ankara 2022.

MURAT GÜREL, "On the Necessity of Article 202.2 of the TCC Regarding the Liability of the Controlling Company Due to the Structural Change Decisions Taken in the General Assembly of the Subsidiary Company", Banking and Commercial Law Journal, C. 32, S. 2, 2016.

NECLA AKDAĞ GÜNEY, Legal Liability of the Members of the Board of Directors of Joint Stock Companies, 2nd Edition, Istanbul 2010.

IV. SONUÇ

TTK'de öngörülen hâkimiyet araçlarının kullanılması suretiyle hâkim şirketin, bağlı şirket üzerinde hâkimiyet kurabileceği kabul edilmiştir. Hâkimiyetin kullanılması her durumda hukuka aykırılık teşkil etmez. TTK'de şirketler topluluğuna ilişkin öngörülen rejimde, denkleştirme gibi birtakım vasıtalarla hâkimiyetin kullanılabilmesine müsaade edilmiş ancak hukuka aykırı kullanımının önüne geçilmesi için bazı sınırlamalar öngörülmüştür. Buna göre yönlendirme ve talimattan doğan kaybin denkleştirilmemesi durumunda ve bağlı şirkette yapısal kararlar alınması suretiyle bağlı şirketin zarara uğratılması durumunda, hâkim şirket ve hâkim şirket yönetim kurulu üyelerinin hâkimiyetin hukuka aykırı kullanımından dolayı sorumluluğu doğacaktır.

KAYNAKÇA

ABUZER KENDİGELEN, Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Baskı, Istanbul 2016.

ERSİN ÇAMOĞLU, Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları, S. 2, 2013.

FATMA BERİL ÖZCANLI, Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, 1. Baskı, Istanbul 2021.

GÜL OKUTAN NILSSON, Şirketler Topluluğu, 1. Baskı, Istanbul 2009.

HAMDİ YASAMAN, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Hâkimin Genişleyen Rolü, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S. 4, 2009.

HASAN PULAŞLI, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğunun Temel Nitelikleri ve Hâkim Şirketin Güven Sorumluluğu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2007.

İRFAN AKIN, Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2014.

KÜRŞAT GÖKTÜRK, Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları, 2. Baskı, Ankara 2022.

MURAT GÜREL, "Bağlı Şirket Genel Kurulunda Alınan Yapısal Değişiklik Kararları Nedeniyle Hâkim Şirketin Sorumluluğuna İlişkin TTK Madde 202.2'nin Gerekliği Üzerine", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 32, S. 2, 2016.

NECLA AKDAĞ GÜNEY, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, Istanbul 2010.

PART 3

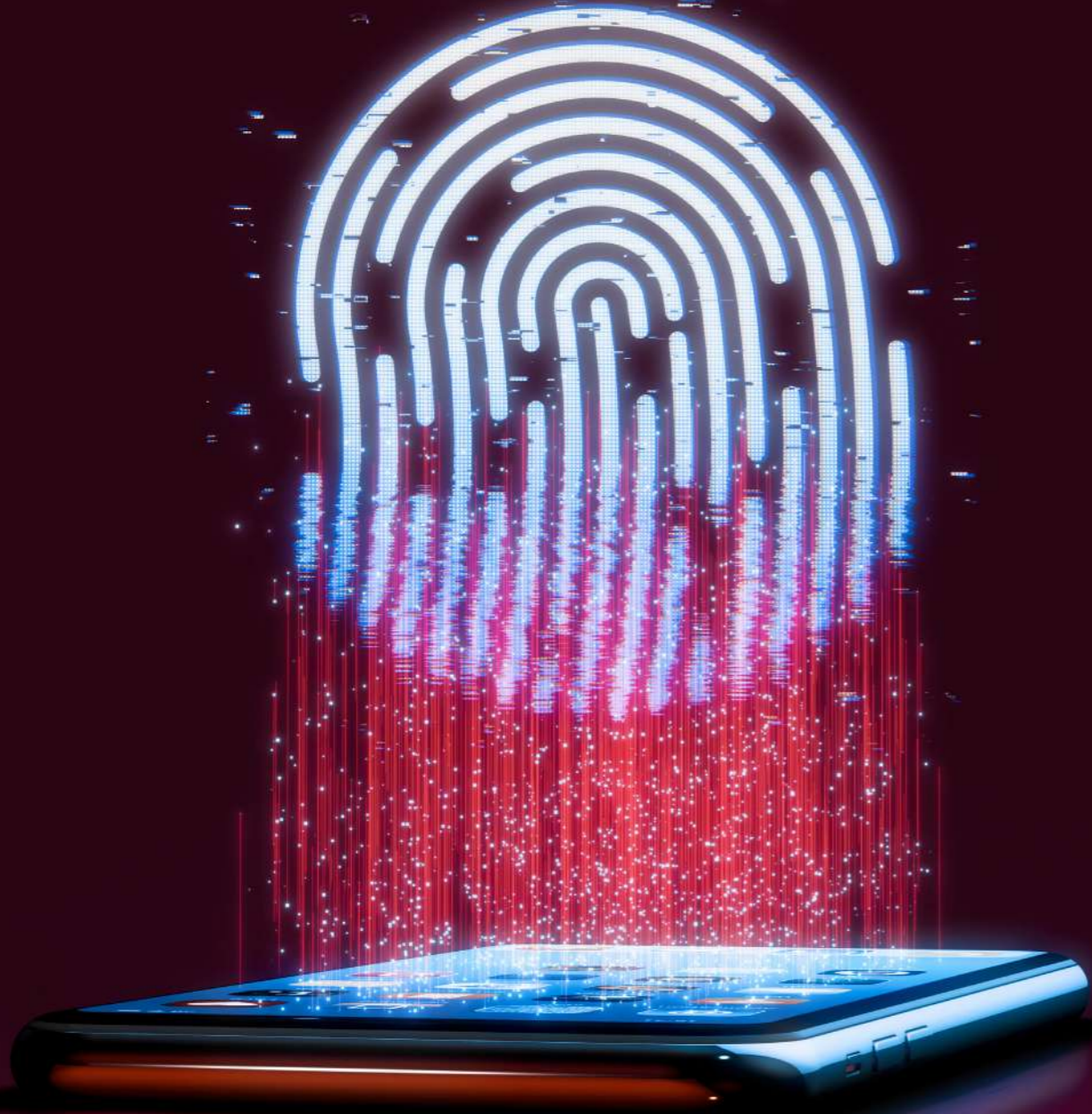
THE EVIDENTIAL NATURE OF ELECTRONIC DATA

ELEKTRONİK ORTAMDAKİ VERİLERİN DELİL NİTELİĞİ

KEREM FİNCAN

AYŞENUR İLİK

DİLARA ÖZSAVRAN



PART 3

ABSTRACT | ÖZET

If there is electronic data gathered legally, there are distinct regulations in criminal and civil jurisdictions that allow this electronic data to be deemed evidence.

Hukuka uygun bir şekilde elde edilen elektronik verinin mevcudiyeti durumunda, söz konusu bu elektronik verinin delil olarak değerlendirilebilmesi için ceza yargılamasında ve hukuk yargılamasında farklı düzenlemeler mevcuttur.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELEER

Prima Facie Evidence, Electronic Document, Electronic Evidence, Proof, Evidence.

Delil Başlangıcı, Elektronik Belge, Elektronik Delil, İspat, Delil.

I. INTRODUCTION

In today's world, considering the advancements in information technology and systems, it is undeniable that individuals and societies communicate through electronic platforms and share information and documents almost in every aspect of life. Moreover, not only communication needs are met through these electronic environments, but economic and social relationships are also significantly conducted via electronic media.

Given the integration of software, applications, and similar tools in our lives in the electronic environment, it is evident that the examination and evaluation of data in these electronic environments should be considered from a legal perspective.

In this study, particular emphasis will be placed on evaluating the evidentiary qualities of electronic data, and along with relevant legislation provisions, judicial decisions and doctrinal opinions will also be addressed.

The first section of my study will initially provide definitions for concepts such as electronic environment, electronic data, and evidence. Subsequently, the evidentiary

I. GİRİŞ

Günümüz dünyasında bilişim ve teknoloji sistemlerinde meydana gelen gelişmeler düşünüldüğünde, bireylerin ve toplumların neredeyse hayatın her alanında elektronik ortamlar üzerinden iletişime geçtiği ve yine bu elektronik ortamlar vesilesiyle bilgi ve belge paylaştıkları yadsınamaz bir gerçekliktir. Üstelik bu elektronik ortamlar vesilesiyle yalnızca iletişim ihtiyacı giderilmemekte; ekonomik ve sosyal ilişkiler de önemli ölçüde elektronik mecralar kanalıyla yürütülmektedir.

Elektronik ortamdaki yazılım, uygulama ve benzeri araçların hayatımıza bu denli entegre olduğu düşünüldüğünde, söz konusu bu elektronik ortamlardaki verilerin hukuki olarak incelenmesi ve değerlendirilmesi gerektiği de açıkça ortadadır.

Bu çalışmada özellikle, elektronik ortamdaki verilerin delil nitelikleri üzerinde değerlendirme yapılacak ve konuya ilişkin mevzuat hükümleriyle birlikte, yargı kararlarına ve doktrin görüşlerine de yer verilecektir.

Çalışmanın ilk bölümünde öncelikle elektronik ortam, elektronik veri, delil gibi kavramların tanımlamalarına yer verilecek ve akabinde elektronik ortamlardaki verilerin



qualities of data in electronic environments will be assessed separately in terms of Criminal Procedure and Civil Procedure.

II. CONCEPTS

Before delving into a detailed examination of the evidentiary qualities of data in electronic environments, it is beneficial to explain what is meant by the concept of an electronic environment and the meaning of electronic data.

First and foremost, the concept of an electronic environment refers to the medium where data is digitized, processed, stored, and transmitted. Each data processed in this electronic environment is referred to as electronic data.

In essence, the term "data" refers to information obtained through statistical, measurement, and similar methods. In doctrine, data is defined as the transformed form of information into a specific format, the information on which the computer operates¹. Data should be processable using data processing and storage tools in the electronic environment. Ultimately, what gives data its electronic nature are these characteristics of emergence and storage. The concept of electronic data represents a virtual entity. Therefore, it does not refer to tangible, concrete evidence. It is

delil nitelikleri Ceza Yargılaması ve Hukuk Yargılaması bakımından ayrı ayrı değerlendirilecektir.

II. KAVRAMLAR

Elektronik ortamdaki verilerin delil niteliklerinin detaylı olarak incelenmesinden önce elektronik ortam kavramıyla ifade edilmek istenilenin ne olduğunu ve elektronik veri ifadesinin hangi anlama geldiğini açıklamakta fayda bulunmaktadır.

İlk olarak elektronik ortam kavramı; verilerin sayısallaştırılarak işlenmesinin, saklanması ve iletilmesinin sağlandığı ortamı ifade etmektedir. Söz konusu bu elektronik ortamda işlenen her bir veri ise elektronik veri olarak adlandırılmaktadır.

Aslında, veri kelimesiyle ifade edilmek istenilen şey istatistik, ölçme ve benzeri metotlarla elde edilmiş olan bilgidir. Doktrinde veri, bilgilerin belirli bir formata dönüştürülmüş hali, bilgisayarın çalıştığı bilgiler olarak da tanımlanmaktadır¹. Veriler, elektronik ortamdaki veri işleme ve saklama araçlarıyla işlenebilir olmalıdır. Nihayetinde veriye elektronik olma özelliğini veren şey, verinin ortaya çıkma ve saklama şekillerindeki bu özellikleridir. Elektronik veri kavramı, sanal bir varlığı ifade etmektedir. Dolayısıyla elle tutulabilir, somut

FOOTNOTE

¹ Yılmaz Yazıcıoğlu, Computer Crimes, 1st Edition, Istanbul, Alfa Publications, 1997, p. 29.

DİPNOT

¹ Yılmaz Yazıcıoğlu, Bilgisayar Suçları, 1. Baskı, İstanbul, Alfa Yayınları, 1997, s. 29.

PART 3

important to note that electronic data can be materialized through certain tools. For example, printing out an email correspondence, recording a voice message onto a cassette tape, or displaying data on a monitor are examples of materializing electronic data.

The definition of data and electronic data concepts is provided in the Regulation on the Execution of Administrative and Clerical Services of Regional Courts and Courts of First Instance and Public Prosecutors' Offices. According to the definition given in the regulation, data refers to any kind of value that can be processed by a computer, while electronic data refers to records created, shared (transmitted), or stored through electronic means.

Email communications, WhatsApp discussions, voice recordings, video and photo images, faxes, and a variety of other records can all be considered electronic data. The necessary conditions for considering it electronic data are the generation, transmission, and storage of data in electronic format. Records that do not meet these conditions and are generated outside the electronic environment do not have the nature of electronic data. Ultimately, the definition of electronic evidence can be described as information and data processed and stored on a digital medium or transmitted through these means, which may have legal value in criminal and civil proceedings.



bir delilden söz edilmemektedir. Tam da bu noktada önemle belirtmek isteriz ki elektronik verilerin de birtakım araçlar kanalıyla somutlaştırılması mümkündür. Örneğin bir e-mail yazışmasının kâğıda dökülmesi ya da bir ses kaydının kasete çekilmesi yahut bir monitör vasıtasıyla gözle görünür hale getirilmesi elektronik verilerin somutlaştırılmasına verilebilecek örneklerdendir.

Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik'te de veri ve elektronik veri kavramlarının tanımı yapılmıştır. Yönetmelikte yapılan bu tanımlamaya göre veri, üzerinde bilgisayar tarafından işlem yapılabilen her türlü değeri; elektronik veri kavramı ise elektronik yollarla oluşturulan, paylaşılan (nakledilen) ya da muhafaza edilen kayıtları ifade etmektedir.

Elektronik veri tanımının içerisinde e-posta gönderileri, whatsapp yazışmaları, ses kayıtları, video ve fotoğraf görüntüleri, faks ve benzeri birçok kayıt sayılabilir. Elektronik veriden söz edilebilmesi için gerekli olan şartlar; verinin elektronik ortamda üretilmesi, taşınması ve saklanmasıdır. Bu şartları sağlayan, elektronik ortam dışında üretilen kayıtlar elektronik veri niteliğinde değildir. Nihayetinde elektronik delil kavramının tanımını da, dijital bir ortam üzerinde işlenen ve saklanan veya bu araçlar aracılığıyla iletilen, ceza yargılaması ve hukuk yargılaması açısından hukuki değeri olabilecek bilgi ve veriler şeklinde yapabiliriz.

Especially since the early 2000's when internet usage started to increase, the question of whether data in electronic environments have evidential value from a legal perspective has been a subject of debate. Nowadays, electronic evidence is the most crucial evidence and defense tool in many judicial activities. Consequently, it is clear that traditional methods of gathering evidence fall short, especially in cases involving crimes committed using electronic means.

III. THE EVIDENTIARY VALUE OF ELECTRONIC DATA

Legislators have introduced regulations through relevant laws and regulations to provide access to digital data in terms of both Criminal Procedure and Civil Procedure. Therefore, as technology continues to expand, the widespread use of digital technology, which forms the foundation of computers, becomes certain. Consequently, data found in electronic environments has started to be included as evidence in criminal proceedings and other relevant laws.

A. Regarding Criminal Proceedings

Given the rapid advancement of information technology and its incorporation into nearly every area of our lives, new procedures and regulations in Criminal Procedure Law have become necessary for the effective investigation and prosecution of committed crimes. In response to these requirements, lawmakers have included provisions in Criminal Procedure laws that allow access to data in digital environments.

Given the nature of electronic data, which can be copied, moved, or lost within seconds, it is necessary to introduce regulations that minimize the inability to access such evidence. Otherwise, there could be situations where the required evidence for proving crimes committed in electronic environments, whether by the perpetrators of digital crimes or through digital evidence for other crimes, cannot be obtained. Undoubtedly, this situation would adversely affect the outcome of the judicial process, prompting lawmakers and courts to regu-

Özellikle internet kullanımının artmaya başladığı 2000'li yılların başlarından itibaren, elektronik ortamlardaki verilerin hukuki açıdan delil niteliğine haiz olup olmadıkları tartışma konusu olmuştur. Zira günümüzdeki yargılama faaliyetlerinin birçoğunda en önemli delil ve savunma aracı elektronik delillerdir. Hal böyle olunca da özellikle elektronik ortam üzerinden işlenen suçlar bakımından klasik delil elde etme yöntemlerinin yetersiz kaldığı açıkça görülmektedir.

III. ELEKTRONİK ORTAMDAKİ VERİLERİN DELİL NİTELİĞİ

Kanun koyucular da gerek Ceza Yargılaması bakımından gerekse de Hukuk Yargılaması bakımından ilgili kanun ve yönetmeliklerle dijital ortamlardaki verilere erişme imkânı sağlayan düzenlemeler getirmişlerdir. Bu itibarla teknolojinin giderek yaygınlaşması sonucunda bilgisayarın temelini oluşturan dijital teknolojinin de yaygınlaşması kaçınılmaz bir son olarak karşımıza çıkmaktayken, elektronik ortamlarda bulunan veriler de ceza muhakemesinde ve diğer ilgili kanunlarda delil olarak yer almaya başlamıştır.

A. Ceza Yargılaması Bakımından

Bilişim teknolojilerinin hızlı bir şekilde gelişmesi ve neredeyse hayatımızın her anında ayrılmaz bir parçamız haline gelmesi karşısında Ceza Muhakemesi Hukuku da işlenen suçların etkin şekilde soruşturulması ve yargılanması bakımından yeni yöntemlere ve düzenlemelere başvurulmasını zorunlu kılmıştır. Ortaya çıkan bu gereklilikler karşısında kanun koyucu da dijital ortamlardaki verilere erişme imkânı sağlayan birtakım düzenlemelere Ceza Muhakemesi Kanunlarında yer vermişlerdir.

Elektronik ortamda bulunan verilerin; saniyeler içerisinde kopyalanabilme, taşınabilme veya kaybedilebilme nitelikleri düşünüldüğünde, söz konusu delillere başvuramama durumunu en aza indirgeyecek şekilde düzenlemeler getirilmesi gereklidir. Aksi takdirde, elektronik ortamda işlenen suçların faillerinin veya elektronik ortamda işlenmesi dahi dijital nitelikteki delillerle açıklığa kavuşturulabilecek bu suçların ispatı için aranan delillerin elde edilememesi durumu ile karşı karşı-

PART 3

late the evidentiary nature of data in electronic environments.

Particularly in cases involving the use of computer technologies to commit crimes, it has been observed that traditional methods of evidence collection do not adequately meet the needs for effective investigation and prosecution. Since electronic data in computer-based crimes does not exist as tangible or physically accessible entities, these data are stored using ever-evolving and renewing technologies and can easily be transferred from one place to another. It is important to emphasize that in criminal proceedings, the data itself, which holds evidentiary value, rather than the hardware device in which the electronic data resides, is crucial.

In Criminal Procedure Law, evidence collection can only commence once the conditions prescribed by the law are met. In other words, evidence can only be collected when the conditions stipulated by the law are fulfilled. The necessary condition for the collection of evidence is commonly referred to as "reasonable suspicion" in legislation and doctrine.

The concept referred to as "reasonable suspicion," needs to be evaluated separately for each specific incident. Therefore, from the investigation stage to every phase of the trial, when collecting evidence, the presence of this reasonable suspicion should be questioned. Otherwise, the evidence obtained could become unlawfully obtained. Ultimately, if reasonable suspicion is established as a legal requirement, according to the provisions of the Criminal Procedure Code, a search warrant can be issued, and other protective measures can be taken.

When it comes to the collection of digital evidence, just like in traditional evidence, the crime scene holds significant importance and prominence. This is because the correct collection and examination of evidence depend on the initial intervention at the crime scene. At this point, it is crucial to emphasize that tampering with traditional evidence can easily be detected, while any alteration made to digital evidence can be identified by specialized experts that may not be apparent to an external observer. Therefore, the extraction, preservation, and examination of electronic evidence hold great importance for the integrity of the trial.

ya kalınabilmektedir. Hiç şüphesiz bu durum da yargılama faaliyetinin sonucuna olumsuz yönde etki edeceğinden, kanun koyucu ve mahkemeler, elektronik ortamdaki verilerin delil niteliği konusunda düzenleme yapmak durumunda kalmışlardır.

Özellikle bilgisayar teknolojilerinin kullanılması suretiyle işlenen suçlarda, klasik delil toplama yöntemlerinin etkili bir soruşturma ve kovuşturma için ihtiyaçları karşılamadığı gözlemlenmektedir. Zira bilgisayar teknolojileri kullanılarak işlenen suçlardaki elektronik veriler gözle görülebilen ya da elle tutulabilen maddi birer varlık olmadıklarından bu veriler her gün gelişen ve yenilenen teknoloji kullanılarak depolanmakta ve aynı şekilde bir yerden başka bir yere kolaylıkla nakledilebilmektedir. Tam da bu noktada önemle belirtmek isteriz ki elektronik verilerin içerisinde yer aldığı somut bir donanım aygıtı bulursa dahi ceza yargılaması bakımından delil teşkil eden veriler bu donanım aygıtının kendisi değil, içerisinde yer alan dijital nitelikteki verilerdir.

Ceza Muhakemesi Hukuku'nda, kanunun öngördüğü şartların gerçekleşmemesi halinde delillerin toplanmaya başlanması mümkün değildir. Daha açık bir ifadeyle; deliller, yalnızca kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesiyle birlikte toplanabilmektedir. Delillerin toplanabilmesi için gerekli olan şart mevzuatta ve doktrinde "makul şüphe" olarak ifade edilmektedir.

Makul şüphe olarak adlandırılan bu kavramın, somut her olay bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerektiği açıkça ortadadır. Dolayısıyla soruşturma aşamasından başlayarak yargılamanın her aşamasında delil toplanırken, söz konusu bu makul şüphenin varlığı sorgulanmalıdır. Aksi durumda elde edilecek olan delil, hukuka aykırı şekilde elde edilen bir delil haline gelebilecektir. Nihayetinde, yasal şart olarak düzenlenen makul şüphenin varlığı halinde Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri gereğince arama kararı verilebilecek ve diğer koruma tedbirlerine başvurulabilecektir.

Dijital delillerin toplanmasında, klasik delillerde olduğu gibi olay yerinin oldukça önemli olduğu ve öne çıktığı bir durum söz konusudur. Çünkü delillerin doğru bir şekilde toplanması ve incelenmesi, olay yerinde yapılan ilk müdahalenin doğru yapılmasına bağlıdır. Tam da bu noktada önemle belirtmek isteriz ki klasik deliller üzerinde yapılan

In addition to these unique features of these electronic evidence, first of all, in order for these electronic data to be qualified as evidence, they must have been obtained in accordance with the provisions of Article 134 and the relevant articles of the Code of Criminal Procedure². In other words, the protection measures regarding electronic data must be strictly complied with.

The regulations on electronic evidence in the Turkish Criminal Law system are set forth in Article 134 et seq. of the Code of Criminal Procedure. In particular, the "search, copying and seizure of computers, computer programs and logs" procedures regulated under Article 134 are deemed possible with a judge's decision in cases where there is a strong suspicion of a crime and there is no other means of obtaining evidence, as



explained above. However, it is also stipulated that in cases of delay, this decision may be made by the public prosecutor, provided that it is subsequently submitted to the approval of the judge. Search, copy and seizure of computers, computer programs and logs are of great importance, especially in obtaining electronic evidence related to cybercrimes³.

As explained in detail above; in the process after the evidence in electronic media is obtained, the necessary examinations and procedures such as preparing reports and expressing opinions should be carried out by IT experts.

oyunmalar kolaylıkla tespit edilebilmekle birlikte; dijital ortamdaki bir delil üzerinde değişiklik yapılması durumunda bu değişiklik, dışarıdan bakıldığında fark edilmesi mümkün olmayan, özel uzmanlar tarafından tespit edilebilir niteliktedir. Hâl böyle olunca da gerek elektronik ortamdaki delillerin celbedilmesi gerekse de muhafazası ve incelemesi yargılamanın selameti açısından büyük önem arz etmektedir.

Elektronik ortamdaki bu delillerin kendilerine has olan bu özelliklerinin yanı sıra her şeyden önce söz konusu bu elektronik verilerin delil olarak nitelendirilebilmeleri için; Ceza Muhakemesi Kanunu'nun² m. 134 ve devamı hükümleriyle birlikte ilgili yönetmeliklerdeki düzenlemelere göre elde edilmiş olması yani elektronik verilere ilişkin koruma tedbirlerine harfiyen riayet edilmiş olması gerekmektedir.

Türk Ceza Hukuku sistemindeki elektronik delillere ilişkin düzenlemeler Ceza Muhakemesi Kanunu'nun m. 134 ve devamı hükümlerinde yer almaktadır. Özellikle m. 134 hükmünde düzenlenen "bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma" işlemleri yukarıda açıklandığı şekilde kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu ve başka türlü delil elde etme imkanının bulunmadığı hallerde hâkim kararıyla mümkün görülmüştür. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, söz konusu bu kararın sonradan hâkim onayına sunulmak kaydıyla Cumhuriyet Savcısı tarafından verilebileceği de hüküm altına alınmıştır. Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve

FOOTNOTE

² Art. 134 et seq. of the Code of Criminal Procedure No. 5271, Official Gazette (RG) dated 17.12.2004 and numbered 25673.

³ Yusuf Başlar, "Electronic Evil in Criminal Trial", Journal of Uyuşmazlık Mahkemesi, Issue 13, 2013, p. 85.

DİPNOT

² 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 134 vd. 17.12.2004 tarih, 25673 sayılı Resmi Gazete (RG).

PART 3

Within the framework of all these explanations; we would like to emphasize that the data in the electronic environment, if obtained in accordance with the law, are of great importance in terms of criminal proceedings both at the investigation and prosecution stages, and that in today's digital age, it is an inevitable end that the data in the electronic environment is qualified as evidence.

Finally, the decisions of the Court of Cassation regarding the evidentiary quality of electronic data also state that "digital data obtained in accordance with the procedure have the quality of evidence"⁴.

B. In Terms of Civil Proceedings

Just as in criminal proceedings, the use of electronic evidence in civil proceedings has become inevitable. In order for the trial to be conducted in a healthy manner and for the judgment to be established as a result of the trial to satisfy the need for justice to the highest degree, the trial activity must be able to keep pace with today's technological developments.

In the Code of Civil Procedure⁵, which determines the procedures and principles in civil proceedings, unlike criminal proceedings, there are no regulations directly referring to forensic informatics, but there are regulations that allow forensic informatics examinations.

Considering the rapid pace of developments in the field of technology, many disputes may arise in civil proceedings in which information systems are used as a purpose or tool. Therefore, it is quite normal that the procedures and principles of civil proceedings need to be revised in line with these technological developments. As such, the need for electronic evidence and therefore

kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma özellikle bilişim suçlarına ilişkin elektronik delillerin elde edilmesinde büyük önem arz etmektedir³.

Yukarıda da detaylıca izah olunduğu üzere; elektronik ortamdaki delillerin elde edilmesinden sonraki süreçte, gerekli incelemelerin yapılması ve rapor düzenlenmesi, görüş bildirilmesi gibi işlemlerin bilişim uzmanları tarafından yapılması gerekmektedir.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde; elektronik ortamda bulunan verilerin, hukuka uygun şekilde elde edilmeleri halinde gerek soruşturma gerekse de kovuşturma aşamasında ceza yargılaması bakımından son derece büyük önem arz ettiklerini, günümüz dijital çağında elektronik ortamdaki verilerin delil olarak nitelendirilmesinin kaçınılmaz bir son olduğunu önemle belirtmek isteriz.

Son olarak, elektronik ortamdaki verilerin delil niteliği bakımından verilen Yargıtay kararlarında da "usulüne uygun şekilde elde edilen dijital verilerin delil niteliğine haiz oldukları" belirtilmektedir⁴.

B. Hukuk Yargılaması Bakımından

Tıpkı ceza yargılamasında olduğu gibi hukuk yargılamasında da elektronik ortamdaki delillere başvurulması kaçınılmaz hale gelmiştir. Zira yargılamanın sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi ve yargılama sonucunda kurulacak hükmün adalet ihtiyacını en yüksek derecede giderebilmesi için, yargılama faaliyetinin günümüzün teknolojik gelişmelerine ayak uydurabilmesi gerekmektedir.

Hukuk yargılamasındaki usul ve esasların belirtildiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda⁵, ceza yargılamasının aksine adli bilişime direkt olarak atıf yapılan herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte adli bilişim incelemelerine cevaz veren düzenlemeler bulunmaktadır.

Teknoloji alanındaki gelişmelerin bu denli hızlı cereyan ettiği düşünüldüğünde, hukuk yargılaması bakımından da bilişim sistemlerinin amaç veya araç olarak kullanıldığı birçok uyuşmazlık gündeme gelebilmektedir. Dolayısıyla hukuk yargılamasının usul ve esaslarının bu teknolojik gelişmeler doğrultusunda revize edilmeye ihtiyaç duyması son derece olağan bir durumdur. Hâl böyle olunca artık

the need for forensic informatics specialists in civil proceedings is increasing.

According to the Code of Civil Procedure, written or printed texts, deeds, drawings, plans, sketches, photographs, films, video or sound recordings, electronic media data and similar information carriers that are suitable to prove the facts in dispute are documents in civil proceedings⁶.

As it is clearly understood from the relevant legal regulation; in addition to digital data such as photographs, sound recordings, images, "data in digital media and similar information carriers" have also gained the quality of evidence.

According to the Code of Civil Procedure, unless a specific burden of proof is stipulated in the law, other evidence that is not regulated in the law in any way may be used⁷. As a result of this regulation, electronic data may also be submitted to the file as evidence. However, at this point, we would like to emphasize that the cases where the obligation of proof by hard documentary evidence is regulated are exceptions to the regulation on the use of electronic data as evidence.

If it's required to consider data from electronic media while examining the rule of proof by hard documented evidence in civil proceedings; in order for a document to be accepted as a "hard documentary evidence" in terms of the law of proof, the authenticity of the document in question must be determined without any doubt. This determination is

hukuk yargılamasında da elektronik delillere ve dolayısıyla adli bilişim uzmanlarına olan ihtiyaç giderek artmaktadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre; uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcılarının hukuk yargılamasına göre belge niteliğindedirler⁶.

İlgili yasal düzenlemeden de açıkça anlaşıldığı üzere; fotoğraf, ses kaydı, görüntü gibi dijital verilerin yanında, "Dijital ortamdaki veriler ve buna benzer bilgi taşıyıcıları" da delil niteliğini kazanmışlardır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, kanunda ayrıca belirli bir ispat zorunluluğu öngörülmemiş ise herhangi bir şekilde kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilmektedir⁷. Söz konusu bu düzenleme neticesinde, elektronik ortamdaki veriler de delil olarak dosyaya sunulabilmektedir. Ancak tam da bu noktada önemle belirtmek isteriz ki senetle ispat zorunluluğunun düzenlendiği haller, elektronik verilerin delil olarak kullanılabilmesine ilişkin düzenlemenin istisnasıdır.

Hukuk yargılamasındaki senetle ispat kuralını, elektronik ortamdaki veriler bakımından incelemek gerekirse; ispat hukuku açısından bir belgenin senet olarak kabul edilebilmesi için söz konusu belgenin aidiyetinin tereddütsüz şekilde belirlenebilmesi gerekmektedir. Bu belirleme işlemi Elektronik İmza Kanu-



DİPNOT

³ Yusuf Başlar, "Ceza Yargılamasında Elektronik Delil", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı 13, 2013, s. 85.

⁴ Yargıtay CGK, T. 20.12.2018, E. 2018/16-419, K. 2018/661.

⁵ 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 04.02.2011 tarih, 27836 sayılı Resmi Gazete (RG).

⁶ 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 199.

⁷ 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 192.

FOOTNOTE

⁴ Supreme Court CGK, T. 20.12.2018, E. 2018/16-419, K. 2018/661.

⁵ Code of Civil Procedure No. 6100 Official Gazette (RG) dated 04.02.2011 and numbered 27836.

⁶ Article 199 of the Code of Civil Procedure No. 6100.

⁷ Article 192 of the Code of Civil Procedure No. 6100.

PART 3

made through trustworthy systems such as secure electronic signature regulated in the Electronic Signature Law⁸ or registered electronic mail, which is defined as the qualified form of electronic mail and regulated in the Regulation on the Procedures and Principles Regarding the Registered Electronic Mail System.

The fact that the document refers to the medium suitable for carrying information is especially important for the evidential value of the data in electronic media created with a secure electronic signature⁹. This is because, according to the Code of Civil Procedure, documents signed with a secure electronic signature is like a hard documentary evidence. Likewise, according to the Regulation on the Procedures and Principles Regarding the Registered Electronic Mail System, it is explicitly regulated that these electronic mails have the effect of a hard documentary evidence. At the same time, Article 15 of the Turkish Code of Obligations clearly states that the provisions and consequences of secure electronic signature and wet signature are the same.

Ultimately, the fact that an electronic data is signed with a secure electronic signature in accordance with the legal legislation or created through the Registered Electronic Mail system implies that this electronic document can be used as evidence within the scope of the hard documentary proof regulation.

nu'nda⁸ düzenlenen güvenli elektronik imza veya Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te düzenlenen ve elektronik postanın nitelikli hali olarak tanımlanan kayıtlı elektronik posta gibi güven teşkil eden sistemler aracılığıyla yapılmaktadır.

Belgenin, bilgi taşımaya elverişli ortamı ifade etmesi özellikle güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik ortamdaki verilerin delil değeri için önemlidir⁹. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre; güvenli elektronik imza ile imzalanan belgeler senet hükmündedirler. Yine aynı şekilde Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'teki düzenlemelere göre de söz konusu bu elektronik postaların senet hükmünde olduğu açıkça düzenlenmektedir. Aynı zamanda Türk Borçlar Kanunu'nun m. 15 hükmünde de açıkça güvenli elektronik imza ile ıslak imzanın hüküm ve sonuçlarının aynı olduğu belirtilmiştir.

Nihayetinde, elektronik bir verinin yasal mevzuata uygun şekilde güvenli elektronik imza ile imzalanması veya Kayıtlı Elektronik Posta sistemi aracılığıyla oluşturulmuş olması, söz konusu bu elektronik belgenin senetle ispat düzenlemesi kapsamında delil olarak kullanılabileceğini ifade etmektedir.

IV. CONCLUSION

In conclusion, just as our digitalization journey and its consequences have become inevitable with the technology that has become an integral part of our lives in today's world, it has also become inevitable that judicial activities must adapt to the digital age. As such, what is expected from judicial organizations is to closely follow today's digital developments and to carry out judicial activities in the light of developments in the digital world. In this respect, we can easily state that electronic data, if it is obtained in accordance with the law, are evidence that will shed light on the judicial activities.

However, we would like to specify that it is of great importance for the judicial process to comply with the basic principles to be followed during the collection phase and to show the necessary sensitivity in the processes of protecting the integrity and validity of the electronic data in order for the electronic data to have the quality of evidence.

IV. SONUÇ

Sonuç olarak, günümüz dünyasında hayatımızın ayrılmaz bir parçası haline gelen teknolojiyle beraber dijitalleşme serüvenimiz ve bunun sonuçları nasıl kaçınılmaz olduysa, yargılama faaliyetlerinin dijital çağa uyum sağlaması gerekliliği de kaçınılmaz bir durum olmuştur. Hâl böyle olunca da yargı örgütlerinden beklenen, günümüzün dijital gelişmelerini yakinen takip edilmesi ve yargılama faaliyetlerinin dijital dünyadaki gelişmeler ışığında yürütülmesidir. Bu doğrultuda, elektronik ortamdaki verilerin hukuka uygun şekilde elde edilmeleri halinde yargılama faaliyetine ışık tutacak deliller niteliğinde olduklarını rahatlıkla ifade edebiliriz.

Ancak önemle belirtmek isteriz ki elektronik ortamdaki verilerin sağlıklı birer delil niteliğine haiz olabilmeleri için, toplanması aşamasında uyulması gereken temel ilkelere riayet edilmesi, elektronik verinin bütünlüğünün ve geçerliliğinin korunması işlemlerinde gerekli olan hassasiyetin gösterilmesi yargılama süreci bakımından büyük önem arz etmektedir.

FOOTNOTE

⁸ Law No. 5070 on Electronic Signature Official Gazette (RG) dated 23.01.2004 and numbered 25355.

⁹ Elif Futtu, Beginning of Evidence and the Nature of Beginning of Evidence of Electronic Documents, 1st Edition, Ankara, Seçkin Publishing, 2021, p. 97.



BIBLIOGRAPHY

ELİF FUTTU, Beginning of Evidence and the Qualification of Electronic Documents as Beginning of Evidence, 1st Edition, Ankara 2021.

YILMAZ YAZICIOĞLU, Computer Crimes, 1st Edition, İstanbul, Alfa Publications, 1997.

YUSUF BAŞLAR, "Electronic Evil in Criminal Trial", Journal of the Court of Dispute, Issue 13, 2013.

KAYNAKÇA

ELİF FUTTU, Delil Başlangıcı ve Elektronik Belgelerin Delil Başlangıcı Niteliği, 1. Baskı, Ankara 2021.

YILMAZ YAZICIOĞLU, Bilgisayar Suçları, 1. Baskı, İstanbul, Alfa Yayınları, 1997.

YUSUF BAŞLAR, "Ceza Yargılamasında Elektronik Delil", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı 13, 2013.

DİPNOT

⁸ 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu 23.01.2004 tarih, 25355 sayılı Resmi Gazete (RG).

⁹ Elif Futtu, Delil Başlangıcı ve Elektronik Belgelerin Delil Başlangıcı Niteliği, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 97.



PART 4

THE FUNCTIONS OF
THE ADMINISTRATIVE
OMBUDSMAN IN TÜRKİYE

TÜRKİYE'DE İDARİ
OMBUDSMANLIĞIN İŞLEYİŞİ

SEDA KAYNAROĞLU

PART 4

ABSTRACT | ÖZET

With the institution of the Ombudsman, citizens are intended to be protected from the administrative authority. Ombudsman institutions emerged as a necessity of human rights, the rule of law, and democratic state structure.

Ombudsmanlık kurumu ile idarenin gücü karşısında vatandaşın korunması amaçlanmıştır. Ombudsmanlık kurumu insan hakları, hukuk devleti ve demokratik devlet yapısının bir gereği olarak ortaya çıkmıştır.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELELER

Ombudsmany, Obligational Audit Institution, Independence, Objectivity.

Ombudsmanlık, Kamu Denetçiliği Kurumu, Bağımsız, Tarafsız.

I. INTRODUCTION

The Ombudsman Institution of the Republic of Türkiye, also known as the Ombudsman, was established in 2012 with the Law No.6328 as a constitutional public entity affiliated with the Grand National Assembly of Türkiye¹. In Türkiye, Ombudsman is governed by Law No. 6328 on the Ombudsman Institution, which details their mandate, power, and operational procedures. Perhaps the most significant characteristic of the institution is its autonomy. The institution cannot accept instructions or directives from any organ, authority, or power. In addition, the institution's decisions are not binding.

Unlike the administrative judiciary, the Ombudsman Institution has the authority to conduct research and examination regarding the transactions and actions of the administration, as well as the attitudes and behaviors of the administration. However, disputes between private parties are not covered by the agency's mandate.

The Ombudsman Institution, which was first established in Sweden, holds significant importance in overseeing the administration, preventing arbitrary actions by public authorities, and addressing administrative dysfunctions. It is considered a crucial insti-

I. GİRİŞ

Ülkemizde kamu denetçiliği olarak adlandırılan ve kuruluş, görev ve çalışma usulleri 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanun'u¹ ile düzenlenmiştir. Kurumun belki de en önemli özelliği bağımsızlığıdır. Kurum hiçbir organ, makam veya merciden emir ve talimat alamaz. Kurumun bir diğer özelliği ise kararlarının hiçbir bağlayıcılığının bulunmamasıdır.

Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işlem ve eylemleri ilgili araştırma ve inceleme yapabilme yetkisine sahip olup ayrıca idari yarıdan farklı olarak idarenin tutum ve davranışlarıyla ilgili de araştırma ve inceleme yapabilmektedir. Ancak özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklar kurumun görev kapsamı alanına girmektedir.

Dünya'da ilk örneği İsviçre'de oluşan Ombudsmanlık kurumu bir başka deyişle kamu denetçiliği kurumu idarenin denetlenmesi, kamunun keyfiyetçi davranışlarının önüne geçmesi ve idarenin işleyişindeki aksaklıkların giderilmesi adına en önemli kurumlardan biridir. Hem Dünya'daki birçok ülkede hem de ülkemizde insan hakları, hukuk devleti, demokratik devlet yapısının bir gereği olarak varlığını sürdürmektedir.



tion in upholding the rule of law and promoting human rights in various countries, including Türkiye.

This research aims to explore the functioning of the Ombudsman Institution in Türkiye. After providing a brief introduction to the concept of the ombudsman, this section examines the essential characteristics, powers, and operations of the Ombudsman Institution. It also delves into the selection process of the Chief Ombudsman and auditors, as well as their responsibilities and term of office, within the framework of Law No. 6328 on the Ombudsman Institution.

II. THE CONCEPT OF THE OMBUDSMAN

The Ombudsman institution, established as a requirement of the rule of law to ensure the oversight of the administration outside the judicial organs, is now implemented in many countries. The concept of Ombudsman originated from Switzerland and is formed by combining the words "ombuds," meaning "mediator," and "man," referring to a person, implying the role of a mediator. In our country, expressions such as "Turkish Ombudsman," "public inspector," "public arbiter," and "citizen representative" have been considered to represent the concept of

Bu çalışmanın amacı ombudsmanlık kurumunun Türkiye'deki işleyişinin incelenmesidir. Bu doğrultuda ombudsmanlık kavramına kısaca değinildikten sonra Kamu Denetçiliği Kurumunun temel özellikleri, yetkileri, işleyişi, Başdenetçinin ve denetçilerin seçimi, görev kapsamı, görev süresi tabi olduğu 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanun'u çerçevesinde incelenmiştir.

II. OMBUDSMANLIK KAVRAMI

Ombudsmanlık kurumu, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak idarenin yargı organları dışında denetlenmesi amacıyla oluşturulmuş, günümüzde birçok ülkede uygulanmaktadır. Ombudsmanlık kavramı dilimize İsviçre'den gelmiş olup "aracı" anlamına gelen "ombuds" ve kişi anlamına gelen "man" kelimelerinin birleşmesiyle oluşmuştur ve aracı anlamına gelmektedir. Ülkemizde ombudsmanlık kavramını ifade etmek için "Türk ombudsmanı", "kamu denetçisi", "kamu hakemi", "yurttaş sözcüğü" gibi ifadelerin kullanılması gündeme gelmişse de son olarak

FOOTNOTE

¹ The Ombudsman Institution Law No. 6328 was published in the Official Gazette No. 28338 on June 29, 2012.

DİPNOT

¹ 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanun'u 29.06.2012 tarih 28338 sayılı Resmî Gazete.

PART 4

ombudsman. However, following the recent changes made in Article 74 of the Constitution, the term “public oversight” has been preferred².

The concept of Ombudsman, in short, is the oversight of the public administration. Its purpose is to prevent arbitrary behavior by the public administration, address operational deficiencies, and enhance the effectiveness and efficiency of the state by examining and investigating the administration’s actions, identifying improper practices, and finding solutions³.

While the scope, operation, and powers of the Ombudsman vary from country to country, their essential powers against the administration remain largely the same. The establishment of the Ombudsman institution is a necessity for human rights, the rule of law, and the democratic structure of the state. It aims to protect the rights and freedoms of individuals.

III. THE LAW ON THE OMBUDSMAN NO. 6328

A. Purpose of the Law

The purpose of Law No. 6328 on the Ombudsman Institution is to establish an independent and effective complaint mechanism in the functioning of public services, in order to examine, investigate, and make recommendations regarding the actions, transactions, attitudes, and behaviors of the administration in terms of compliance with human rights, justice based on the rule of law, and fairness⁴.

In other words, it aims to protect individuals against the power of the administration. As explicitly stated in the law, the Ombudsman Institution, or public oversight, aims to resolve disputes in the public administration without resorting to the judiciary.

B. Characteristics of the Ombudsman Institution

Although the Ombudsman Institution is not completely independent from the state, its most important characteristic is its independence and impartiality⁵. The institution

Anayasa’nın 74. maddesinde yapılan değişiklikler sonucunda “kamu denetçiliği” ifadesi tercih edilmiştir².

Ombudsmanlık kavramı kısaca kamunun denetlenmesidir. Kamunun keyfiyetçi davranmasını engellemek kamunun işleyişindeki aksaklıkların önüne geçebilmek devletin daha etkin ve verimli işleyişini sağlayabilmek amacıyla yönetimin işlemlerini sorgulamak ve araştırmak kötü uygulamalarını tespit edip çözüm yolları üretmeye çalışmasıdır³.

Ombudsmanın görev kapsamı, işleyişi yetkileri ülkeden ülkeye değişmekle birlikte yönetim karşısındaki yetkileri esas itibarıyla aynıdır. Ombudsmanlık; insan hakları, hukuk devleti, demokratik devlet yapısının bir gereği olarak oluşturulmuştur. Böylelikle bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlanmıştır.

III. 6328 SAYILI KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU KANUN’U

A. Kanun’un Amacı

6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanun’un amacı “kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin bir şikâyet mekanizması oluşturmak suretiyle, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak” şeklinde belirlenmiştir⁴.

Bir başka deyişle idarenin gücü karşısında bireyin korunması amaçlanmıştır. Kanun maddesinde açıkça ifade edildiği üzere Kamu Denetçiliği Kurumu bir diğer deyişle ombudsmanlık ile kamu işleyişindeki uyuşmazlıkların yargı yoluna gidilmeksizin çözümlü amaçlanmıştır.

B. Kamu Denetçiliği Kurumunun Özellikleri

Kamu Denetçiliği Kurumunun devletten tamamen bağımsız olmamakla birlikte en önemli özelliği bağımsız ve tarafsız olmasıdır⁵. Kurum herhangi bir organ, makam ve

cannot receive orders or instructions from any organ, office, or authority. By its nature, it is entirely independent from the executive branch and administration. The Ombudsman must maintain independence both from the authority that appoints them and from the organizations they oversee. Article 12 of the Law explicitly states, “No organ, office, authority, or person can give orders, issue directives, or provide recommendations or advice to the Chief Ombudsman and the auditors regarding their duties”. This provision aims to ensure that the institution acts in a neutral and independent manner in its duties and procedures.

The independence and impartiality of the institution are primarily related to the methods of selection, term of office, and removal, as well as its budget and staff⁶. Article 10 of Law No. 6328, which regulates the qualifications for the Chief Ombudsman and auditors, states that they must be Turkish citizens, not be deprived of public rights, have worked for a minimum of ten years in public institutions and organizations, international organizations, civil society organizations, or private sector, or not have been convicted of a crime that impedes employment. In addition, the Chief Ombudsman must be at least fifty years old, and the auditors must be at least forty years old. Furthermore, the same article includes a provision that states, “Not being a member of any political party during the application process,” which aims to prevent the Chief Ombudsman or auditors from becoming members of any political party during or after their candidacy, thus preserving their independence and impartiality.



merciden emir ve talimat alamaz. Doğası gereği yürütmeden ve idareden tamamen bağımsızdır. Kamu Denetçisi görevini icra ederken gerek kendisini seçen otoriteye gerekse denetiminin yaptığı kuruluşlara karşı bağımsız olmalıdır. İş bu husus Kanun’un 12. Maddesinde “Hiçbir organ, makam, merci veya kişi baş denetçiye ve denetçilere görevleriyle ilgili olarak emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz” şeklinde belirtilmiştir. Bu şekilde kurumun görev ve işlemlerinde tarafsız ve bağımsız şekilde hareket etmesi amaçlanmıştır.

Kurumun bağımsızlığı ve tarafsızlığı her şeyden önce seçilme, görev süresi ve görevden alınma yöntemleri, bütçe ve personeliyle ilişkilidir⁶. Nitekim Baş denetçi veya denetçi seçilebilmek için aranan şartları düzenleyen 6328 sayılı Kanun’un 10. maddesinde Baş denetçi ve denetçiler için; Türk Vatandaşı olma kamu haklarından yasaklı olmamak, kamu kurum ve kuruluşlarında, uluslararası kuruluşlarda, sivil toplum kuruluşlarında veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında ya da özel sektörde toplamda en az on yıl çalışmış olmak veya çalışmaya engel bir suçtan mahkum olmamak şartları aranmakta olup ayrıca baş denetçi için elli ve denetçiler için kırk yaşını doldurma şartı bulunmaktadır. Aynı maddenin devamında “Başvuru sırasında herhangi bir siyasi partiye üye olmamak” şeklindeki düzenleme ile de baş denetçi veya denetçinin adaylık sırasında ve sonrasında herhangi bir siyasi partiye üye olmasının önüne geçilerek bağımsızlık ve tarafsızlık özellikleri korunmaya çalışılmıştır.

DİPNOT

² Erhan Tatal, Dünya ve Türkiye’de Ombudsmanlık, Ankara 2014, s. 75; Mustafa Büyükcavcı, “Ombudsmanlık Kurumu”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 66, S. 4, Güz 2008, s. 10-13.

³ Zekeriya Temizel, “Yurttaşın Yönetime Karşı Korunmasında Bir Denetim Organı: Ombudsman” Yeni Türkiye Dergisi, S. 14, Ankara 1997, s. 764.

⁴ Turgut Tan/ Bahar Beyazıt, İdare Hukuku, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2021, s. 590-591.

⁵ Tatal, s. 205-206.

⁶ Ufuk Ceren Mensiz, Ombudsmanlık (Kamu Denetçiliği), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ağustos 2014, s. 36.

FOOTNOTE

² Erhan Tatal, Ombudsman in the World and in Türkiye, Ankara 2014, p. 75; Mustafa Büyükcavcı, “Ombudsman Institution”, Journal of Ankara Bar Association, Year 66, P. 4, Fall 2008, p. 10-13.

³ Zekeriya Temizel, “A Supervisory Body in the Protection of Citizens Against Government: Ombudsman” New Türkiye Journal, P. 14, Ankara 1997, p. 764.

⁴ Turgut Tan/ Bahar Beyazıt, Administrative Law, 10th Edition, Turhan Bookstore, Ankara 2021, p. 590-591.

⁵ Tatal, p. 205-206.

⁶ Ufuk Ceren Mensiz, Ombudsman (Ombudsman), Galatasaray University Institute of Social Sciences, August 2014, p. 36.

PART 4

According to the Law on the Ombudsman No. 6328, the Turkish Grand National Assembly is responsible for choosing the Chief Ombudsman and auditors. The Chief Ombudsman is responsible for reviewing complaints received by the Agency, conducting research, and making recommendations to the administration; drafting regulations and an annual report on the application of the Law; drafting a special report without waiting for the annual report; announcing the reports to the public; and choosing an auditor to stand in for him in his absence; arranging the division of labor between the auditors so that one of them is assigned in the field of women's and children's rights, appointing the Secretary General and other staff, and carry out any other responsibilities mandated by law. Auditors' responsibilities are

6328 sayılı Kanun ile baş denetçi ve denetçilerin seçim görevi TBMM'ye verilmiştir. Baş denetçinin görevi; Kurum'a gelen şikayetleri incelemek, araştırma yapmak ve idareye önerilerde bulunmak, Kanun'un uygulanmasına ilişkin yönetmelikleri ve yıllık raporu hazırlamak, yıllık rapor beklemeksizin gerekli bulunduğu durumlara özel rapor hazırlamak, raporları kamuoyuna duyurmak, yokluğunda kendisine vekalet edecek denetçiyi belirlemek, birisi kadın ve çocuk hakları alanında görevlendirilmek üzere denetçiler arasındaki iş bölümünü düzenlemek, Genel Sekreteri ve diğer personeli atamak ve kanunlarla verilen diğer görevleri yapmaktır. Denetçilerin görevleri ise baş denetçiye yardımcı olmak ve baş denetçi tarafından verilen diğer görevleri yapmak olarak belirlenmiştir. Kurum, baş denetçi tarafından yönetilir ve temsil edilir.



defined as providing assistance to the Chief Ombudsman and taking on any other tasks that may be entrusted to them. The Chief Ombudsman oversees and speaks for the organization. The Chief Ombudsman's and auditors' terms of office are set at four years. The newly elected Chief Ombudsman or auditor will serve for four years in place of the Chief Ombudsman or auditor who left before the end of his tenure for any cause, such as resignation, death, or dismissal. A person who has previously served as Chief Ombudsman or auditor for one term may only be chosen for one more term. The period of office of the Chief Ombudsman and auditors has been structured in parallel with the term of office of the Assembly, and the doctrine

Baş denetçi ve denetçilerin görev süreleri 4 yıl olarak belirlenmiştir. İstifa, ölüm veya görevden alınma gibi herhangi bir nedenle süresi bitmeden görevinden ayrılan baş denetçi veya denetçinin yerine yeni seçilen baş denetçi veya denetçinin görev süresi de dört yıldır. Bir dönem baş denetçi veya denetçi olarak görev yapan bir kimse sadece bir dönem daha baş denetçi veya denetçi seçilebilir. Baş denetçi ve denetçilerin görev süresi Meclis'in görev süresi ile paralel olarak düzenlenmiş olup, bu durumun ombudsmanın bağımsızlığını sağlamaya yönelik olduğu doktrinde ifade edilmiştir⁷.

Kurumun bağımsız ve tarafsız özelliğinin korunması amacıyla 6328 sayılı Kanun'da dü-

states that this arrangement is intended to ensure the ombudsman's independence⁷.

In order to maintain the independence and impartiality of the institution, another aspect regulated in Law No. 6328 is the budget. Article 4 of the Law states, "In order to fulfill the duties specified in this Law, the Ombudsman Institution, which is attached to the Turkish Grand National Assembly, has been established as a public legal entity with a special budget located centrally in Ankara." This provision aims to ensure the independence and impartiality of the institution by specifying that its budget is a special budget. Additionally, Article 16 of the same Law states that the Chief Ombudsman has the same financial and social rights as the Undersecretary of the Prime Ministry, and the auditors have the same rights as the Deputy Undersecretaries of the Prime Ministry. This further contributes to maintaining the independence and impartiality of the institution.

C. Duties And Powers Of The Ombudsman Institution

The primary focus of the Ombudsman Institution is to examine and investigate administrative actions and procedures, specifically those related to public administration. It does not have jurisdiction over conflicts between private individuals or legislative and judicial processes. Unlike administrative courts, the Ombudsman Institution has the authority to investigate and scrutinize various administrative activities, transactions, attitudes, and behaviors. However, it is important to note that administrative jurisdiction, as defined by Law No. 2577 on Administrative Procedural Jurisdiction, is limited to reviewing the conformity of administrative actions and procedures with the law. Under Article 5 of the Ombudsman Law, the Institution is responsible for examining, investigating, and providing recommendations to the Administration on all types of acts, actions, attitudes, and behaviors in response to complaints related to the functioning of the Administration. These examinations are conducted within the framework of a human rights-based understanding of justice, considering legality and fairness principles. Unlike administrative courts, the Ombudsman Institution evaluates administrative attitudes and conduct not only for legal compliance but also for appropriateness. It should be noted that certain acts fall outside the scope of the Institution⁸. These include acts related to the

zenlenen bir diğer husus ise bütçe konusudur. Kanun'un 4. maddesinde; "Bu Kanun'da belirtilen görevleri yerine getirmek amacıyla, Türkiye Büyük Millet Meclisine bağlı, kamu tüzel kişiliğini haiz, özel bütçeli ve merkezi Ankara'da bulunan Kamu Denetçiliği Kurumu kurulmuştur." şeklinde belirtilmiş olup Kurum'un bağımsız ve tarafsızlığını sağlamak amacıyla Kurum'un bütçesi özel bütçeli olarak belirtilmiş olup ayrıca aynı Kanun'un 16. maddesinde; Baş denetçinin, Başbakanlık Müsteşarı ile denetçinin ise Başbakanlık müsteşar yardımcıları ile aynı mali ve sosyal haklara sahip olduğu belirtilmiştir.

C. Kamu Denetçiliği Kurumunun Görev ve Yetkileri

Kamu Denetçiliği Kurumu yalnızca idarenin işlem ve eylemleriyle ilgili araştırma ve incelemelerde bulunmakta olup özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklar, yasama ve yargısal işlemler Kurumun inceleme alanı kapsamına girmemektedir. Kamu Denetçiliği Kurumu idari yarıdan farklı olarak idarenin her türlü eylem ve işlemlerini ve ayrıca idarenin tutum ve davranışlarını inceleme ve araştırma konusu yapabilmektedir. Ancak bilindiği üzere idari yargı 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanun'un 2. maddesi gereğince yalnızca idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunu denetleyebilmektedir. Kamu Kurumu Denetçiliği'nin özelliklerinin düzenlendiği 6328 Sayılı Kanun'un 5. Maddesinde "idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmak" şeklinde belirtilmiştir. İdari yarıdan farklı olarak Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin her türlü tutum ve davranışını inceleyebilmekte, bu incelemeyi sadece hukuka uygunluk açısından değil yerindelik açısından da denetleyebilmektedir⁸. Bununla birlikte "Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemleri ile resen imzaladığı kararlar ve emirler, Yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararlar ve

FOOTNOTE

⁷ Total, p. 194.

⁸ Ferhat Yıldırım, Mediation and Ombudsman Seçkin Publishing, Ankara 2014, p. 186

DİPNOT

⁷ Total, s. 194.

⁸ Ferhat Yıldırım, Arabuluculuk ve Ombudsmanlık Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s. 186.

PART 4

exercise of legislative power, acts related to the exercise of judicial power, and acts solely of a military nature carried out by the Turkish Armed Forces.

D. Application Procedure to the Ombudsman Institution

As stated previously, in order for the Ombudsman Institution to take action, a formal complaint is required since it does not have the authority to act on its own initiative. According to Article 74 of the Constitution of the Republic of Türkiye and Article 17 of the Ombudsman Law No. 6328, everyone, without exception or restriction, has the right to access information and appeal to the Ombudsman Institution⁹. Both individuals and legal entities can submit applications to the Institution, and the confidentiality of these applications can be ensured upon the request of the applicants, as stated in Article 17(1) of the Ombudsman Law No. 6328.

Before making an application to the Ombudsman Institution regarding the actions and transactions of the administration, it is necessary to exhaust the available legal remedies. This means that the administrative remedies specified in the Administrative Jurisdiction Procedures Law No. 2577, as well as any mandatory administrative remedies stipulated in special laws, must be pursued. While the Administrative Jurisdiction Procedures Law No. 2577 provides both optional and mandatory administrative remedies, the Law No. 6328 makes the remedies that were optional under Law No. 2577 mandatory for application to the Ombudsman Institution. However, the exhaustion of administrative remedies required by special laws is considered sufficient. The requirement to exhaust administrative remedies before submitting an application to the Institution has been criticized in legal circles, as it is seen to make the application process more difficult and contradict the intended purpose of the Institution¹⁰. However, there is an exception to this rule, as outlined in Article 17(4) of the Ombudsman Law No. 6328. According to this article, if it is anticipated that damages would be difficult or impossible to compensate for, the Institution may consider applications even if administrative remedies have not been exhausted.

The applications with the same reasons, subject-matters, and sides, and which have been resolved beforehand shall not be examined.

Türk Silahlı Kuvvetlerinin sırf askeri nitelikteki faaliyetleri” kurumun görev alanı dışında bırakılmıştır.

D. Kamu Denetçiliği Kurumu-na Başvuru Usulü

Yukarıda da değindiğimiz üzere Kurum’a re’sen harekete geçme yetkisi tanınmadığından, Kurum’un harekete geçebilmesi için şikâyet başvurusunda bulunulması zorunludur. Anayasa’nın 74. Maddesi ve 6328 sayılı Kanun’un 17. maddesi gereğince Kamu Denetçiliği Kurumu’na başvurma hakkı hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın istisnasız herkes tarafından Kuruma başvuru yapılabilmektedir. Nitekim 6328 sayılı Kanun’un Kuruma başvurma usulünü düzenleyen 17. maddesinde “Kuruma gerçek ve tüzel kişiler başvurabilir. Başvuru sahibinin talebi üzerine başvuru gizli tutulur.” şeklinde ifade edilmiştir. Kamu Denetçiliği Kurumu’na başvuru yapılabilmesi için Kanun ilk olarak idari başvuru yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir⁹.

Bir başka deyişle gerçek ya da tüzel kişi, idarenin eylem ve işlemlerinden dolayı Kamu Denetçiliği Kurumu’na başvuru yapabilmesi için gerek 2577 sayılı Kanun’da belirtilen idari başvuru yolları gerek özel kanunlarda yer alan zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmesi gerekmektedir. 2577 sayılı Kanun’da düzenlenen idari başvuru yolları ihtiyari ve zorunlu başvuru yolları olarak düzenlenmesine rağmen 6328 sayılı Kanun gereğince 2577 sayılı Kanun’da ihtiyari olarak düzenlenen başvuru yolları, Kurum’a başvuru için zorunlu tutulmuştur. Ancak özel kanunlarda düzenlenen zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmiş olması yeterli kabul edilmiştir. Kanun’da Kuruma başvuru için idari başvuru yollarının tüketilmesi şartının aranması, doktrinde başvuruyu güçleştireceği ve Kurum’dan beklenen amaca uygun düşmeyeceği gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁰. İdari başvuru yolları tüketilmeden başvuru yapılamayacağına ilişkin kuralın istisnası ise Kanun’un 17. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiştir. İşbu fıkra hükmü uyarınca Kurum tarafından telafisi güç veya imkânsız zararlarının doğması ihtimaline kanaat getirilirse idari başvuru yolları tüketilmeden de başvurunun kabulü mümkündür.

Kanun gereğince başvurulardan sebepleri, konusu ve tarafları aynı olanlar ile daha önce sonuçlandırılanlar incelenmeyecek olup bir başka deyişle konusu ve tarafları bakımın-

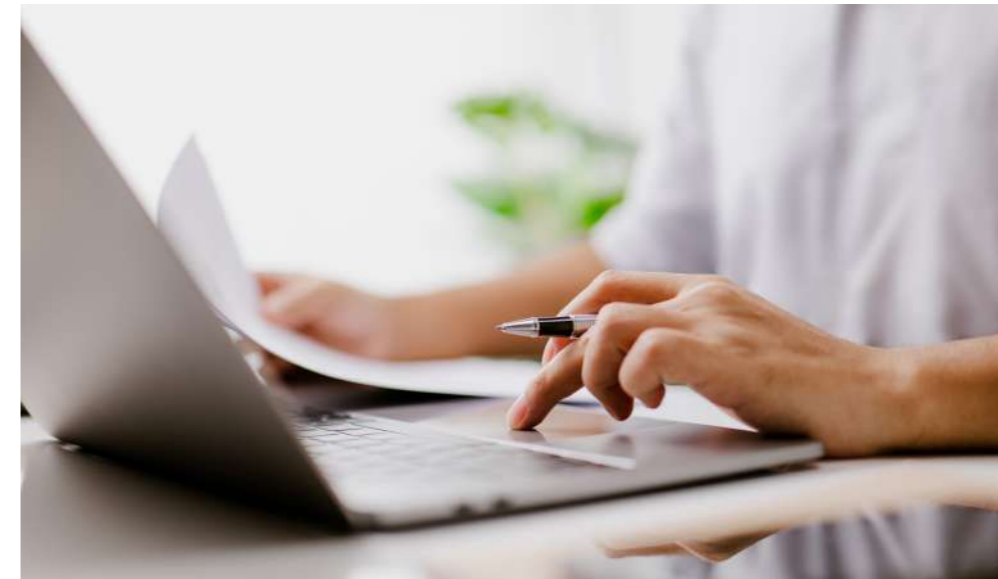
The Institution accepts applications submitted through provincial or district governor’s offices. The legislation deemed it unnecessary to include any component of the matter of the application in the petition, deeming the applicant’s information sufficient. In addition, there is no requirement to submit an application with a petition, and pursuant to Article 10 of the Regulation on Procedures and Principles Concerning the Implementation of Law on the Ombudsman Institution (Regulation), if the conditions specified in Article 9 of the Regulation are met, it will be possible to submit an application electronically or via other communication tools.

After the initial examination of applications that meet the specified criteria, certain applications will not be further examined. These include applications that lack specific matters, concern disputes already being dealt with or resolved by judicial organs, do not meet the criteria set out in Article 17(2) of Law No. 6328, have identical reasons, subject matters, and parties, or have been resolved previously¹¹. The filing of an application during ongoing litigation will suspend the litigation process, as stated in Article 17(8) of Law No. 6328. Upon receiving a response to the application, the remaining time for filing an administrative lawsuit will be available as a remedy. If the application is accepted, the Institution may request information and documents from relevant individuals and institutions regarding the subject matter of the application.

dan aynı olan başvurular incelenmeden direkt olarak reddedilecektir.

Başvurunun ilçede kaymakama, illerde ise valiliklere verilecek dilekçeler ile yapılabilmesi mümkündür. Kanun; başvuru dilekçesinde başvuru bilgilerinin dilekçede yer almasını yeterli görmüş, başvuru konusuna dair herhangi bir unsurun dilekçede bulunma zorunluluğunu aramamıştır. Ayrıca başvurunun dilekçe ile yapılması zorunluluğu bulunmamakta olup Kamu Kurumu Denetçiliği Kanunu Yönetmeliği’nin 10. maddesi gereği yönetmeliğin 9. maddesinde belirtilen koşulların bulunması halinde elektronik ortamda veya diğer iletişim araçlarıyla da başvuru yapabilmek mümkün olacaktır.

Bu öngörülenlere uygun başvurular üzerinde yapılacak ilk inceleme sonucu, belirgin bir konuyu içermeyenler, yargı yerlerinde görülmekte olan veya yargı yerince karara bağlanmış olan uyuşmazlıklar ve Kanun’un 17/2. maddesindeki şartları taşımayanlar, başvuru konusu ve tarafları aynı olup daha önce öneride bulunulmuş konular, hakkında ilk inceleme yapılmadan başvurunun reddedileceği belirtilmiştir¹¹. Kuruma yapılan başvuru Kanun’un 17. maddesinin 8. fıkrası uyarınca idari dava açma süresini durduracaktır. Başvuruya cevabın tebliğinden itibaren, idari dava açma süresinden kalan süre içerisinde idari dava açma yolu kullanılabilmesi mümkündür. Başvurunun kabul edilmesi halinde Kurum tarafından başvuru konusuna ilişkin ilgili kişi ve kurumlardan bilgi ve belge talep edebilecektir.



DİPNOT

⁹ 6328 sayılı Kanun’dan farklı olarak 5548 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanun’unda Kuruma başvuru yapılabilmesi için idari başvuru yollarının tüketilmiş olması şartı bulunmamaktadır.

¹⁰ Mensiz, s. 183.

¹¹ Selami Demirkol, “Kamu Denetçisi (Ombudsman) Kurumunun Etkinliğinin Sağlanması ve Yargıyla İlişkisi Hakkında Kıyaslamalı Bir Çalışma Taslağı”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 15, S. 2, 2012, s. 77.

FOOTNOTE

⁹ Unlike Law No. 6328, Law No. 5548 on the Ombudsman Institution did not stipulate that administrative remedies must be exhausted in order to apply to the Institution.

¹⁰ Mensiz, p. 183.

¹¹ Selami Demirkol, “A Comparative Study Draft on Ensuring the Effectiveness of the Ombudsman Institution and Its Relationship with the Judiciary”, Journal of Administrative Law and Sciences, Vol. 15, P. 2, 2012, p. 77.

PART 4

According to Article 18(1) of Law No. 6328, it is mandatory to provide the information and documents requested by the Institution within thirty days from the notification date. Failure to comply with this request may result in an investigation initiated by the relevant authority, upon the request of the Chief Ombudsman or ombudsmen.

State secrets or trade secrets cannot be submitted to the Institution by the highest-ranking officials or board of competent authorities, with a justification for refusal. However, the Chief Ombudsman or a designated ombudsman may examine such state-secret information or documents on-site, as outlined in Article 18(2) of Law No. 6328.

The Chief Ombudsman, ombudsmen, or experts may interview witnesses or relevant individuals, or appoint referees in relation to the subject matter under examination and investigation. The Institution is required to complete its examination and investigation within six months from the date of application.

The Institution will notify the outcome of its examination and investigation, along with any recommendations, to the relevant authority and the applicant. According to the ombudsman's recommendation, the relevant public authority must act or take action within 30 days. The applicant will also be informed about available remedies, the deadline for application, and the authority to which the application should be submitted¹².

IV. CONCLUSION

The Ombudsman Institution, known as the Public Auditor, is implemented in many countries, including Türkiye, to ensure public oversight. In Türkiye, the Ombudsman Institution is regulated by Law No. 6328, which outlines its formation, responsibilities, and operational procedures. The main objective of this law is to establish an independent and effective mechanism for addressing complaints related to public services and protecting individuals from arbitrary administrative actions.

The autonomy and impartiality of the Ombudsman Institution are its fundamental characteristics. It is not subject to instructions or directives from any organ, authority, or power. The provisions in Law No. 6328 re-

Kurumun inceleme ve araştırma konusu ile ilgili olarak istediği bilgi ve belgelerin, bu işteğin tebliğ edildiği tarihten itibaren otuz gün içinde verilmesi zorunludur. Bu süre içinde istenen bilgi ve belgeleri haklı bir neden olmaksızın vermeyenler hakkında baş denetçi veya denetçinin başvurusu üzerine ilgili merci, disiplin soruşturması açabilmektedir.

Devlet sırrı veya ticari sır niteliğine sahip belgeler ancak yetkili mercilerin en üst makam veya kurulunca gerekçe gösterilmek şartıyla verilmeyebilir. Ancak söz konusu bu belgeler baş denetçi veya denetçi tarafından yerinde incelenebilmesi mümkündür.

Kamu denetçisi başvuruya ilişkin konuyla ilgili tanık ya da kişileri dinleyebilmekte veya bilirkişi incelemesi yaptırabilmektedir. Kurum, ilgili başvuruyu 6 ay içinde sonuçlandırmaktadır. Yaptığı araştırma ve inceleme sonucunda görüş ve önerilerini ilgili kamu kuruluşuna ve başvurana bildirir. Ayrıca başvurana, bu aşama sonrası izlenilmesi gereken başvuru yollarını göstermektedir. İlgili kamu mercii tarafından kamu denetçisinin önerisi doğrultusunda 30 gün içerisinde işlem tesis edilmeli veya davranışta bulunulmalıdır. Mercii, öneriyi uygulanabilir nitelikte görmediği takdirde bunun gerekçesini 30 gün içerisinde kamu denetçisine bildirmesi gerekmektedir¹².

IV. SONUÇ

Ülkemizde ve Dünya'da birçok ülkede uygulanmakta olan ombudsmanlık kurumu kısaca kamunun denetlenmesi anlamına gelmektedir. Ülkemizde ombudsmanlık kurumunu ifade etmek için Kamu Denetçiliği Kurumu kavramı kullanılmakta olup bu kurumun kuruluş, görev ve çalışma usullerine ilişkin ilkeler, 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ile düzenleme alanı bulmuştur. 6328 sayılı Kanun ile kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin bir şikâyet mekanizması oluşturulmak amaçlanmış böylelikle idarenin gücü karşısında bireyin korunması hedeflenmiştir.

Kamu Denetçiliği Kurumu'nun en önemli özellikleri bağımsız ve tarafsız olmalarıdır. Kurum, hiçbir organ makam ve merci tarafın-

garding the selection process, term of office, dismissal procedures, budget, and personnel of the Institution are designed to ensure its independence and impartiality. It's important to note that the institution's decisions are not legally binding. The Institution's findings and recommendations are not mandatory, and it does not have the power to enforce its decisions. This distinguishes it from the administrative judiciary.

To initiate action, the Ombudsman Institution requires the submission of an application. There are no exceptions to this requirement, and anyone can file an application. Applications can be submitted to provincial or district governor's offices, and there is no specific format for the application. The Law No. 6328 does not prescribe specific elements that must be included in the application; the information provided by the applicant is considered sufficient. Upon accepting an application for review, the Institution may request information and documents from relevant individuals and institutions. The Institution is given a timeframe of six months to complete its examination of the application and reach a conclusion. In summary, the Ombudsman Institution, established under Law No. 6328, operates independently and impartially to address complaints related to public services. It requires the submission of an application for action to be taken, and its decisions are not legally binding. The Institution conducts its examinations within a six-month timeframe.

BIBLIOGRAPHY

- ERHAN TURAL, *Ombudsman in the World and Türkiye*, Ankara 2014.
- FERHAT YILDIRIM, *Mediation and Ombudsman Seçkin* Publishing, Ankara 2014.
- MUSTAFA BÜYÜKAVCI, "Ombudsman Institution", *Ankara Bar Association Journal*, Year 66, Issue 4, Fall 2008.
- SELAMİ DEMİRKOL, "A Comparative Study Draft on Ensuring the Effectiveness of the Ombudsman Institution and Its Relationship with the Judiciary", *Journal of Administrative Law and Sciences*, Vol. 15, P. 2, 2012.
- TURGUT TAN/BAHAR BEYAZIT, *Administrative Law*, 10th Edition, Turhan Bookstore, Ankara 2021.
- UFUK CEREN MENSİZ, *Ombudsman (Ombudsman)*, Galatasaray University Institute of Social Sciences, Master Thesis, Istanbul August 2014.
- ZEKERİYA TEMİZEL, "A Supervisory Body in the Protection of Citizens Against Government: Ombudsman" *New Türkiye Journal*, P. 14, Ankara 1997.

dan emir ve talimat alamaz. 6328 sayılı Kanun'da Kurumun seçilme yöntemleri, görev süresi, görevden alınma yöntemleri bütçe ve personeline ilişkin düzenlemeler ile Kurumun bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanması amaçlanmıştır. Kurumun bir diğer özelliği ise kararlarının hiçbir bağlayıcılığının bulunmamasıdır. Kurum tarafından yapılan incelemeler sonucunda varılmış olunan karar yalnızca öneri mahiyetinde olup, herhangi bir konuda idareyi bağlayıcı değildir. Bu yönüyle idari yargıdan ayrılmaktadır. Kurumun harekete geçebilmesi için öncelikle kendisine başvuru yapılması gerekmekte olup kurumun kendiliğinden harekete geçebilmesi mümkün değildir. Başvuru için bir istisna getirilmemiş olup herkes tarafından yapılabilmektedir. Gerçek ya da tüzel kişi ilçede kaymakama, illerde ise valiliklere verecekleri dilekçe ile başvurularını yapabilmektedirler. Başvurunun dilekçe ile yapılma zorunluluğu bulunmamaktadır. 6328 sayılı Kanun başvuru için başvurucunun bilgilerinin bulunmasını yeterli görmüştür. Kuruma yapılan kabul edilebilir bir başvuru sonunda kurum başvuruyu incelemeye alacak olup ilgili kişi ve kurumlardan bilgi ve belge talep edebilecektir. Kurum ilgili başvuruyu 6 ay içinde sonuçlandırmaktadır.

KAYNAKÇA

- ERHAN TURAL, *Dünyada ve Türkiye'de Ombudsmanlık*, Ankara 2014.
- FERHAT YILDIRIM, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık Seçkin* Yayıncılık, Ankara 2014.
- MUSTAFA BÜYÜKAVCI, "Ombudsmanlık Kurumu", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 66, Sayı 4, Güz 2008.
- SELAMİ DEMİRKOL, "Kamu Denetçisi (Ombudsman) Kurumunun Etkinliğinin Sağlanması ve Yargıyla İlişkisi Hakkında Kıyaslamalı Bir Çalışma Taslağı", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 15, S. 2, 2012.
- TURGUT TAN/BAHAR BEYAZIT, *İdare hukuku*, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2021.
- UFUK CEREN MENSİZ, *Ombudsmanlık (Kamu Denetçiliği)*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ağustos 2014.
- ZEKERİYA TEMİZEL, "Yurttaşın Yönetime Karşı Korunmasında Bir Denetim Organı: Ombudsman" *Yeni Türkiye Dergisi*, S. 14, Ankara 1997.

DİPNOT

12 Demirkol, s. 80.

FOOTNOTE

12 Demirkol, p. 80.



PART 5

**THE RIGHT OF THE EMPLOYEE
TO OBJECT TO THE TRANSFER OF
THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP
TO THE TRANSFEREE IN THE
TRANSFER OF THE WORKPLACE
UNDER TURKISH LAW (IN THE
LIGHT OF ARTICLE 6 OF THE
LABOR LAW AND ARTICLE 178 OF
THE TURKISH COMMERCIAL CODE)**

**TÜRK HUKUKUNDA İŞYERİ
DEVİRİNDE İŞÇİNİN, İŞ İLİŞKİSİNİN
DEVRALANA GEÇİŞİNE İTİRAZ HAKKI
(İŞ KANUNU M. 6 VE TTK. M. 178
IŞIĞINDA)**

NUR SEZGİ ALTIOKKA

PART 5

ABSTRACT | ÖZET

Commercial companies may change their structure depending on the demands of the business world. In our study, the issues regarding the employee's right to object to the transfer of the employment relationship are evaluated within the framework of Article 6 of the Labor Law and Article 178 of the TCC.

Ticari şirketler; iş hayatının gereksinimine bağlı olarak yapı değişikliğine gidebilmektedir. Çalışmamızda, işçinin iş ilişkisinin devrine itiraz hakkına ilişkin hususlar İş Kanunu m. 6 ve TTK m. 178 çerçevesinde değerlendirilmiştir.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELELER

Transfer Of Workplace, Structural Changes Of Companies, Article 6 Of Labor Law, Article 178 Of Tcc.

İş Yeri Devri, Şirketlerin Yapısal Değişiklikleri, İş Kanunu Madde 6, Ttk Madde 178.

I. INTRODUCTION

The changes brought about by economic developments in enterprises make the transfer of some or all of the workplace's compulsory, and this situation has led to some legal problems. The fact that changing employers while moving to a new place of employment has an impact on the employee, it is necessary to create some legislation to ensure the protection of the employees. Article 6 of the Labor Law stipulates that in the event of the transfer of the workplace or a part of the workplace to another employer based on a legal transaction, the employment contracts of the employees working in the workplace will be transferred to the transferee employer and the provisions and consequences of this transfer are regulated. Article 6 of the Labor Law does not grant the employee the right to object to the transfer of the employment contract to the transferee employer. Article 178 of the TCC, on the other hand, grants the employees affected by the transfer the right to object to the transfer of their employment contracts to the transferee employer in cases where the merger, division and change of type of commercial companies have the characteristics of workplace transfer. In this study, Article 178 of the TCC and Article 6 of the Labor Law are discussed, and the legal nature, exercise and consequences of the right of objection are examined.

I. GİRİŞ

Ekonomik gelişmelerin işletmelerde meydana getirdiği değişimler işyerlerinin bir bölümünün veya tamamının devrini zorunlu hale getirmekte, bu durum da bazı hukuki sorunlara yol açmaktadır. İşyeri devri ile işverenin değişmesinin işçi açısından önem teşkil etmesi, işçinin korunmasına yönelik bazı düzenlemeler yapılması gerekliliğini doğurmuştur. İş Kanunu'nun 6. maddesinde işyeri veya işyerinin bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başkasına devri halinde, işyerinde çalışmakta olan işçilerin iş sözleşmelerinin devralan işverene geçeceği ve bunun hüküm ve sonuçları düzenlenmiştir. İş Kanunu m. 6'da işçiye, iş sözleşmesinin devralan işverene geçişine itiraz hakkı tanınmamıştır. TTK'nın 178. maddesinde ise ticaret şirketlerinin, birleşme, bölünme ve tür değiştirmelerinin işyeri devri özelliğini taşıdığı durumlarda, devirden etkilenen işçilere, iş sözleşmelerinin devralan işverene geçişine itiraz hakkı tanınmaktadır. Çalışmamızda, TTK m. 178 ve İş Kanunu m. 6'nın üzerinde durularak, itiraz hakkının hukuki niteliği, kullanılması ve meydana getirdiği sonuçlar irdelenmiştir.

II. BASIC CONCEPTS

A. Workplace

Article 2 of the Labor Law defines "workplace" as "the unit in which the employer organizes material and non-material elements and workers together for the purpose of producing goods or services". In the same article, it is stated that the places connected to the workplace, which are qualitatively related to the goods or services produced by the employer in the workplace and which are organized under the same management, and other annexes and tools such as resting, breastfeeding, eating, sleeping, washing, examination and maintenance, physical and vocational training and courtyards are also considered as workplaces¹. "The workplace is a whole within the scope of the work organization formed by the places, annexes and vehicles connected to the workplace".

As stated in the definition in the Labor Law, a workplace is a unit in which tangible and intangible elements and workers are organized for the purpose of producing a specific good or service². The prominent element in the definition of workplace is the realization of "the production of a specific good or service". A workplace is formed by the organiza-

II. TEMEL KAVRAMLAR

A. İşyeri

İş Kanunu'nun 2. maddesinde "işyeri"; "işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim" olarak tanımlanmıştır. Yine aynı maddede, işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen işyerine bağlı yerler ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlarının da işyerinden sayıldığı belirtilmiştir¹. "İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür".

İş Kanunu'nda yer alan tanımda da belirtildiği üzere işyeri, maddi olan ve olmayan öğelerin ve işçilerin belirli bir mal veya hizmet üretiminin gerçekleştirilmesi amacıyla örgütlendiği bir birimdir². İşyeri tanımında öne çıkan unsur, "belirli bir mal veya hizmet üretiminin" gerçekleştirilmesidir. Bir işyeri bina, makine, malzeme gibi maddi unsurlar ile, patent, alacak, marka gibi haklar, tecrübe, buluş, müşteri ilişkileri gibi maddi olmayan unsurlar ve işçi unsurunun birlikte örgütlen-



FOOTNOTE

¹ Nuri Çelik/ Nürşen Caniklioğlu/ Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, 35th Edition, İstanbul 2022, p. 135; Sarper Süzek, İş Hukuku, 20th Edition, İstanbul 2020 p. 187.

² Süzek, p. 187.

DİPNOT

¹ Nuri Çelik/ Nürşen Caniklioğlu/ Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, 35. Baskı, İstanbul 2022, s. 135; Sarper Süzek, İş Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2020 s. 187.

² Süzek, s. 187.

tion of tangible elements such as buildings, machinery, materials, rights such as patents, receivables, trademarks, intangible elements such as experience, inventions, customer relations and workers³. Every workplace is an organized association. However, in order to establish the concept of workplace, this organization must be continuous⁴.

B. Enterprise

The concept of enterprise is not included in the Labor Law, and the concept of enterprise is not regulated in the European Union Directive 2001/23/EC, which was taken into consideration while regulating Article 6 of the Labor Law⁵. A single workplace may be included within the scope of an enterprise, or more than one workplace may be included within an enterprise. Although it is not absolutely necessary, while the workplace has a technical purpose, the enterprise has an economic purpose⁶. Therefore, an enterprise can be defined as a whole formed by the organization of one or more workplaces affiliated to an employer in order to achieve an economic objective.

C. Transfer of Workplace

The transfer of the workplace regulated under Article 6 of the Labor Law is the transfer of the rights and management of the workplace, in whole or in part, to another employer⁷. The conditions regarding the transfer of the workplace are regulated in both the Labor Law and the Turkish Code of Obligations numbered 6098 ("TCO"). The Labor Law No. 1475 also has a special provision regarding severance pay in the event of the transfer of the workplace. The provisions regulating the transfer of the workplace in the Labor Law and the TCO are in line with the European Union legislation and are intended to prevent the employment contract between the parties from being affected by the transfer⁸.

Pursuant to the European Union Directive 2001/23/EC, a transfer of the workplace occurs when there is a change of employer and the activities of the workplace are continued by the new employer with the existing employees and within the same work organization⁹. Therefore, in order to speak of a transfer of the workplace, there must be a change of employer.

According to the doctrine and judicial decisions, when determining whether there is

mesi ile oluşur³. Her işyeri örgütlenmiş bir birliftir. Ancak işyeri kavramının ortaya konulması açısından, bu örgütlenmenin sürekli olması gereklidir⁴.

B. İşletme

İş Kanunu'nda işletme kavramı yer almamakta olup, İş Kanunu'nun 6. maddesi düzenlenirken göz önünde bulundurulmuş 2001/23/EC sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nde de işletme kavramı düzenlenmemektedir⁵. İşletmenin kapsamına tek bir işyeri dahil edilebileceği gibi bir işletme içerisinde birden fazla işyeri de yer alabilir. Mutlak olarak zorunlu olmamakla beraber, işyerinin teknik bir amacı bulunmaktayken, işletmenin iktisadi amacı bulunmaktadır⁶. Dolayısıyla işletme, iktisadi bir hedefe ulaşabilmek adına, bir işverene bağlı bir veya birden çok işyerinin örgütlenmesi ile oluşan bir bütün olarak tanımlanabilecektir.

C. İşyerinin Devri

İş Kanunu m. 6'da düzenlenen işyeri devri, işyerinin bütünü veya bir bölümündeki hakların ve işyerinin idaresinin başka bir işverene geçmesidir⁷. İşyerinin devrine ilişkin koşullar hem İş Kanunu'nda hem de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ("TBK") düzenlenmiştir. 1475 sayılı İş Kanunu'nda da işyerinin devri halinde kıdem tazminatı açısından özel düzenleme bulunmaktadır. İş Kanunu ve TBK'da mevcut olan ve işyeri devrini düzenleyen hükümler, Avrupa Birliği mevzuatı ile uyumlu olup, devir işleminden taraflar arasındaki iş sözleşmesinin etkilenmesini engellemeye yöneliktir⁸.

2001/23/EC sayılı Avrupa Birliği Yönergesi uyarınca, işveren değişikliği olması ve işyerinin faaliyetinin yeni işveren tarafından mevcut işçiler ve aynı iş örgütlenmesi içerisinde sürdürülmesi durumunda işyeri devrinden söz edilir⁹. Dolayısıyla, işyerinin devrinden söz edilebilmesi için, işveren değişikliğinin mevcut olması şarttır.

Öğretide ve yargı kararlarında belirtildiği üzere, işyeri devrinin mevcut olup olmadığı tespit edilirken yapılan değerlendirmede; işyeri ve işletmenin türü, işletmenin maddi ve maddi olmayan unsurlarının devredilip devredil-

a workplace transfer; the type of workplace and enterprise, whether the tangible and intangible elements of the enterprise are transferred, whether the workers are transferred, whether there is a similarity between the activity before the transfer and the activity after the transfer, and whether the technical purpose of the workplace has undergone any changes are taken into consideration¹⁰. It should also be noted that in order to talk about the transfer of the workplace, this transfer must be based on a legal transaction¹¹. Article 6 of the Labor Law stipulates that "When the workplace or a part of the workplace is transferred to another person based on a legal transaction, the employment contracts existing in the workplace or a part of the workplace at the date of transfer shall be transferred to the transferee together with all rights and obligations." The last paragraph states that the provisions of Article 6 of the Labor Law "shall not apply to the transfer of the workplace or a part thereof to another person as a result of the liquidation of assets due to bankruptcy".

III. LEGAL REGULATIONS REGARDING THE TRANSITION OF THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP IN THE TRANSFER OF THE WORKPLACE

In order to evaluate the right of the employee to object to the transfer of the employment relationship to the transferee employer in the transfer of the workplace, the concepts of merger and demerger should first be examined, and then the provisions of Article 6 of the Labor Law and Article 178 of the TCC regarding the transfer of the employment relationship should be discussed.

A. The Concepts of Merger and Division

Pursuant to Article 136 of the TCC, "mergers may be in the form of "merger by acquisition", where one company takes over the other company, or "merger by new establishment", where the two companies come together in a new company." A merger "takes place through the spontaneous acquisition of the shares of the transferred company by the shareholders of the company in return for the assets of the transferred company". Pursuant to Article 136/4 of the TCC, "the transferee

mediği, işçilerin devredilip devredilmediği, devirden önceki faaliyetle sonraki faaliyet arasında benzerlik olup olmadığı, işyerinin teknik amacının herhangi bir değişime uğrayıp uğramadığı göz önünde bulundurulur¹⁰. Ayrıca belirtmek gerekir ki işyeri devrinden bahsedebilmek için, bu devrin hukuki bir işleme dayalı olarak gerçekleştirilmiş olması gerekir¹¹. İş Kanunu m. 6'da "İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer." hükmüne yer verildikten sonra son fıkrada İş Kanunu m.6'daki hükümlerin "iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün başkasına devri halinde uygulanmayacağı" belirtilmiştir.

III. İŞYERİNİN DEVRİNDE İŞ İLİŞKİSİNİN GEÇİŞİNE İLİŞKİN KANUNİ DÜZENLEMELER

İşyeri devrinde, işçinin iş ilişkisinin devralan işverene geçişine itiraz hakkına ilişkin değerlendirme yapabilmek için öncelikle birleşme ve bölünme kavramları irdelenmeli, sonrasında İş Kanunu madde 6 ve TTK madde 178'teki iş ilişkisinin geçişine ilişkin öngörülen düzenlemeler üzerinde durulmalıdır.

A. Birleşme ve Bölünme Kavramları

TTK m. 136 uyarınca, "şirket birleşmeleri, bir şirketin diğerini devralması "devralma şeklinde birleşme" ya da bu iki şirketin yeni bir şirket içerisinde bir araya gelmesi "yeni kuruluş şeklinde birleşme" şeklinde olabilir." Birleşme, "devrolunan şirketin paylarının, devrolunan şirketin malvarlığı karşılığında şirketin ortakları tarafından kendiliğinden iktisap edilmesiyle gerçekleşir". TTK m. 136/4'e göre, "devralan şirket devrolunan şirketin malvarlığını bütün halinde devralır ve devrolunan şirket sona ere-

DİPNOT

3 Süzek, s. 188.

4 Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, p. 137.

5 Ertan İren, Avrupa Birliği Yönergeleri Karşısında 4857 sayılı İş Kanunu'nun Durumu, Ankara 2008, p. 175 et seq. vd.

6 Süzek, s. 191.

7 Ömer Ekmekçi, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 3. Baskı, İstanbul 2021, s. 220.

8 Ekmekçi, s. 219.

9 Ekmekçi, s. 221.

10 Yargıtay HGK., T. 15.02.2017, E. 2015/1275, K. 2017/266

11 Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 140; Ekmekçi, s. 222.

FOOTNOTE

3 Süzek, p. 188.

4 Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, p. 137.

5 Ertan İren, Avrupa Birliği Yönergeleri Karşısında 4857 sayılı İş Kanunu'nun Durumu, Ankara 2008, p. 175 et seq.

6 Süzek, p. 191.

7 Ömer Ekmekçi, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 3th Edition, İstanbul 2021, p. 220.

8 Ekmekçi, p. 219.

9 Ekmekçi, p. 221.

10 Yargıtay HGK., T. 15.02.2017, E. 2015/1275, K. 2017/266

11 Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, p. 140; Ekmekçi, p. 222.

PART 5

company takes over the assets of the transferred company as a whole, and the transferred company is terminated and deleted from the trade registry". The merger becomes valid upon the registration of the merger in the trade registry, and at the time of registration, the transferred company automatically transfers all of its assets and liabilities to the transferee company.

Division is the transfer of all or part of the assets of capital companies and co-operatives to other capital companies and co-operatives without liquidation and through partial succession, and as a result of this transaction, the shareholders of the divided company automatically become shareholders of the transferee companies.

Pursuant to Article 159 of the TCC, "a company may be fully or partially divided. In a full spin-off, all assets of the company are divided into parts and transferred to other companies. The shareholders of the divided company acquire the shares and rights of the transferee companies. The company that is fully divided and transferred is terminated and deleted from the trade registry".

Partial division refers to when one or more assets of the divided company are divided and transferred to other companies. In a partial spin-off, the spin-off company is not deleted from the trade registry and continues to operate with its remaining assets. In both full and partial spin-offs, the transferred assets are transferred to the transferee shareholders after the spin-off.



rek ticaret sicilinden silinir". Birleşmenin ticaret siciline tescil edilmesi ile birleşme geçerli olur ve tescil esnasında devrolunan şirket bütün aktif ve pasifleriyle beraber kendiliğinden devralan şirkete geçer.

Bölünme, sermaye şirketlerinin ve kooperatiflerin malvarlıklarının tamamını veya bir kısmını kendisinden ayırarak, tasfiyesiz olarak ve kısmi halefiyet yoluyla başka sermaye şirketlerine ve kooperatiflere devretmeleri ve bu işlemin sonucunda bölünen ortaklığın ortaklarının devralan şirketlere kendiliğinden ortak olmasıdır.

TTK m. 159 uyarınca, "bir şirket tam veya kısmi bölünebilir. Tam bölünmede, şirketin tüm malvarlığı bölümlere ayrılarak diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap ederler. Tam bölünüp devrolunan şirket sona erer ve ticaret sicilinden silinir".

Bölünen şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümünün bölünmeye tabi tutulması ve diğer şirketlere devredilmesi halinde kısmi bölünmeden söz edilir. Kısmi bölünmede, bölünen şirket ticaret sicilinden silinmez ve geriye kalan malvarlığı ile faaliyet göstermeye devam eder. Tam bölünmede de kısmi bölünmede de devredilen malvarlığı bölünme sonrasında devralan ortaklara geçer.

TTK m. 178'de tam ve kısmi bölünme sonucu işyeri ve işletmenin devrinde işçinin itiraz hakkı, bu devrin iş sözleşmelerine tesiri, devreden ve devralan işverenin sorumluluğu düzenlenmiştir.

Article 178 of the TCC regulates the right of objection of the employee in the transfer of the workplace and enterprise as a result of full and partial division, the effect of this transfer on employment contracts, and the liability of the transferor and transferee employers.

B. Regulation Foreseen In The Labor Law On The Transition of The Employment Relationship In The Transfer of The Workplace

Article 6 of the Labor Law regulating the transfer of workplace;

"1- When the workplace or a part of the workplace is transferred to another person based on a legal transaction, the employment contracts existing in the workplace or a part of it on the date of transfer shall pass to the transferee together with all rights and obligations.

2- The transferee employer is obliged to act according to the date the employee started to work for the transferor employer in the rights based on the length of service of the employee.

3- In case of transfer according to the above provisions, the transferor and transferee employers are jointly liable for the debts that arose before the transfer and that must be paid on the date of transfer. However, the responsibility of the transferor employer for these obligations is limited to two years from the date of transfer.

4- Provisions on joint liability shall not apply in the event of termination of a legal entity through merger or merger or change of its type.

5- The transferor or transferee employer cannot terminate the employment contract solely due to the transfer of the workplace or a part of the workplace and the transfer does not constitute a just cause for termination for the employee. The termination rights of the transferor or transferee employer necessitated by economic and technological reasons or change in work organization or the right of immediate termination of employees and employers for just cause are reserved.

B. İşyerinin Devrinde İş İlişkisinin Geçişine İlişkin İş Kanunu'nda Öngörülen Düzenleme

İş Kanunu'nda işyeri devrinin düzenlendiği 6. madde;

"1- İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.

2- Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür.

3- Yukarıdaki hükümlere göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır.

4- Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz.

5- Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturamaz. Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır.

6- Yukarıdaki hükümler, iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün başkasına devri halinde uygulanmaz." şeklindedir.

6- *The above-mentioned provisions shall not apply to the transfer of the workplace or a part of it to another person as a result of the liquidation of the assets due to bankruptcy.*"

As can be seen, Article 6 of the Labor Law stipulates that in the event that the workplace or a part of the workplace is transferred to another employer based on a legal transaction, the employment contracts existing in the workplace or a part of the workplace on the date of transfer shall be transferred to the transferee employer together with all rights and obligations, and it is aimed to prevent any loss of rights of the employee with the automatic transfer of the employment contracts¹². This article, which aims to protect the employee, does not include any provision regarding the employee's objection to the transfer.

C. Regulation Foreseen in the TCC on the Transition of the Employment Relationship in the Transfer of the Workplace

Unlike the abrogated Turkish Commercial Code No. 6762, the TCC introduces provisions regulating employment relations specific to the transfers of commercial companies through merger, division and conversions (TCC 158/4, 178, 190). Article 178 titled "Transition of the Employment Relationship", which is referred to in Article 158/4 of the TCC and Article 190 of the TCC;

"1- In a full or partial spin-off, the service contracts concluded with the employees shall pass to the transferee with all rights and obligations arising from this contract until the day of transfer, unless the employee objects.

2- If the worker objects, the contract of service shall expire at the end of the statutory dismissal period; the transferee and the worker shall be obliged to fulfil the contract until that date.

3- The former employer and the transferee are jointly and severally liable for the employee's receivables due before the division and for the receivables due during the period until the date when the service contract is normally terminated or terminated due to the objection of the employee.

4- Unless otherwise agreed or unless it is understood from the necessity of the situation,

Görüldüğü üzere İş Kanunu madde 6'da işyeri veya işyerinin bir bölümünün hukuki işleme dayalı olarak başka birine devredilmesi halinde, devir tarihinde işyerinde veya işyerinin bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçlarıyla birlikte devralan işverene geçeceği öngörülmüş, iş sözleşmelerinin kendiliğinden geçişi ile işçinin herhangi bir hak kaybına uğramaması amaçlanmıştır¹². İşçinin korunması amacının güdüldüğü bu maddede, işçinin söz konusu devir işlemine itirazına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

C. İşyerinin Devrinde İş İlişkisinin Geçişine İlişkin TTK'da Öngörülen Düzenleme

TTK, 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak ticaret şirketlerinin yalnızca birleşme, bölünme ve tür değiştirme yoluyla gerçekleşen devirlerine özgü olarak iş ilişkilerini düzenleyen hükümler getirmiştir (TTK 158/4, 178, 190). TTK m. 158/4 ve TTK m. 190'da atıf yapılan ve "İş İlişkisinin Geçmesi" başlıklı 178. madde;

"1- Tam veya kısmi bölünmede, işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçer.

2- İşçi itiraz ederse, hizmet sözleşmesi kanunî işten çıkarma süresinin sonunda sona erer; devralan ve işçi o tarihe kadar sözleşmeyi yerine getirmekle yükümlüdür.

3- Eski işveren ile devralan, işçinin bölünmeden evvel muaccel olmuş alacakları ile hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği veya işçinin itirazı sebebiyle sona erdiği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklarından müteselsilen sorumludur.

4- Aksi kararlaştırılmadıkça veya hâlin gereğinden anlaşılmadıkça, işveren hizmet sözleşmesinden doğan hakları üçüncü bir kişiye devredemez.

the employer cannot transfer the rights arising from the service contract to a third party.

5- Workers may request the guarantee of their receivables that are due and will become due as provided in the first paragraph.

6- *The shareholders of the transferor company who were liable for the debts of the company before the spin-off shall continue to be jointly and severally liable for the debts arising from the service contract and due until the day of transfer, and for the debts that would have become due if the service contract had been terminated normally or that would have arisen until the termination of the service contract due to the objection of the employee.*"

In the preamble of Article 178 of the TCC, it is stated that the first four paragraphs of the Article are taken from Article 333 of the Swiss Code of Obligations¹³. In the first two paragraphs of the Article, the right to object to the transfer is granted to the employees specific to the structural changes of commercial companies and limited to the transfer of the employment relationship.

Article 178/1 of the TCC grants the employee the right to object to the transfer and stipulates that the employment contracts shall be transferred to the transferee employer only "if the employee does not object to the transfer". Article 178 of the TCC grants the right to object to the transfer of employment contracts to the transferee employer in the event that the merger, division and conversions of commercial companies constitute a transfer of workplace. In other words, in the event that the transfer of the workplace occurs through merger, division or change of type, the employment contracts will no longer be automatically transferred to the transferee employer, and the employment contracts will be transferred to the transferee employer if the employee does not object to the transfer¹⁴. It should be noted that if the employee objects to the transfer, the merger, division or conversion transactions will be legally valid, and the employee's objection to the transfer will only prevent the transfer of the employment contract to the transferee employer¹⁵.

Article 178/2 of the TCC regulates the effect of the employee's exercise of his right to object to the transfer on the employment relationship. Pursuant to the relevant provision,

5- *İşçiler muaccel olan ve birinci fıkrada öngörüldüğü şekilde muaccel olacak alacaklarının teminat altına alınmasını isteyebilirler.*

6- *Devreden şirketin bölünmeden önce şirket borçlarından dolayı sorumlu olan ortakları, hizmet sözleşmesinden doğan ve intikal gününe kadar muaccel olan borçlarla, hizmet sözleşmesi normal olarak sona ermiş olsaydı muaccel hâle gelecek olan veya işçinin itirazı sebebiyle hizmet sözleşmesinin sona erdiği ana kadar doğacak olan borçlardan müteselsilen sorumlu olmakta devam ederler.*" şeklidir.

TTK m. 178'in madde gerekçesinde; maddenin ilk dört fıkrasının İsviçre Borçlar Kanunu'nun 333. maddesinden alındığı ifade edilmiştir¹³. Maddenin ilk iki fıkrasında, ticari şirketlerin yapısal değişikliklerine özgü olarak ve iş ilişkisinin devri ile sınırlandırılarak işçilere devre itiraz hakkı tanınmıştır.

TTK m. 178/1'de işçiye devre itiraz hakkı tanınmış ve yalnızca "işçi devre itiraz etmediği takdirde" iş sözleşmelerinin devralan işverene geçeceği düzenlenmiştir. TTK madde 178 ile ticaret şirketlerinin birleşme, bölünme ve tür değiştirme durumlarının bir işyeri devri niteliği taşıması halinde, söz konusu devirden etkilenen işçilere, iş sözleşmelerinin devralan işverene geçişine itiraz hakkı tanınmıştır. Başka bir deyişle, işyeri devrinin birleşme, bölünme veya tür değiştirme durumlarından biri ile meydana gelmesi halinde artık iş sözleşmelerinin kendiliğinden devralan işverene geçişi söz konusu olmayacak, işçinin devre itiraz etmemesi halinde iş sözleşmeleri devralan işverene geçecektir¹⁴. Belirtmek gerekir ki, işçinin devre itiraz etmesi halinde birleşme, bölünme veya tür değiştirme işlemleri hukuki olarak geçerli olacak olup, işçinin devre itirazı ile sadece iş sözleşmesinin devralan işverene geçmesi engellenecektir¹⁵.

TTK m. 178/2'de ise, işçinin devire ilişkin itiraz hakkını kullanmasının iş ilişkisine etkisi düzenlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca, işçinin, birleşme, bölünme veya tür değiştirmenin işyeri devri niteliği taşıması durumunda iş ilişkisinin devralan işverene geçişine itiraz etmesi halinde, işçinin iş sözleşmesi kanuni işten çıkarma süresinin sonunda sona erecek; fakat devralan işveren ve işçi iş sözleşmesinin sona erme tarihine kadar sözleşmesel sorumluluklarını yerine getirmekle yükümlü olacaklardır¹⁶.

DİPNOT

¹² İş Kanunu m. 6'nın gerekçesi için bkz. <https://www.lexpera.com.tr>. Erişim Tarihi 26 Nisan 2023.

¹³ TTK m. 178'in gerekçesi için bkz. <https://www.lexpera.com.tr>. Erişim Tarihi 26 Nisan 2023.

¹⁴ Süzek, s. 327.

¹⁵ **Recep Çakrak**, "Ticari Şirketlerin Yapı Değişikliği Sonucunda İş İlişkisinin Geçmesi: 'İşçinin İtiraz Hakkı'", Karatahta İş Yazıları Dergisi, Sayı 7, Nisan 2017, s. 150.

¹⁶ **Muhittin Astarlı**, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkisinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı", Çalışma ve Toplum Dergisi, C. 1, S. 6, 2013, s. 84.

FOOTNOTE

¹² For the justification of Article 6 of the Labor Law, see <https://www.lexpera.com.tr>. Access Date 26 April 2023.

¹³ For the justification of the Article 178 of TCC, see <https://www.lexpera.com.tr>. Access Date: 26 April 2023.

¹⁴ Süzek, p. 327.

¹⁵ **Recep Çakrak**, "Ticari Şirketlerin Yapı Değişikliği Sonucunda İş İlişkisinin Geçmesi: 'İşçinin İtiraz Hakkı'", Karatahta İş Yazıları Dergisi, I. 7, April 2017, p. 150.

if the employee objects to the transfer of the employment relationship to the transferee employer in the event of a merger, spin-off or conversion of type, the employment contract of the employee shall terminate at the end of the statutory dismissal period; however, the transferee employer and the employee shall be obliged to fulfil their contractual obligations until the termination date of the employment contract¹⁶.

IV. APPLICATION AREA OF ARTICLE 178 OF THE TCC AGAINST ARTICLE 6 OF THE LABOR LAW

Undoubtedly, the term “transfer of employment relations” also includes the transfer of workplace. This situation has led to a debate as to whether Article 178 of the TCC should be applied in priority to Article 6 of the Labor Code, which regulates the transfer of the workplace in Turkish labor law and does not give the employee the right to object to the transfer of the employment relationship to the transferee employer. At this point, it is necessary to determine whether Article 6 of the Labor Law or Article 178 of the TCC shall be applied in priority.

Considering the references to Art. 178 of the TCO in Art. 158/4 and Art. 190 of the TCC, it can be concluded that Art. 178 of the TCC will be applicable to the mergers, demergers and changes of type of commercial companies regulated under Art. 134-194 of the TCC. The purpose of these provisions in the TCC is to protect the rights of the employees who will be affected by the transfer in the event of a workplace transfer as a result of merger, division or change of type¹⁷.

Article 6 of the Labor Law regulates the fate of employment relations in the event of the transfer of a workplace or a part of a workplace based on a legal transaction. Pursuant to Article 4 of the Labor Law, the provisions on joint liability shall not apply if the employer is a legal entity and the legal entity is terminated by merger or incorporation or change of its type. Since Article 4 of the Labor Law stipulates that the provisions on joint liability shall not be applicable only in the event of termination of a legal entity through merger or incorporation or change

IV. TTK MADDE 178'İN İŞ KANUNU M. 6 KARŞISINDAKİ UYGULAMA ALANI

Kuşkusuz, iş ilişkilerinin devri ifadesi, işyeri devrini de içerisine almaktadır. Bu durum, Türk iş hukukunda işyeri devrini düzenleyen ve işyeri devrinde iş ilişkisinin devralan işverene geçişi hususunda işçiye itiraz hakkı tanımayan İş Kanunu m.6'ya karşılık, TTK m. 178'in öncelikli uygulanıp uygulanmayacağı tartışmasını doğurmuştur. Bu noktada, İş Kanunu m.6'nın mı yoksa TTK m. 178'in mi daha öncelikli olarak uygulanacağını belirlemesi gerekmektedir.

TTK m. 158/4 ve m. 190'da TBK m. 178'e yapılan atıflar da göz önünde bulundurulduğunda, TTK m. 178'in, TTK m. 134-194 arasında düzenlenen ticaret şirketlerinin birleşme, bölünme ve tür değiştirmelerinde uygulama alanı bulacağı sonucuna varılacaktır. TTK'daki bu düzenlemelerin amacı, birleşme, bölünme veya tür değişimi sonucunda bir işyeri devrinin meydana gelmesi durumunda, devirden etkilenecek işçilerin haklarının korunmasıdır¹⁷.

İş Kanunu m. 6 işyeri veya işyerinin bir bölümünün bir hukuki işleme dayanılarak devri halinde iş ilişkilerinin akibetinin ne olacağını düzenlemektedir. İş Kanunu m. 4 uyarınca, işverenin tüzel kişi olması ve tüzel kişiliğin, birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme durumunda birlikte sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır. İş Kanunu m.4'te, tüzel kişiliğin, yalnızca birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme durumunda birlikte sorumluluk hükümlerinin uygulama alanı bulamayacağı düzenlendiğinden, işverenlerin birlikte sorumluluğu haricinde İş Kanunu m. 6'nın uygulanması gerektiği sonucuna varılabilecektir¹⁸.

of its type, it can be concluded that Article 6 of the Labor Law should be applied except for the joint liability of employers¹⁸.

With the entry into force of the TCC, there are two separate legal provisions regulating the effect of the merger, division or change of type of commercial companies and the transfer of workplaces on employment relations. There are different opinions in the doctrine on the determination of which provision in the legislation will be applied with priority. The predominant opinion in the doctrine supports that this problem should be solved with the principles regarding the resolution of the conflict of laws, that the TCC is a later dated law compared to the Labor Law, that the provision titled “transition of the employment relationship” regulated in Article 178 of the TCC is regulated only in cases of merger, division and change of type of companies, and for these reasons, it is a more special provision compared to Article 6 of the Labor Law, which covers all workplace transfers, and argues that Article 178 of the TCC should be applied in priority¹⁹. In the TGNA Justice Commission report on the TCC, it is also stated that Article 178 of the TCC is a special provision vis-à-vis Article 6 of the Labor Law, and this regulation in the commission report also supports the dominant view in the doctrine.

Against the dominant view in the doctrine, there are those who argue that the special law regulating employment relations is the Labor Law, therefore it would not be correct to accept that Article 178 of the TCC is a special regulation regarding the fate of employment relations, and that Article 6 of the Labor Law should be applied in priority over Article 178 of the TCC, even though it is an older dated regulation²⁰. However, it should be noted that this view has not been supported and has taken its place as a minority in the doctrine.

In conclusion, if structural changes in commercial companies result in the transfer of the workplace, it can be stated that Article 178 of the TCC will be applied primarily, and in matters not regulated by the TCC, Article 6 of the Labor Law will be used to fill the gaps in question. Article 6 of the Labor Law shall apply to all transfers of workplaces based on a legal transaction outside the scope of Articles 134-194 of the TCC.

TTK'nın yürürlüğe girmesi ile ticaret şirketlerinin birleşmesi, bölünmesi veya tür değiştirmesi ile gerçekleşen işyeri devirlerinin iş ilişkilerine etkisini düzenleyen iki ayrı kanun hükmü bulunmaktadır. Mevzuattaki hangi düzenlemenin daha öncelikli olarak uygulanacağını belirlemesi noktasında öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Öğretideki baskın görüş; kanunların çatışmasının çözümlenmesine ilişkin ilkeler ile bu sorunun çözülmesi gerektiğini, TTK'nın İş Kanunu'na göre sonraki tarihli bir kanun olduğunu, TTK m. 178'de düzenlenen “iş ilişkisinin geçmesi” başlıklı hükmün yalnızca şirketlerin birleşme, bölünme ve tür değiştirme durumlarına özgü düzenlendiğini ve bu nedenlerle tüm işyeri devirlerini içerisine alan İş Kanunu m. 6'ya göre daha özel bir hüküm niteliğinde olduğunu desteklemekte, TTK m. 178'in öncelikli olarak uygulanması gerektiğini savunmaktadır¹⁹. TTK'ya ilişkin TBMM Adalet Komisyonu raporunda da TTK m. 178'in İş Kanunu m. 6 karşısında özel bir hüküm olduğu belirtilmekte, komisyon raporundaki bu düzenleme de doktrindeki baskın görüşü desteklemektedir.

Öğretideki baskın görüş karşısında, iş ilişkilerini düzenleyen özel yasanın İş Kanunu olduğunu, dolayısıyla TTK m. 178'in iş ilişkilerinin akibetine ilişkin özel bir düzenleme olduğunun kabul edilmesinin doğru olmayacağını ve her ne kadar daha eski tarihli bir düzenleme olsa da İş Kanunu m. 6'nın TTK madde 178 hükmü karşısında öncelikli olarak uygulanması gerektiğini savunanlar bulunmaktadır²⁰. Ancak belirtmek gerekir ki bu görüş desteklenmemiş ve doktrinde azınlık olarak yerini almıştır.

Sonuç olarak, ticaret şirketlerinin yapısal değişiklikleri işyeri devri sonucunu meydana getiriyorsa, öncelikli olarak TTK m. 178'in uygulanacağı, TTK'da düzenlenmeyen hususlarda ise İş Kanunu m. 6'ya gidilerek söz konusu boşlukların İş Kanunu m. 6'dan yararlanılarak doldurulacağı söylenebilecektir. TTK m. 134-194 kapsamı dışındaki hukuki bir işleme dayalı olarak gerçekleşecek tüm işyeri devirlerinde ise İş Kanunu m.6 uygulama alanı bulacaktır.

FOOTNOTE

¹⁶ Muhittin Astarlı, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkisinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, V. 1, I. 6, 2013, p. 84.

¹⁷ Astarlı, p. 84.

¹⁸ Astarlı, p. 84.

¹⁹ Sarper Süzek, “İşyerinin Devri ve Hukuki Sonuçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V. 15, Special Edition, 2013, p. 326-327; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, p. 143-144.

²⁰ Ekmekçi, p. 202.

DİPNOT

¹⁷ Astarlı, s. 84.

¹⁸ Astarlı, s. 84.

¹⁹ Sarper Süzek, “İşyerinin Devri ve Hukuki Sonuçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel S., 2013, s. 326-327; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 143-144.

²⁰ Ekmekçi, s. 202.

PART 5

V. APPLICATION OF THE EMPLOYEE'S RIGHT TO OBJECT TO THE TRANSFER OF THE LABOR RELATIONSHIP TO THE TRANSFEREE EMPLOYER IN THE TRANSFER OF THE WORKPLACE WITH- IN THE FRAMEWORK OF ART. 178 OF THE TCC

In our law, the right of objection is defined as a unilateral, innovative right that creates legal consequences upon reaching the other party. The right of objection is a right granted only to the employee, and the transferee employer has no right of objection²¹. Article 178 of the TCC grants the right of objection to the employee, but does not regulate the form, addressee and duration of this objection²². Within the framework of this gap in the law, various opinions have been put forward in the doctrine.

In the doctrine, it is argued that the objection may be made in writing or orally, based on the provision in Article 12 of the TCO stating that *"The validity of contracts is not subject to any form, unless otherwise stipulated by law"*. Although it is argued in the doctrine that the principle of freedom of form and oral objection is also possible, in our opinion, it would be more appropriate to make the objection in writing for ease of proof.

In the doctrine, it is stated that Article 178 of the TCC does not require the existence of any reason for the employee to exercise his right of objection, it is sufficient for the employee to object only to the transfer of the employment relationship, and the employee is not obliged to base this objection on a valid reason²³. In addition, it is stated that even if the employee has shown a reason for objecting to the transfer of the employment relationship, the fact that this reason does not reflect the reality or does not justify the employee's objection will not have a negative consequence for the employee and it cannot be claimed that the employee has abused his right to object²⁴.

There are different opinions in the doctrine regarding to whom the employee should direct his objection regarding the transfer of the workplace, and the majority opinion

V. TTK M. 178 ÇERÇEVESİNDE İŞYERİ DEVRİNDE İŞÇİNİN İŞ İLİŞKİSİNİN DEVRALAN İŞVEREN GEÇİŞİNE İTİRAZ HAKKININ UYGULAMASI

Hukukumuzda itiraz hakkı, tek taraflı, karşı tarafa ulaşması ile hukuki sonuç meydana getiren yenilik doğuran bir hak olarak tanımlanmaktadır. İtiraz hakkı yalnızca işçiye tanınan bir hak olup, devralan işverenin itiraz hakkı mevcut değildir²¹. TTK madde 178'de işçiye itiraz hakkı tanınmış ancak bu itirazın şekline, muhatabına, süresine ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır²². Kanundaki bu boşluk çerçevesinde, öğretide bu konuya ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Öğretide, TBK m. 12'deki *"Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir"* şeklindeki düzenlemeden yola çıkılarak, itirazın yazılı veya sözlü yapılabileceği savunulmaktadır. Her ne kadar öğretide şekil serbestisi ilkesi ve sözlü itirazın da mümkün olduğu savunulmuşsa da kanımızca ispat kolaylığı açısından itirazın yazılı olarak yapılması daha uygun olacaktır.

Doktrinde, TTK m. 178 hükmünde, işçinin itiraz hakkını kullanması açısından herhangi bir neden varlığının aranmadığı, işçinin yalnızca iş ilişkisinin devredilmesine itiraz etmiş olmasının yeterli olduğu, işçinin bu itirazını geçerli sayılabilecek bir sebebe dayandırmak zorunda olmadığı ifade edilmektedir²³. İlaveten, işçi iş ilişkisinin devrine itirazında bir sebep göstermiş olsa da bu sebebin gerçeği yansıtmamasının ya da işçinin itirazını haklı kılmamasının işçi açısından olumsuz bir sonuç meydana getirmeyeceği ve işçinin itiraz hakkının kötüye kullandığının öne sürülemediği belirtilmiştir²⁴.

İşçinin işyeri devrine ilişkin itirazını kime yöneltmesi hususunda doktrinde farklı görüşler mevcut olup, Alman hukukunda olduğu gibi işçiye seçimlik bir hak tanınması gerektiği öğretideki çoğunluk görüşü oluşturmaktadır²⁵. TTK m. 178'de aksine bir düzenleme bulunmadığından bahisle ve işçi lehine yorum il-

in the doctrine is that the employee should be granted an optional right, as in German law²⁵. It may be argued that, since there is no contrary provision in Article 178 of the TCC and in accordance with the principle of interpretation in favor of the employee, it will be sufficient for the employee to object to the transferor or transferee company²⁶. Accordingly, the employee will have a right of choice when exercising his objection regarding the transfer and will be able to exercise his right of objection against the transferor or the transferee employer.

Article 178 of the TCC does not stipulate the period of time within which the employee must submit his objection regarding the transfer and when this period will commence. Although it is argued in the doctrine that in cases where there is no need to grant a longer period of time to the employee, the period of 6 business days stipulated in Article 22 of the Labor Law regarding the fundamental change in the working conditions is sufficient²⁷, this period is deemed insufficient for the employee to evaluate whether he will exercise his right of objection or not, and this opinion remains in the minority²⁸. Another view in the doctrine argues that the application of the one-month period clearly stipulated in Swiss judicial decisions and the German Civil Code will be sufficient²⁹.

In our opinion, since the duration of the right of objection granted to the employee is not regulated in the legislation, the duration of the objection may vary according to the

kesi gereğince, işçi tarafından devreden ya da devralan şirkete itiraz edilmesinin yeterli olacağı savunulabilecektir²⁶. Bu doğrultuda, işçi, devre ilişkin itirazını kullanırken bir seçim hakkına sahip olacak ve devreden ya da devralan işverene karşı itiraz hakkını kullanabilecektir.

TTK m. 178'de, işçinin devre ilişkin itirazını yapması gereken süre ve bu sürenin ne zaman başlayacağına ilişkin de herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Öğretide, işçiye daha uzun bir süre tanınmasına gerek olmayan hallerde, İş Kanunu m. 22'de düzenlenen, çalışma koşullarındaki esaslı değişiklik ile ilgili öngörülen 6 iş günlük sürenin yeterli olduğu savunulmuşsa da²⁷ bu süre işçinin itiraz hakkını kullanıp kullanmayacağını değerlendirebilmesi açısından yetersiz görülmüş ve bu görüş azınlıkta kalmıştır²⁸. Öğretideki diğer bir görüş, İsviçre yargı kararlarında ve Alman Medeni Kanunu'nda açıkça öngörülen bir aylık sürenin uygulanmasının yeterli olacağını savunmaktadır²⁹.

Kanaatimizce, işçiye tanınan itiraz hakkının süresi mevzuatta düzenlenmediğinden, itirazın süresi somut olayın niteliklerine göre değişebilecektir. Konuya ilişkin olarak herhangi bir Yargıtay kararı da halihazırda mevcut değildir. Dolayısıyla, işçinin itiraz hakkını dürüstlük kuralına uygun bir süre içerisinde kullanması gerektiği şu aşamada savunulabilecektir³⁰.

İşçinin itirazına ilişkin sürenin, işçinin devir hakkında bilgilendirilmesi halinde bilgilene-

DİPNOT

21 Şeyma Akkaşoğlu, "Şirketlerde Birleşme, Bölünme veya Tür Değiştirmenin İş Sözleşmelerine Etkisi", Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2017, s. 121-122.

22 Muhittin Astarlı, "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyeri Devrinde İşverenin İşçiye Bilgilendirme Yükümlülüğü", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 104, 2013, s. 174-175.

23 Çakrak, s. 150.

24 Akkaşoğlu, s. 123.

25 Akkaşoğlu, s. 123-124.

26 Albayrak Zircirlioğlu, "İşyerinin Devrinde Türk Ticaret Kanunu ile İş Kanunu Hükümlerinin İş İlişkilerine Etkisi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 114, 2014, s. 34.

27 Çakrak, s. 151; Zircirlioğlu, s. 32-33.

28 Çakrak, s. 152; Zircirlioğlu, s. 33.

29 Zircirlioğlu, s. 33.

30 Süzek, İşyeri, s. 327-328.



characteristics of the concrete case. There is currently no Court of Cassation decision on the subject. Therefore, it can be argued at this stage that the employee should exercise the right of objection within a period of time in accordance with the rule of good faith³⁰.

It is argued that the period for the employee's objection shall commence from the date of notification, if the employee is informed about the transfer, or from the date the employee learns about the transfer, if the employee is not informed³¹. Therefore, it would be appropriate to accept that the right to object starts from the date the employee is informed about the transfer, or if the employee is not informed, from the date the employee learns about the transfer.

If the employee does not exercise his right of objection within the time limit, it may be concluded that the employee has waived his right of objection, or that the employee has implicitly consented to the transfer of the workplace and tacitly accepted the transfer³². As a result, it can be concluded that the employee must exercise his right of objection against the transferor or transferee employer within a reasonable period of time in accordance with the rule of good faith from the date he learnt about the transfer³³.

VI. THE NATURE OF THE TERMINATION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT DUE TO OBJECTION

The employee's exercise of the right of objection is not among the circumstances that terminate the employment contract, and Article 178/2 of the TCC introduces a new form of termination that is not regulated in the labor law legislation. There is no clear regulation on the legal nature of the termination of the employment contract upon the objection of the employee. Different opinions have been put forward in the doctrine on this issue. The dominant opinion is that the termination of the employment contract upon the exercise of the right of objection by the employee cannot be considered as a termination of the employee or the employer. In the doctrine, it is argued that the termination of the employment contract upon objection is a unique termination³⁴. In Swiss law, it is also stated that the employee's objection to the transfer does not constitute a notice of termination³⁵.

dirilmenin yapıldığı tarihten itibaren, işçiye bilgilendirme yapılmaması halinde ise işçinin devri öğrendiği tarihten itibaren başlayacağı savunulmaktadır³¹. Dolayısıyla, itiraz hakkının, devir hakkında işçinin bilgilendirildiği tarihten itibaren; işçi bilgilendirilmemişse, işçinin devri öğrendiği tarihten itibaren başlayacağının kabul edilmesi yerinde olacaktır.

İşçi, itiraz hakkını süresi içerisinde kullanmaz ise itiraz hakkını kullanmaktan vazgeçtiği ya da işçinin işyeri devrine örtülü olarak onay verdiği, devri zimni olarak kabul ettiği sonucuna varılabilecektir³². Sonuç olarak, işçinin, itiraz hakkını devri öğrendiği tarihten itibaren dürüstlük kuralına uygun olarak, makul bir süre içerisinde devreden ya da devralan işverene karşı kullanması gerektiği sonucuna varılabilecektir³³.

VI. İTİRAZA BAĞLI OLARAK İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNİN NİTELİĞİ

İş sözleşmesini sona erdiren durumlar arasında işçinin itiraz hakkını kullanması mevcut olmayıp, TTK m. 178/2 ile iş hukuku mevzuatında düzenlenmeyen yeni bir sona erme şekli meydana gelmiştir. İşçinin itirazı üzerine iş sözleşmesinin sona ermesinin hukuki niteliği hususunda kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide bu konuya ilişkin farklı düşünceler ileri sürülmüştür. Baskın görüş, işçinin itiraz hakkını kullanması üzerine iş sözleşmesinin sona ermesinin işçi ya da işveren feshi olarak değerlendirilemeyeceği şeklindedir. Öğretide, itiraz üzerine iş sözleşmesinin sona ermesinin, kendine özgü bir sona erme hali olduğu savunulmaktadır³⁴. İsviçre hukukunda da işçinin devre itirazının bir feshi bildirimi niteliğinde olmadığı belirtilmektedir³⁵.

Article 178/2 of the TCC stipulates that *"if the employee objects, the service contract shall terminate at the end of the statutory dismissal period; the transferee and the employee shall be obliged to fulfil the contract until that date"*. The "statutory dismissal period" in the said provision should be understood as the end of the legal notice period. The relevant provision stipulates that the employment contract shall terminate at the end of the legal notice period, and it is accepted in the doctrine that the employment contract shall terminate at the end of the legal notice period even if the notice periods are determined differently from the periods stipulated in Article 17 of the Labor Law. Since the termination of the employment contract upon objection does not constitute an employer termination, it is argued in the doctrine that the employer cannot terminate the employment contract by paying the fee for the notice period in advance in accordance with Article 17/5 of the Labor Law.

Another consequence of the termination of the employment contract upon objection is that the employee will not be able to file a reinstatement lawsuit and claim bad faith compensation.

VII. THE EFFECT OF TERMINATION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT DUE TO OBJECTION ON LABOR RECEIVABLES

In the event that the employment contract is terminated upon objection, the employee may claim from the employer the wage he/she is entitled to on the date of termination of the contract and, if any, the unused annual leave fee. At this point, the important issue in terms of labor receivables is whether severance pay will be paid to the employee with one year or more seniority in the event of termination of the employment contract upon objection.

In the doctrine, it is evaluated that if the employment contract is terminated upon the exercise of the right of objection by the employee, the inability of the employee to benefit from the termination rights will not be in accordance with the regulation introduced by the legislator in order to protect the employee in case of transfer of the workplace,

TTK m. 178/2'de *"işçinin itiraz etmesi halinde, hizmet sözleşmesinin kanuni işten çıkarma süresinin sonunda sona ereceği; devralan ve işçinin o tarihe kadar sözleşmeyi yerine getirmekle yükümlüdür olduğu"* düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemede yer alan "kanuni işten çıkarma süresi", yasal ihbar süresinin sonu şeklinde anlaşılmalıdır. İlgili hükümde, iş sözleşmesinin yasal ihbar süresinin sonunda sona ereceği düzenlenmiş olup, öğretide iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinde ihbar süreleri İş Kanunu m. 17'de öngörülen sürelerden farklı olarak belirlenmiş olsa dahi iş sözleşmesinin yine de yasal ihbar süresinin sonunda sona ereceği kabul edilmektedir. İtiraz üzerine iş sözleşmesinin sona ermesi işveren feshi niteliği taşımadığı için, işverenin iş sözleşmesini İş Kanunu m. 17/5 uyarınca ihbar süresine ilişkin ücreti peşin ödeme suretiyle sona erdirilemeyeceği doktrinde savunulmaktadır.

İtiraz üzerine iş sözleşmesinin sona ermesinin işveren feshi taşımasının bir diğer sonucu da işçinin işe iade davası açamayacak ve kötü niyet tazminatı talep edemeyecek olmasıdır.

VII. İTİRAZA BAĞLI OLARAK İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNİN İŞÇİLİK ALACAKLARINA ETKİSİ

İtiraz ile iş sözleşmesinin sona ermesi halinde, işçi, sözleşmenin sona erdiği tarihte hak kazandığı ücreti ve eğer var ise kullanmadığı yıllık izin ücretini işverenden talep edebilecektir. Bu noktada işçilik alacakları bakımından önemli olan husus, itiraz üzerine iş sözleşmesinin sona ermesi halinde bir yıl ve üzeri kıdeme sahip olan işçiye kıdem tazminatı ödenip ödenmeyeceğidir.

Öğretide, işçinin itiraz hakkını kullanması üzerine iş sözleşmesinin sona ermesi halinde, işçinin feshiye bağlı haklardan yararlanmamasının, kanun koyucunun işyeri devri durumunda işçiyi korumak amacıyla getirdiği düzenlemeye uygun olmayacağı ve işçinin itiraz hakkını kullanmasının bir anlamının olabilmesi için, işçinin itiraz hakkını kullanması halinde işçilik alacaklarından mahrum kalması gerektiği değerlendirilmesi yapılmakta-

FOOTNOTE

³⁰ Süzek, İşyeri, p. 327-328.

³¹ Akkaşoğlu, p. 126.

³² Zincirlioğlu, p. 33.

³³ Süzek, İşyeri, p. 327-328; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, p. 143.

³⁴ Astarlı, Karşılaştırmalı, p. 174; Zincirlioğlu, p. 35; Süzek, İşyeri, p. 329.

³⁵ Çakrak, p. 150.

DİPNOT

³¹ Akkaşoğlu, s. 126.

³² Zincirlioğlu, s. 33.

³³ Süzek, İşyeri, s. 327-328; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 143.

³⁴ Astarlı, Karşılaştırmalı, s. 174; Zincirlioğlu, s. 35; Süzek, İşyeri, s. 329.

³⁵ Çakrak, s. 150.

PART 5

and in order for the exercise of the right of objection by the employee to have a meaning, the employee should not be deprived of the labor receivables in case the employee exercises his right of objection. Some authors in the doctrine accept that the right to severance pay will arise in the event of termination of the contract upon the employee's objection to the transfer.

However, in order for the employee to be entitled to severance pay, the employee must complete one year of seniority and the employment contract must be terminated due to one of the reasons that entitle the employee to severance pay listed in Article 14 of the Labor Law No. 1475. Article 14 of the Labor Law No. 1475 does not include the termination of the employment contract upon the objection of the employee. Therefore, if the employment contract is terminated upon objection, the employee will not be entitled to severance pay.

In the event that the contract is terminated upon the exercise of the right of objection, the payment of severance pay to the employee will clearly contravene Article 14 of the Labor Law No. 1475. The Court of Cassation also stated that *"In the concrete dispute, although the plaintiff employee did not consent to the transfer of the workplace based on the relevant provisions of the Turkish Commercial Code and notified that he terminated his employment contract, Article 6 of the Labor Law stipulates that the transfer of the workplace will not constitute a justified termination for the employee, since the employee who objected to the transfer of the workplace cannot be mentioned as a justified termination, it was erroneous to decide to accept the severance indemnity claim with written justification, while the severance indemnity claim should be rejected, and it required a reversal"*.³⁶ With the evaluation in the form of it has been ruled that the employee will not be entitled to severance indemnity in case of termination of the employment contract in the case of objection.

VIII. CONCLUSION

Article 178 of the TCC, which is an exception to the laws on workplace transfer in Turkish labor law legislation and envisages substantial changes in this field, has resulted in numerous conflicts of opinion in the doctrine and uncertainty in practice. Article 178 of the TCC does not regulate the principles re-

garding the exercise of the right of objection by the employee, and the consequences regarding the labor and social security law are not taken into consideration in the relevant regulation.

Ancak, işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için işçinin bir yıllık kıdem süresini tamamlaması ve iş sözleşmesinin 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde sayılan kıdem tazminatına hak kazandıran sebeplerden biri nedeniyle sona ermesi gerekmektedir. 1475 sayılı İş Kanunu m. 14'te sayılan nedenler arasında işçinin itirazı üzerine iş sözleşmesinin sona ermesi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, itiraz halinde iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda işçi kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır.

İtiraz hakkının kullanılması üzerine sözleşmenin son bulması halinde işçiye kıdem tazminatı ödenmesi, 1475 sayılı İş Kanunu m. 14 hükmüne açıkça aykırılık teşkil edecektir. Yargıtay da *"Somut uyumsuzlukta, davacı işçi Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümlerine dayanarak iş yeri devrine muvafakat etmemiş ve iş akdini feshettiğini bildirmişse de İş Kanunu'nun 6. maddesinde iş yeri devrinin işçi yönünden haklı fesih oluşturmayacağı hükmü karşısında iş yerine devrine itiraz eden işçinin haklı feshinden söz edilemeyeceğinden kıdem tazminat talebinin reddi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir."*³⁶ şeklindeki değerlendirmesiyle, itiraz halinde iş sözleşmesinin sona ermesi halinde işçinin kıdem tazminatına hak kazanmayacağı yönünde hüküm kurmuştur.

VIII. SONUÇ

Türk iş hukuku mevzuatındaki işyeri devrine ilişkin düzenlemelere istisna teşkil eden ve bu alanda esaslı değişiklikler öngören TTK m. 178, öğretilerde çok fazla görüş ayrılıklarının oluşması ve uygulamada kafa karışıklıklarına sebebiyet vermiştir. TTK m. 178'te işçinin itiraz hakkının kullanılmasına ilişkin esaslar dü-

zenlenmemiş olup, ilgili düzenlemede iş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin sonuçlar da dikkate alınmamıştır.

TTK m. 178 ile ticari şirketlerin bölünme, birleşme ve tür değiştirmelerinde iş ilişkilerinin devralan işverene geçişini düzenleyen özel bir düzenleme getirilmiştir. TTK m. 178, tüm işyeri devirlerinde değil, yalnızca ticari şirketlerin bölünme, birleşme ve tür değiştirme yolu ile gerçekleşen devirlerinde uygulama alanı bulması nedeniyle, İş Kanunu m.6'ya göre özel bir düzenleme olarak kabul edilmektedir. İki düzenleme arasında herhangi bir ihtilaf olması halinde, şirketlere ilişkin devirlerde TTK m. 178 uygulama alanı bulacak, hukuki işleme dayalı devirlerde ise İş Kanunu m. 6 uygulanacaktır. TTK m. 178'de yer almayan hususlara ilişkin ise; İş Kanunu m. 6 uygulanacaktır.

BIBLIOGRAPHY

NURİ ÇELİK/ NURŞEN CANIKLIOĞLU/ TALAT CANBOLAT, İş Hukuku Dersleri, 35th Edition, İstanbul 2022.

SARPER SÜZEK, İş Hukuku, 20th Edition, İstanbul 2020.

ERTAN İREN, Avrupa Birliği Yönergeleri Karşısında 4857 sayılı İş Kanunu'nun Durumu, Ankara 2008.

ÖMER EKMEKÇİ, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 3th Edition, İstanbul 2021.

RECEP ÇAKRAK, Ticari Şirketlerin Yapı Değişikliği Sonucunda İş İlişkisinin Geçmesi: İşçinin İtiraz Hakkı, Karatahta İş Yazıları Dergisi, I. 7, Nisan 2017.

MUHİTTİN ASTARLI, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkisinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı", Çalışma ve Toplum Dergisi, V. 1, I. 6, 2013.

SARPER SÜZEK, İşyerinin Devri ve Hukuki Sonuçları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V. 15, Special Edition, 2013 (İşyeri).

ŞEYMA AKKAŞOĞLU, "Şirketlerde Birleşme, Bölünme veya Tür Değiştirmenin İş Sözleşmelerine Etkisi", Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2017.

MUHİTTİN ASTARLI, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyeri Devrinde İşverenin İşçiyi Bilgilendirme Yükümlülüğü, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, I. 104, 2013 (Karşılaştırmalı).

ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, İşyerinin Devrinde Türk Ticaret Kanunu ile İş Kanunu Hükümlerinin İş İlişkilerine Etkisi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, I. 114, 2014.

KAYNAKÇA

NURİ ÇELİK/ NURŞEN CANIKLIOĞLU/ TALAT CANBOLAT, İş Hukuku Dersleri, 35. Baskı, İstanbul 2022.

SARPER SÜZEK, İş Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2020.

ERTAN İREN, Avrupa Birliği Yönergeleri Karşısında 4857 sayılı İş Kanunu'nun Durumu, Ankara 2008.

ÖMER EKMEKÇİ, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 3. Baskı, İstanbul 2021.

RECEP ÇAKRAK, Ticari Şirketlerin Yapı Değişikliği Sonucunda İş İlişkisinin Geçmesi: İşçinin İtiraz Hakkı, Karatahta İş Yazıları Dergisi, Sayı 7, Nisan 2017.

MUHİTTİN ASTARLI, "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkisinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı", Çalışma ve Toplum Dergisi, C. 1, S. 6, 2013.

SARPER SÜZEK, İşyerinin Devri ve Hukuki Sonuçları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel S., 2013 (İşyeri).

ŞEYMA AKKAŞOĞLU, "Şirketlerde Birleşme, Bölünme veya Tür Değiştirmenin İş Sözleşmelerine Etkisi", Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2017.

MUHİTTİN ASTARLI, Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyeri Devrinde İşverenin İşçiyi Bilgilendirme Yükümlülüğü, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 104, 2013 (Karşılaştırmalı).

ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, İşyerinin Devrinde Türk Ticaret Kanunu ile İş Kanunu Hükümlerinin İş İlişkilerine Etkisi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 114, 2014.

FOOTNOTE

³⁶ Yargıtay 9. H.D., T. 10.12.2018, E. 2015/28060, K.2018/22719.

DİPNOT

³⁶ Yargıtay 9. H.D., T. 10.12.2018, E. 2015/28060, K.2018/22719.



PART 6

WHETHER IT IS POSSIBLE FOR THE EMPLOYER TO CLAIM THAT THERE ARE NO OBJECTIVE CONDITIONS FOR THE CONCLUSION OF A FIXED-TERM EMPLOYMENT AGREEMENT (IN LIGHT OF THE DECISION OF THE COURT OF CASSATION GENERAL ASSEMBLY ON THE UNIFICATION OF JUDGMENTS, NUMBERED 2017/10 E., 2019/1 K. AND DATED 08.03.2019)

BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ YAPILMASI İÇİN OBJEKTİF ŞARTLARIN BULUNMADIĞINI İŞVERENİN İLERİ SÜREBİLMESİNİN MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI HUSUSU (YARGITAY İÇTİHADI BİRLEŞTİRME HUKUK GENEL KURULU'NUN 2017/10 E., 2019/1 K. SAYILI VE 08.03.2019 TARİHLİ KARARI İŞİĞİNDA)

BİLGE NUR ATICI

PART 6

ABSTRACT | ÖZET

In this article, if the agreed penalty clause is deemed invalid in employment contracts that are considered indefinite-term and not fixed-term employment contracts, it is evaluated whether it is possible for the employer to claim this invalidity.

Bu makalede, belirli süreli iş sözleşmesi niteliğini haiz olmayan belirsiz süreli kabul edilen iş sözleşmelerinde, kararlaştırılmış olan cezai şart hükmü geçersiz sayılırsa, işverenin bu geçersizliği ileri sürmesinin mümkün olup olmadığı değerlendirilmiştir.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELER

Fixed-Term Employment Agreement, Indefinite-Term Employment Agreement, Objective Conditions, Unjust Termination Before The Expiration Of The Term, Penal Clause.

Belirli Süreli İş Sözleşmesi, Belirsiz Süreli İş Sözleşmesi, Objektif Şartlar, Süreden Önce Haksız Fesih, Cezai Şart.

I. INTRODUCTION

In this study, the concepts regarding the Decision ("Decision") dated 08.03.2019 and numbered 2017/10 E. and 2019/1 K. of the Court of Cassation General Assembly on the Unification of Judgments ("Court"), which was taken in order to eliminate the difference of opinion and different practices that arose between the Supreme Court Assembly of Civil Chambers, 9th Civil Chamber and 22nd Civil Chamber, and the said decision will be examined.

II. REVIEW OF JUDGMENT

A. Dispute and Legal Issue

In labor law, indefinite-term employment agreements are the rule and fixed-term employment agreements are the exception, limited to the existence of objective conditions stipulated in the law. Therefore, employment agreements that are established for a definite term without the necessary objective conditions are deemed to be of indefinite duration in order to protect the employee.

One of the issues that is subject to the decision and that needs to be evaluated is

I. GİRİŞ

Bu çalışmada, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 9. Hukuk Dairesi ve 22. Hukuk Dairesi arasında ortaya çıkan görüş ayrılığının ve farklı uygulamaların giderilmesi amacıyla alınan 08.03.2019 tarihli ve 2017/10 E. ve 2019/1 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu ("Kurul") Kararına ("Karar") ilişkin kavramlar ve bahse konu olan karar incelenecektir.

II. KARAR İNCELEMESİ

A. Uyuşmazlık ve Hukuki Sorun

İş hukukunda iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması kural, belirli süreli olması ise kanunda öngörülen objektif şartların varlığı halleriyle sınırlı olmak kaydıyla istisnadır. Bu yüzden gerekli objektif şartları taşımadığı halde belirli süreli olarak kurulan iş sözleşmeleri işçiyi koruma amacıyla belirsiz süreli kabul edilirler.

Karara konu olan ve değerlendirilmesi gereken hususlardan biri, objektif şartları taşınamamasından ötürü belirsiz süreli kabul edilen iş sözleşmelerinde yer alan cezai şart



whether the penalty clause in employment agreements that are deemed to be of indefinite duration due to the lack of objective conditions will face the sanction of invalidity, and whether the employer's request to refrain from paying the penalty clause by claiming that the agreement should be deemed to be of indefinite duration will be contrary to the rule of good faith.

As will be mentioned when analyzing the decision, the principle that dominates the Law of Obligations is the principle of freedom of will and, as a reflection thereof, the principle of freedom of contract. According to Article 26 of the Turkish Code of Obligations ("TCO"), "The parties may freely determine the content of an agreement within the limits prescribed by law."

In accordance with these principles, it can be said that the parties may freely determine the content of the agreement in the absence of any violation of law. However, this principle is not absolute and is subject to certain limitations. According to Article 27/1 of the TCO, "Contracts that are contrary to the mandatory provisions of the Law, morality, public order, personal rights or whose subject matter is impossible are absolutely null and void."

hükmünün geçersizlik yaptırımı ile karşılaşmayacağı hususu gündeme geldiğinde, işverenin sözleşmenin belirsiz süreli kabul edilmesi gerektiğini ileri sürerek cezai şartı ödemekten imtina etmek istemesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmeyeceğidir.

Kararı incelerken de bahsi geçeceği üzere Borçlar Hukukuna hakim olan ilke irade özerkliği ve bunun yansıması olarak sözleşme özgürlüğü ilkesidir. Türk Borçlar Kanunu ("TBK") m. 26'ya göre de, "Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler."

Bu ilkeler gereği söylenebilir ki taraflar, hukuka aykırılık bulunmadığı durumlarda özgür bir biçimde sözleşmenin içeriğini belirleyebilirler. Ancak bu ilke de mutlak olmayıp, kendi içerisinde birtakım sınırlandırmalara tabiidir. TBK m. 27/1'e göre "Kanun'un emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür."

Karar incelenirken varılacak sonuca etki edecek bir diğer düzenleme, aynı hükmün 2. fıkrasında düzenlenmektedir. Buna göre "Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçersizliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın

PART 6

WHETHER IT IS POSSIBLE FOR THE EMPLOYER TO CLAIM THAT THERE ARE NO OBJECTIVE CONDITIONS FOR THE CONCLUSION OF A FIXED-TERM EMPLOYMENT AGREEMENT (IN LIGHT OF THE DECISION OF THE COURT OF CASSATION GENERAL ASSEMBLY ON THE UNIFICATION OF JUDGMENTS, NUMBERED 2017/10 E., 2019/1 K. AND DATED 08.03.2019)

Another provision that will affect the conclusion to be reached while examining the decision is regulated in paragraph 2 of the same provision. Accordingly, "The invalidity of some of the provisions contained in the agreement shall not affect the invalidity of the others. However, if it is clearly understood that the agreement cannot be concluded without these provisions, the whole agreement shall be absolutely null and void."

Therefore, while evaluating the decision, the will of the legislator to keep the agreements alive should also be taken into consideration. Therefore, whether the sanction of partial invalidity should be applied here is subject to legal dispute.

B. Fixed-Term Employment Agreement

Article 8 of the Labor Law No. 4857 ("Labor Law") defines an employment agreement as "an agreement whereby one party (the employee) undertakes to perform work dependently and the other party (the employer) undertakes to pay wages".

Again, Article 393/1 of the TCO defines an employment agreement as "a contract in which the employee undertakes to perform work for a definite or indefinite period of time dependent on the employer and the employer undertakes to pay wages to the employee according to the time or work performed".

Based on these definitions, it can be said that the elements of an employment agreement are performance of work, remuneration and dependency.

Pursuant to Article 11 of the Labor Law, a fixed-term employment agreement is "an employment contract concluded in writing between the employer and the employee for fixed-term work or subject to objective conditions such as the completion of a certain work or the occurrence of a certain event".

In fixed-term employment agreements, the parties determine the moment when the agreement will expire at the stage of the establishment of the agreement. In other words, agreements where the date of expiry of the agreement is known or foreseeable by the parties during the establishment of the agreement are called fixed-term employment agreement¹.

sözleşmenin yapılamayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur."

Bu nedenle karar değerlendirilirken kanun koyucunun sözleşmeleri ayakta tutma iradesi de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu yüzden, kısmi geçersizlik yaptırımının burada uygulanıp uygulanmayacağı konusu hukuki uyumsuzluğa konu olmuştur.

B. Belirli Süreli İş Sözleşmesi

4857 sayılı İş Kanunu ("İş Kanunu") m. 8'de iş sözleşmesi, "Bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme" olarak tanımlanmaktadır.

Yine TBK m. 393/1'de iş sözleşmesi, "İşçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme" olarak tanımlanmıştır.

Bu tanımlardan hareketle iş sözleşmesinin unsurlarının iş görme, ücret ve bağımlılık olduğu söylenebilir.

Belirli süreli iş sözleşmesi ise İş Kanunu m. 11 uyarınca, "Belirli süreli işlerde veya belirli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif şartlara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi"dir.

Belirli süreli iş sözleşmelerinde, sözleşmenin kuruluşu aşamasında taraflar, sözleşmenin sona ereceği anı belirlemektedirler. Yani sözleşmenin kuruluşu aşamasında taraflarca sözleşmenin sona erdiği tarihin bilindiği veya öngörülebildiği sözleşmelere belirli süreli iş sözleşmesi denilmektedir¹.

İş sözleşmelerinin içeriğini tarafların serbestçe belirleme imkanları bulunmaktaysa da bu sözleşmelerin ancak kanun ile getirilen sınırlamalara uygun olarak yapılabilmesi mümkündür. Bundan hareketle ve İş Kanu-

BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ YAPILMASI İÇİN OBJEKTİF ŞARTLARIN BULUNMADIĞINI İŞVERENİN İLERİ SÜREBİLMESİNİN MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI HUSUSU (YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME HUKUK GENEL KURULU'NUN 2017/10 E., 2019/1 K. SAYILI VE 08.03.2019 TARİHLİ KARARI İŞİĞİNDA)

Although the parties may freely determine the content of employment agreements, these agreements may only be concluded in accordance with the limitations imposed by law. Based on this and considering the definition in Article 11 of the Labor Law, it is seen that the freedom of contract of the employee and the employer is limited by law. In order to establish agreements that comply with these limitations, the existence of objective conditions mentioned in the law will be sought in the agreement. Apart from this, the agreements made by the parties by specifying only a certain date range will not be considered sufficient to be qualified as fixed-term. In order for the relevant conditions to be met, as stated in the Labor Law, the existence of conditions such as the work being for a certain period of time, the completion of a certain work or the occurrence of a certain fact is required, and only in these cases, the employment agreements established will retain their fixed-term characteristic.

The first objective condition is that the work must be fixed-term. What is meant here is that the duration of the work is known or knowable at the time of the establishment of the agreement². For example, an employment agreement to be established for the campaign of a brand can be considered fixed-term. The specific period of time mentioned can be determined in terms of time, or such agreements can be established with the fiction that the agreement will end with the realization of the purpose by determining a purpose.

The second objective condition is that it is for the completion of a specific work. This refers to an employment agreement to work on a job that will end as soon as it is completed, rather than a job that continues over time. For example, the completion of a construction project or the completion of a project.

The third objective condition is the occurrence of a certain fact. What is meant here is fixed-term employment agreements established for the purpose of providing temporary labor force that may be needed due to a phenomenon that arises outside the normal activities of the relevant workplace or outside of an ongoing situation. Examples of this situation are situations such as making an agreement with another employee for a certain period of time instead of the employee who is on leave for reasons such as illness, pregnancy, military service.

nu m. 11'deki tanım da dikkate alındığında, işçi ve işverenin sözleşme serbestisinin kanun ile sınırlandırıldığı görülmektedir. Bu sınırlamalara riayet eden sözleşmeler kurulabilmek için sözleşmede kanunda anılan objektif şartların varlığı aranacaktır. Bunun dışında tarafların yalnızca belli bir tarih aralığı belirterek yaptıkları sözleşmeler belirli süreli olarak nitelendirilme konusunda yeterli kabul edilmeyeceklerdir. İlgili koşulların sağlanması için İş Kanunu'nda belirtildiği gibi işin belirli süreli olması, belli bir işin tamamlanmasına yönelik olması ya da belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi hallerin varlığı gerekir ve ancak bu hallerde kurulan iş sözleşmeleri belirli süreli olma özelliğini korurlar.

Objektif şartlardan ilki, işin belirli süreli olmasıdır. Burada bahsedilen, işin niteliği itibariyle sözleşmenin kuruluşu aşamasında ne kadar süreceğinin bilinmesi ya da bilinebilir olmasıdır². Örneğin bir markanın kampanyası için kurulacak olan bir iş sözleşmesi belirli süreli kabul edilebilir. Bahsedilen belirli süre zaman olarak belirlenebileceği gibi, bir amaç belirlenerek amacın gerçekleşmesi ile sözleşmenin sona ereceği kurgusu ile de bu tür sözleşmeler kurulabilir.

İkinci objektif şart, belli bir işin tamamlanmasına yönelik olmasıdır. Burada bahsedilen zamanla süregelen bir işten ziyade, tamamlandığı gibi sona erecek bir işte çalışmak üzere kurulan iş sözleşmesidir. Örnek olarak, bir inşaatın yapımının bitmesi ya da bir projenin bitirilmesi sayılabilir.

Üçüncü objektif şart ise belirli bir olgunun ortaya çıkmasıdır. Burada kastedilen, ilgili işyerinin normal faaliyetleri dışında kalan veya süregelmekte olan bir durumun dışında ortaya çıkan bir olgu nedeni ile ihtiyaç duyulabilecek geçici iş gücünün sağlanması amacı ile kurulan belirli süreli iş sözleşmeleridir. Bu duruma verilebilecek örnekler; hastalık, hamilelik, askerlik gibi nedenlerle izinde olan işçi yerine, belirli süreliğine başka bir işçi ile sözleşme yapma gibi durumlardır.

Ayrıca İş Kanunu'nda bu koşullar sınırlandırıcı olarak sayılmamakla birlikte, "benzeri haller" olarak örnekseme yolu ile sayıldığı belirtilmiştir. Bu nedenle yukarıda bahsedilen hallerde benzer olguların ortaya çıkması halinde de belirli süreli iş sözleşmesi kurmak mümkün olabilecektir.

DİPNOT

¹ Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmeleri, İstanbul 2012, s. 15.

² Haluk Hadi Sümer, "Özel Öğretim Kurumu Öğretmenlerinin İş Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Special Edition, V. 15, I. 1, Ocak 2016, p. 425.

FOOTNOTE

¹ Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmeleri, İstanbul 2012, p. 15.

² Haluk Hadi Sümer, "Özel Öğretim Kurumu Öğretmenlerinin İş Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Special Edition, V. 15, I. 1, Ocak 2016, p. 425.

WHETHER IT IS POSSIBLE FOR THE EMPLOYER TO CLAIM THAT THERE ARE NO OBJECTIVE CONDITIONS FOR THE CONCLUSION OF A FIXED-TERM EMPLOYMENT AGREEMENT (IN LIGHT OF THE DECISION OF THE COURT OF CASSATION GENERAL ASSEMBLY ON THE UNIFICATION OF JUDGMENTS, NUMBERED 2017/10 E., 2019/1 K. AND DATED 08.03.2019)

In addition, although these conditions are not listed as limiting in the Labor Law, it is stated that they are listed by way of example as "similar cases". Therefore, it may be possible to establish a fixed-term employment agreement in case of the occurrence of facts similar to the aforementioned cases.

In addition to these cases, it is assumed that objective conditions exist when the Law stipulates that the agreement must be of a fixed-term nature. For this reason, the existence of objective conditions will not be sought in agreements where the Law stipulates a fixed-term agreement.

C. Chaining of a Fixed-Term Employment Agreement

Another possibility that should be mentioned while examining the decision is that, pursuant to Article 11/2 of the Labor Law, employment agreements that are established in succession will be deemed to be indefinite-term employment agreements from the beginning, even if the fundamental reason that existed at the time of the establishment of the agreement does not continue. As can be understood from the wording of the law, if the reason for a fixed-term employment agreement that meets the objective condition continues or a new reason has emerged, these agreements will be renewed and will not turn into an indefinite-term employment agreement.

Bu hallere ek olarak sözleşmenin belirli süreli niteliğini haiz olması gerekliliği Kanun tarafından öngörüldüğünde de objektif şartların bulunduğu varsayılmaktadır. Bu nedenle Kanun'un belirli süreli kurulmasını öngördüğü sözleşmelerde objektif şartların varlığı aranmayacaktır.

C. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Zincirleme Yapılması

Karar incelenirken değinilmesi gereken bir başka olasılık da, İş Kanunu m. 11/2 uyarınca sözleşmenin kurulma aşamasında var olan esaslı neden devam etmemesine rağmen zincirleme olarak kurulan iş sözleşmelerinin baştan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi kabul edileceğidir. Kanunun lafzından anlaşılacağı üzere objektif şartı taşıyan belirli süreli iş sözleşmesinin nedeni devam ediyor ya da yeni bir neden ortaya çıkmışsa bu sözleşmeler yenilenecekler ve belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmeyeceklerdir.

BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ YAPILMASI İÇİN OBJEKTİF ŞARTLARIN BULUNMADIĞINI İŞVERENİN İLERİ SÜREBİLMESİNİN MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI HUSUSU (YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME HUKUK GENEL KURULU'NUN 2017/10 E., 2019/1 K. SAYILI VE 08.03.2019 TARİHLİ KARARI İŞİĞİNDA)

D. Consequences of a Fixed-Term Employment Agreement

Due to their nature, fixed-term employment agreements terminate automatically upon the expiration of the specified period without the need for a notice of termination. In such agreements, the employee will not be entitled to severance pay and will not be able to benefit from the notice period stipulated in indefinite-term employment agreements in cases where the agreement is terminated upon the expiration of the specified period. In addition, since employees working under fixed-term employment agreements will not be covered by job security, they will not have the right to file a reinstatement lawsuit³. Nevertheless, if the employer terminates the employment agreement without just cause before the specified period, the employee will be able to claim the remaining period wage and, if agreed in the agreement, the employer will be obliged to make a payment to the employee in the amount of the penal clause due to unfair termination before the specified period.

III. PENAL CLAUSE IN FIXED-TERM EMPLOYMENT AGREEMENTS

The concept of penalty clause, which can be expressed as an institution that forces the debtor to perform, is regulated between Articles 179 and 182 of the TCO, and there is no definition of the penalty clause in the relevant articles.

Although the definition of the penal clause is not included in the Labor Law, the provisions of the TCO, which is a general law, will also be valid in labor law.

According to one definition in the doctrine, a penalty clause is "a separate performance with a financial value that must be paid in case of non-performance or incomplete performance of the existing debt"⁴. In another definition, it is stated as "a penalty clause is the debtor's commitment to the creditor to make a pre-agreed performance in the event that the debt is not performed at all or properly"⁵.

A penalty clause is an ancillary obligation and its validity depends on the validity of the principal obligation. Pursuant to Article 182 of the TCO, if the principal obligation

D. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Sonuçları

Belirli süreli iş sözleşmeleri niteliği gereği feshi bildirimine gerek olmaksızın belirlenen sürenin dolması ile birlikte kendilerinden sona ererler. Bu tür sözleşmelerde, belirli sürenin dolması ile sözleşmenin sona erdiği durumlarda işçi, kıdem tazminatına hak kazanamayacak ve belirsiz süreli iş sözleşmelerinde öngörülen ihbar önelinden yararlanamayacaktır. Ayrıca belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler iş güvencesi kapsamına girmeyeceklerinden işe iade davası açma hakları da bulunmayacaktır³. Yine de belirlenen süreden önce işveren, iş sözleşmesini haklı neden olmaksızın feshederse işçi, bakiye süre ücretini talep etme edebilecek ve ayrıca sözleşmede kararlaştırıldı ise işveren, süreden önce haksız feshe bağlı cezai şart tutarınca işçiye ödeme yapmakla yükümlü olacaktır.

III. BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMELERİNDE CEZAI ŞART

Borçluyu ifaya zorlayan bir kurum olarak ifade edilebilecek olan cezai şart kavramı TBK m. 179 ve 182 arasında düzenlenmekte olup, cezai şartın ilgili maddelerde herhangi bir tanımı bulunmamaktadır.

Cezai şartın tanımı İş Kanunu'nda yer almakla birlikte genel kanun niteliğinde olan TBK hükümleri iş hukukunda da geçerli olacaktır.

Doktrinde yapılan bir tanıma göre cezai şart, "Mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası halinde ödenmesi gereken mali değeri haiz ayrı bir edimdir"⁴. Bir başka tanımda ise, "Cezai şart, borçlunun borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde önceden kararlaştırılmış bir edada bulunmayacağına karşı taahhüt etmesi" olarak ifade edilmiştir⁵.

Cezai şart, ferî borç niteliğindedir ve geçerliliği asıl borcun geçerliliğine bağlıdır. TBK m. 182 uyarınca, asıl borcun herhangi bir nedenle geçersiz olduğu durumlarda cezai şart da talep edilemeyecektir. Ancak cezai şartın konusu, asıl borcun konusunu oluş-

FOOTNOTE

³ Nuri Çelik/ Nurşen Caniklioğlu/ Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, 29th Edition, İstanbul 2016, p. 129.

⁴ Kenan Tunçomağ, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, p. 6. Cevdet İlhan Günay, Cezai Şart, Ankara 2002, p. 5.

⁵ Cevdet İlhan Günay, Cezai Şart, Ankara 2002, p. 5.



DİPNOT

³ Nuri Çelik/ Nurşen Caniklioğlu/ Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, 29. Baskı, İstanbul 2016, s. 129.

⁴ Kenan Tunçomağ, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, s. 6.

⁵ Cevdet İlhan Günay, Cezai Şart, Ankara 2002, s. 5.

is invalid for any reason, the penalty clause cannot be demanded. However, the subject matter of the penalty clause is independent from the performance that constitutes the subject matter of the principal obligation, and this agreed performance must have an economic value.

The purpose of setting a penalty clause in agreements is to guarantee the performance of the principal obligation and to determine the damage that will arise if the obligation is not fulfilled. If a penalty clause is agreed in the agreement, the creditor will be able to obtain compensation without the obligation to prove the damage suffered.

One of the most widely used areas of penalty clause is labor law. Since there are power imbalances between the parties in labor relations, it is necessary to make arrangements in accordance with the principle of reciprocity in the penalty clause. Likewise, pursuant to Article 420 of the TCO, penal clauses in employment agreements that are imposed only against the employee shall be deemed invalid. As a matter of fact, as will be frequently mentioned in the decision, one of the dominant principles of labor law is the "principle of interpretation in favor of the employee". Therefore, for example, a penal clause that does not have the element of reciprocity and is subject to the agreement only against the employee will be deemed invalid, whereas a penal clause only in favor of the employee will also be deemed valid⁶.

As a reflection of the same principle, in the event that the penal clause stipulated in the agreement against the employee exceeds the amount and conditions of the penal clause stipulated for the employer, the employee's liability will be deemed valid, provided that it does not exceed the amount of the employer's liability.

In some cases, penal clauses are stipulated in employment agreements in an unfair amount without taking into account the economic situation of the employee. In these cases, if deemed necessary, pursuant to Article 182/3 of the TCO, the judge may ex officio reduce the amount of the penalty clause that he deems excessive.

turan edimden bağımsızdır ve kararlaştırılan bu edimin ekonomik bir değere sahip olması gerekmektedir.

Sözleşmelerde cezai şart belirlenmesindeki amaç, asıl borcun ifasını teminat altına almak ve borç ifa edilmediği takdirde doğacak olan zararı önceden tespit etmektir. Sözleşmede cezai şart kararlaştırıldı ise alacaklı uğradığı zararı ispat etme yükümlülüğü altında olmadan tazminatı elde edebilecektir.

Cezai şartın en yaygın kullanıldığı alanlardan biri de iş hukukudur. İş ilişkilerinde tarafların arasında güç dengesizlikleri bulunduğundan ötürü cezai şartta karşılıklı ilkesine uygun düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Keza TBK m. 420 uyarınca, iş sözleşmelerinde sadece işçi aleyhine getirilen cezai şart hükümleri geçersiz sayılacaktır. Nitekim kararda da sıkça bahsedileceği üzere, iş hukukuna hakim ilkelerden biri "işçi yararına yorum ilkesi"dir. Bu nedenle örneğin, karşılıklı unsurunu taşımayan ve yalnızca işçi aleyhine sözleşmeye konu edilen cezai şart geçerli olmamakla birlikte, sadece işçi lehine konulacak cezai şart ise geçerli sayılacaktır⁶.

Aynı ilkenin bir yansıması olarak, işçi aleyhine sözleşmeye konulan cezai şartın işveren için öngörülen cezai şartın miktar ve koşullarını aşması durumunda, işçinin sorumluluğu işverenin sorumluluğunun miktarını aşmamak koşulu ile geçerli sayılacaktır.

İş sözleşmelerine bazı durumlarda işçinin ekonomik durumu göze alınmaksızın hakkaniyete uygun olmayacak miktarda cezai şart hükümleri düzenlenmektedir. Bu durumlarda ise gerekli gördüğü takdirde TBK m. 182/3 uyarınca hakim, aşırı gördüğü cezai şartın miktarını resen indirebilecektir.

IV. OPINION OF THE 9TH CIVIL CHAMBER OF THE COURT OF CASSATION

The 9th Civil Chamber of the Court of Cassation is of the opinion that a penal clause may be stipulated in fixed-term employment agreements and that the parties may stipulate a penal clause in indefinite-term employment agreements by agreeing on a minimum working period. On the other hand, the same Chamber is of the opinion that a penalty clause linked to the duration cannot be stipulated if no duration is specified in the agreement. The main emphasis here is that although the parties intend to establish a fixed-term employment agreement, the penalty clause is not valid since the employment agreement that does not contain any of the objective conditions listed in the Law will be deemed indefinite-term, and the reason for this is that the penalty clause stipulates a sanction for the fulfillment of the specified condition, and if the agreement is accepted as indefinite-term, it will not be possible to apply the penalty since the condition of working for a certain period of time that can be mentioned will not be fulfilled. According to this opinion, a fixed-term employment agreement and a minimum-term employment agreement have the characteristics of atypical agreements, and when the parties establish an agreement without making such a qualification, it will not be correct to transform the agreement that does not meet the objective conditions into a minimum-term employment agreement, and the penal clause provisions related to the termination before the expiry of the term, which are the subject of the decision, will be invalid in the employment agreement that does not contain objective conditions and also does not mention the minimum term.

A. Parallel Opinions in the Doctrine

Based on a decision of the Court of Cassation⁷, Ekonomi, who is of this opinion in the doctrine, argues that the penalty clause for the period specified in the agreement should no longer be applied after the chain employment agreements are converted into indefinite-term employment agreements, and if a penalty clause is agreed upon in case of unfair termination of the employment agreement established by agreeing on a certain period of time, if the objective

IV. YARGITAY 9. HUKUK DAIRESİNİN GÖRÜŞÜ

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi belirli süreli iş sözleşmelerinde süreden önce feshe bağlı olarak cezai şart kararlaştırılabileceğini ve yine tarafların belirsiz süreli iş sözleşmelerinde asgari çalışma süresi kararlaştırarak bu süreye bağlı cezai şart öngörebilecekleri görüşündedir. Buna karşılık aynı Daire, sözleşmede herhangi bir süre belirlenmemişse, süreyle bağlantılı bir cezai şart öngörülemediği kanaatinde-dir. Burada asıl vurgulanan, taraflarca belirli süreli iş sözleşmesi kurulmak istenilmesine rağmen, Kanun'da sayılan objektif şartlardan herhangi birini içermeyen iş sözleşmesi belirsiz süreli sayılacağından cezai şartın geçerli olmadığı, bunun nedeninin ise cezai şartta, belirlenmiş şartın gerçekleşmesine ilişkin bir yaptırım öngörüldüğü ve sözleşme belirsiz süreli kabul edildiği takdirde bahsedilebilecek belli bir süre boyunca çalışma yönündeki şart gerçekleşmemiş olacağından cezanın da uygulanmasının mümkün olmayacağıdır. Bu görüşe göre belirli süreli iş sözleşmesi ve asgari süreli iş sözleşmesi atipik sözleşmeler niteliğini haiz olup, taraflar bu yönde bir nitelendirme yapmadan sözleşme kurduklarında, objektif şartları taşımayan sözleşmenin asgari süreli iş sözleşmesine dönüşmesinin doğru olmayacağı ve objektif şart içermeyen ve ayrıca asgari süreden de söz edilmeden belirli süreli olarak yapılan iş sözleşmesinde, karara konu olan süresinden önce feshe bağlı cezai şart hükümlerinin geçersiz olacaktır.

A. Öğretideki Paralel Görüşler

Doktrinde bu görüşte olan Ekonomi, Yargıtay'ın bir kararından⁷ hareketle zincirleme iş sözleşmelerinin belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşmesinin ardından, sözleşmede belirlenen süreye ilişkin cezai şartın artık uygulanmaması gerektiğini, belirli bir süre kararlaştırılarak kurulan iş sözleşmesinin haksız nedenle feshi halinde cezai şart kararlaştırılmış olduğu takdirde, iş sözleşmesi yenilendiğinde objektif şartlar devam ediyorsa sözleşmedeki diğer şartlar gibi ge-

FOOTNOTE

⁶ Yargıtay 9. H.D., T. 13.9.2021, E. 2021/7222, K. 2021/11608.

⁷ Yargıtay 9. H.D., T. 17.11.1993, E. 1993/15152, K. 1993/16726.

DİPNOT

⁶ Yargıtay 9. H.D., T. 13.9.2021, E. 2021/7222, K. 2021/11608.

⁷ Yargıtay 9. H.D., T. 17.11.1993, E. 1993/15152, K. 1993/16726.

conditions continue when the employment agreement is renewed, it will remain valid like the other conditions in the agreement; On the other hand, in cases where a fixed-term employment agreement is renewed and the objective conditions are no longer met, the successive employment agreement will be deemed to be of indefinite duration from the beginning, and it will not be possible to talk about a penal clause that can be applied in case of non-compliance with the fixed term, and termination with notice and all other related consequences will be applied in the termination of the agreement. On the other hand, for example, in the event that the employment agreements renewed pursuant to Article 339/1 of the Code of Obligations numbered 818 ("CO") after the expiry of the fixed term in the employment agreement established for two years continue to be valid in the event that there is a just cause, the penal clause, which was determined as two years at the establishment of the agreement, will continue for one year due to the renewal of the employment agreement, and the judge may use his discretionary power and make a reduction due to Article 161/3 of the CO⁸.

Once again in the doctrine, Gümrükçüoğlu is of the opinion that the penal clause will lose its validity in the event that the agreement is transformed into an indefinite term for the same reasons, and that the penal clause will remain valid in the case of a successive employment agreement, provided that objective conditions are met⁹.

çerliliğini koruyacağını; buna karşın belirli süreli iş sözleşmesi yenilediği ve objektif şartları artık taşımadığı durumda zincirleme iş sözleşmesinin baştan itibaren belirsiz süreli sayılacağını, sözleşmede belirlenen bir süre olmadığı ve bu nedenle belirli süreye uyulmaması durumunda uygulanabilecek bir cezai şarttan söz etmenin mümkün olmayacağını, sözleşmenin sona erdirilmesinde bildirimli fesih ve buna ilişkin diğer bütün sonuçların uygulanacağını savunmaktadır. Diğer bir yönden de, örneğin iki yıllık olarak kurulan iş sözleşmesinde belirli sürenin sona ermesinin ardından 818 sayılı Borçlar Kanunu ("BK") m. 339/1 uyarınca yenilenen iş sözleşmelerinin haklı neden bulunması durumunda geçerliliğini sürdürmesi halinde, sözleşmenin kuruluşunda iki yıllık olarak belirlenmiş olan cezai şartın iş sözleşmesinin yenilenmesinden ötürü bir yıl olarak devam edeceğinden BK m. 161/3 nedeniyle hakim in takdir yetkisini kullanabileceği ve bir indirim yapabileceği yönündedir⁸.

Yine doktrinde Gümrükçüoğlu, aynı nedenlerle sözleşmenin belirsiz süreye dönüşmesi halinde cezai şartın geçerliliğini kaybedeceği; zincirleme iş sözleşmesinde ise objektif şartlar bulunduğu takdirde, cezai şartın geçerliliğini koruyacağı kanaatindedir⁹.



FOOTNOTE

8 Münir Ekonomi, "Belirli Süreli Hizmet Akdinin Susma ile Yenilenmesi", İş Hukuku Dergisi, V. 3, 13, p. 565-571.

9 Gümrükçüoğlu, p. 362.

V. OPINION OF THE 22ND CIVIL CHAMBER OF THE COURT OF CASSATION

Contrary to the opinion of the 9th Civil Chamber of the Court of Cassation, the 22nd Civil Chamber of the Court of Cassation, in its opinion on the subject, argues that one of the basic principles of the law of obligations is to keep the agreements alive and to protect their validity, and therefore, even if there are no objective conditions that require the employment agreement to be considered as fixed-term, the elements of reciprocity and equivalence will come into play at this point, and if these elements are present, the penalty clause should not be considered invalid. As a matter of fact, the relevant Chamber argues that when the will of the parties are united on the penalty clause within the framework of the principle of freedom of contract, which is one of the basic principles of the law of obligations, this provision will not contravene Article 27 of the TCO.

In this case, the invalidity of the period determined in the agreement should not affect the validity of the provision regarding the penal clause to prevent the unfair termination of the agreement within the specified period, since the fixed term of the agreement is related to the life of the agreement and the penal clause, which provides protection for the unfairness of the termination, is intended to prevent the unfair termination of the agreement before the specified period. In other words, it is argued that the objective conditions that justify the conclusion of a fixed-term employment agreement and the validity conditions of the penalty clause are separate, and the invalidity of the penalty clause should not result from the invalidity of the agreement due to the absence of objective conditions. Here, it is stated that the wills regarding the penalty clause agreed by the parties should be kept alive and it is necessary to accept that the provisions containing penalty clauses are valid as a rule in the presence of the principle of reciprocity.

A. Parallel Opinions in the Doctrine

When the issue of the validity of the "penal clause due to unfair termination before the expiry of the term" is discussed in the doctrine, it is necessary to include the opinions

V. YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİNİN GÖRÜŞÜ

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin görüşünün aksine, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi konuya ilişkin olarak savunduğu görüşünde, Borçlar Hukuku'nun temel ilkelerinden birinin de sözleşmeleri ayakta tutma ve geçerliliklerini koruma olduğunu ve bu yüzden iş sözleşmesinin belirli süreli sayılmasını gerektirecek objektif şartlar bulunmasa da, bu noktada karşılıklılık ve denklik unsurlarının devreye gireceğine dikkat çekerek, bu unsurların mevcut olması halinde cezai şart hükmünü geçersiz saymamak gerektiğini ileri sürmektedir. Nitekim, ilgili Daire tarafından borçlar hukukunun temel ilkelerinden biri olan sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde taraf iradeleri cezai şart konusunda birleştiğinde bu hükmün TBK m. 27'ye aykırılık oluşturmayacağı savunulmaktadır.

Bu durumda sözleşmede belirlenen sürenin hükümsüzlüğünün, sözleşmenin belirli süre içerisinde haksız feshini engellemeye yönelik cezai şarta ilişkin hükmün geçerliliğini etkilememesi gerektiğini, zira sözleşmenin belirli süreli olmasının sözleşmenin ömrü ile ilgili olduğunu ve feshin haksızlığına dair koruma sağlayan cezai şartın ise sözleşmenin belirlenen süreden önce haksız feshini engellemeye yönelik olduğunu, yani belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını haklı kılan objektif şartlar ile cezai şartın geçerlilik koşullarının ayrı olup, objektif şartlar bulunmaması nedeni ile sözleşmenin belirsiz süreli hale gelmesinin cezai şartın geçersizliği sonucunu doğurmaması gerektiği savunulmaktadır. Burada taraflarca kararlaştırılan cezai şarta ilişkin iradelerin ayakta tutulması gerektiği ve cezai şart içeren hükümlerin karşılıklılık prensibinin bulunması halinde kural olarak geçerli olduğunu kabul etmek gerekliliğini belirtmektedir.

A. Öğretideki Paralel Görüşler

Öğretide "süreden önce haksız feshine bağlı cezai şart" hükmünün geçerli olup olmadığı hususu tartışıldığında, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin görüşüne paralel olan görüşlere

DİPNOT

8 Münir Ekonomi, "Belirli Süreli Hizmet Akdinin Susma ile Yenilenmesi", İş Hukuku Dergisi, C. 3, S. 3, s. 565-571.

9 Gümrükçüoğlu, s. 362.

PART 6

that are in parallel with the opinion of the 22nd Civil Chamber of the Court of Cassation; firstly, Süzek, in his opinion on the subject, interpreted within the framework of a decision of the Court of Cassation¹⁰ and asserted that the penal clause would be valid. In this case, Süzek, in parallel with the opinion expressed in the cited decision, draws attention to the freedom of contract and states that the essence of the parties' right of termination should not be touched and that even if the employment agreement is deemed to be of indefinite duration because it does not meet the necessary objective conditions, the employer is required to terminate the employment agreement without just cause. In addition, the employer who establishes a

yer vermek gerekirse; öncelikle Süzek, konu ile ilgili görüşünde Yargıtay'ın bir kararı¹⁰ çerçevesinde yorumda bulunarak, cezai şartın geçerli olacağına dair görüşünü ileri sürmüştür. Bu durumda atıf yapılan kararda da ifade edilen görüşe paralel olarak Süzek, sözleşme özgürlüğüne dikkat çekerek, tarafların fesih hakkının özüne dokunmamak gerektiğini ve iş sözleşmesi gerekli objektif şartları taşımadığından belirsiz süreli sayılsa dahi haklı neden bulunmaksızın iş sözleşmesini fesheden işverenden, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde tarafların mutabık kalarak kararlaştırdıkları cezai şartın istenebileceğini, ayrıca objektif şartlar bulunmaksızın belirli süreli iş sözleşmesi kuran işverenin daha sonrasında bakiye süre ücreti ve



fixed-term employment agreement without objective conditions and later claims that the agreement will be deemed as indefinite-term due to the failure to pay the wage for the remaining period and the penalty clause will be contrary to the rule of honesty and the prohibition of contradictory behavior, which is a special manifestation of the prohibition of abuse of right pursuant to Article 2 of the Turkish Civil Code ("TCC") and the prohibition of contradictory behavior, which is a special view of the prohibition of abuse of right¹¹.

Baycık, referring to the same decision, argued that the invalidity of the agreement due to the absence of objective conditions for the establishment of a fixed-term employment agreement and the penal clause for

cezai şart ödememek nedeniyle daha sonra sözleşmenin belirsiz süreli sayılacağı ileri sürmesinin Türk Medeni Kanunu ("TMK") m. 2 uyarınca dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağının özel bir görünümü olan çelişkili davranış yasağına aykırı olacağını belirtmektedir¹¹.

Aynı görüşte olan Baycık, aynı karara atıfta bulunarak belirli süreli iş sözleşmesinin kurulması için geçerli olan objektif şartların yokluğu nedeni ile sözleşmenin geçersizliği ile sözleşmede kararlaştırılan süre içerisinde gerçekleştirilen haksız feshin cezai şartta bağlanmasının birbirinden ayrılması gerektiğini ileri sürmüştür. Nitekim, işçi ile işverenin iradesi belirli süreli iş sözleşmesi kurarken, sözleşmede kararlaştırılan süre

wrongful termination within the agreed period should be separated from each other. As a matter of fact, the will of the employee and the employer, when concluding a fixed-term employment agreement, is to provide job security to the employee for the agreed period and to guarantee the performance of the employee's work for the employer for that period. Therefore, since the intention of the parties when agreeing on the penalty clause is only for the termination of the agreement for just cause, and that the agreement will continue in cases where there is no just cause, the agreed penalty clause is foreseen as a means of pressure in order to ensure the performance of the agreement. Therefore, according to Baycık, the invalidity of the penalty clause stipulated by the parties in order to guarantee the performance of the agreement should not be in question. In addition to this, Baycık states that it is also possible for the parties to agree on a penalty clause against the unjust termination of the agreement in indefinite-term employment agreements, and argues that the exercise of the right of termination during the agreed period, even if the employee and the employer have legitimate or valid reasons, will not change the necessity to pay the penalty clause¹². The basis of Baycık's opinion can be interpreted as the fact that the employee is in an economically weak position and therefore it is necessary to defend the personal rights of the employee and the protection of the employee in order to guarantee his economic future is seen as a requirement of equity. Since the restriction is limited to a certain period of time, it would not be fair to say that it violates the freedom of the employer.

According to Alpagut, who is of the same opinion, although the sanction of the violation of Article 27 of the TCO is regulated as nullity if the employment agreement is deemed to be of indefinite duration because it does not meet the objective conditions required for it to be of definite duration, the relevant provision should be eliminated when such a situation is encountered. According to this provision, in cases where the invalidity of a part of the legal transaction is claimed, the entire transaction is deemed invalid if it leads to the inference that the transaction would not have been realized without this part. At this point, the Labor Law aims to protect the contractual relationship by separating the provision regarding the duration determined in fixed-term employment agreements from the other parts of the agree-

boyunca işçiye iş güvencesi sağlamaya ve işverene de o süre boyunca işçinin iş görme edimini garanti altına almaya yöneliktir. Bu yüzden cezai şart kararlaştırırken tarafların iradeleri sözleşmenin yalnızca haklı nedenle feshedilmesine ilişkin olup, haklı neden sayılmayacak durumlarda sözleşmenin devam edeceği yönünde olduğundan, kararlaştırılan cezai şart, sözleşmenin ifasını sağlamak amacıyla baskı aracı olarak öngörülmüştür. Bu nedenle Baycık'a göre tarafların karşılıklı olarak sözleşmenin ifasını garanti altına almak amacıyla öngördükleri cezai şartın geçersizliği söz konusu olmamalıdır. Buna ek olarak Baycık, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde tarafların sözleşmenin haksız feshine karşı cezai şart kararlaştırmalarının da mümkün olduğunu belirterek, sözleşmede kararlaştırılan süre boyunca işçinin ve işverenin haklı sayılabilecek boyuta ulaşmamasıyla birlikte meşru veyahut geçerli sebepleri olsa da süreli fesih hakkının kullanılmasının cezai şartın ödenmesi gerekliliğini de değiştirmeyeceğini savunmaktadır¹². Baycık'ın bu görüşünün dayanağı işçinin ekonomik olarak zayıf konumda olması ve bu nedenle kişilik haklarını savunmak gerekliliği ve işçinin ekonomik geleceğini garanti altına almak amacıyla korunmasının hakkaniyetin gereği olarak görülmesi olarak yorumlanabilir. Zira kısıtlamanın belirli süreyle sınırlı olmasından ötürü işverenin özgürlüğünü ihlal ettiğini söylemek de adil olmayacaktır.

Aynı görüşte olan Alpagut'a göre ise, iş sözleşmesi belirli süreli olarak kurulmuş olmasına rağmen, belirli süreli olma niteliğini haiz olması için gerekli bulunan objektif şartları taşımadığı için belirsiz süreli sayıldığı takdirde, TBK m. 27'ye aykırılığın yaptırımını butlan olarak düzenlenmiş de, böyle bir durumla karşılaşıldığında ilgili hükmün bertaraf edilmesi gerekmektedir. Zira bu hükme göre, hukuki işlemin bir kısmının geçersizliğinin ileri sürüldüğü durumlarda, bu kısım olmaksızın işlemin gerçekleştirilmeyeceği çıkarımına neden oluyorsa işlemin tümü geçersiz sayılır. Bu noktada İş Kanunu belirli süreli iş sözleşmelerinde belirlenen süreye ilişkin hükmü sözleşmenin diğer kısımlarından ayırarak sözleşme ilişkisini korumayı hedeflemektedir. Aksi halde iş hukukunun ilkelereinden biri olan işçi yararına yorum ilkesi çerçevesinde işçinin korunması hedeflenirken, sözleşmenin ortadan kaldırılması ile işçi için daha büyük zararlar ortaya çıkacaktır. Alpagut'un görüşüne göre burada ortaya çıkabilecek iki sorun mevcuttur. İlk olarak sözleşmenin gerekli objektif şartları taşımadığı

FOOTNOTE

¹⁰ Yargıtay 22. H.D., T. 29.11.2016, E. 2015/18939, K. 2016/26066.

¹¹ Sarper Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2018, p. 729,730.

¹² Gaye Baycık, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2016, İstanbul 2018, p. 185-190.

DİPNOT

¹⁰ Yargıtay 22. H.D., T. 29.11.2016, E. 2015/18939, K. 2016/26066.

¹¹ Sarper Süzek, İş Hukuku, İstanbul 2018, s. 729,730.

¹² Gaye Baycık, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2016, İstanbul 2018, s. 185-190.

PART 6

WHETHER IT IS POSSIBLE FOR THE EMPLOYER TO CLAIM THAT THERE ARE NO OBJECTIVE CONDITIONS FOR THE CONCLUSION OF A FIXED-TERM EMPLOYMENT AGREEMENT (IN LIGHT OF THE DECISION OF THE COURT OF CASSATION GENERAL ASSEMBLY ON THE UNIFICATION OF JUDGMENTS, NUMBERED 2017/10 E., 2019/1 K. AND DATED 08.03.2019)

ment. Otherwise, while it is aimed to protect the employee within the framework of the principle of interpretation for the benefit of the employee, which is one of the principles of labor law, greater damages will arise for the employee with the elimination of the agreement. According to Alpagut's opinion, there are two problems that may arise here. Firstly, it should be investigated whether it is appropriate to consider the agreement as indefinite-term from the beginning, assuming that it does not meet the necessary objective conditions, and secondly, it should be determined whether the employer's later assertion of the contradiction in this agreement, which was established unlawfully, is compatible with the rule of honesty within the framework of Article 2 of the TCC. As is known, the intention of the legislator is that the judge should be obliged to take into account the unlawfulness even in the event that the parties do not object to the indefinite duration of the agreement. At this point, the purpose of the legislator is to ensure that the rights subject to termination are not eliminated. The reason for this is that the employer has aroused a trust in the employee by demonstrating its will to continue the agreement for the specified period of time during the establishment phase of the agreement. For this reason, Alpagut's opinion is that in the absence of objective conditions, it would not be appropriate for the judge to consider this situation ex officio and that the assertion of this situation by the employer would not be in line with the rule of honesty¹³.

Finally, Alp, approaching the issue from a different perspective, states that the sanction for the absence of objective conditions is the transformation of the agreement into an indefinite term; however, despite the mandatory legal provision, if the court conducts an ex officio examination on this issue, the conclusion to be reached may not be in accordance with the principles governing labor law. As mentioned in the previous opinions, since the purpose of labor law is to protect the employee, it can be said that the employer's claiming the invalidity of the agreement in order to obtain a result in his favor after establishing the agreement for a definite term would be contrary to the rule of honesty and may even be considered as an abuse of right. For these reasons and due to the fact that the purpose of labor law is to protect the employee, according to Alp, it should be accepted that only the relevant party should benefit from the sanction of acting contrary

varsayımında baştan itibaren belirsiz süreli sayılmasının amaca uygun olup olmadığı araştırılmalı ve ikinci olarak işverenin hukuka aykırı olarak kurduğu bu sözleşmede, daha sonra aykırılığı ileri sürmesinin TMK m. 2 çerçevesinde dürüstlük kuralı ile bağdaşır bağdaşmadığı tespit edilmelidir. Bilindiği üzere kanun koyucunun amacı, tarafların sözleşmenin belirsiz süreli olduğuna yönelik bir itirazları bulunmadığı ihtimalde de hakim kanuna aykırılığı dikkate almak zorunda olması gerektiği yönündedir. Bu noktada kanun koyucunun amacı feshe bağlı hakların bertaraf edilmemesini sağlamaya yöneliktir. Bunun nedeni ise sözleşmenin kurulma aşamasında işverenin sözleşmeyi belirlenen süre boyunca devam ettirme iradesini ortaya koyarak işçide bir güven uyandırmış olmasıdır. İşte bu nedenle Alpagut'un görüşü, objektif şartların yokluğu halinde hakimin bu durumu resen dikkate almasının amaca uygun olmayacağı ve bu durumun işveren tarafından ileri sürülmesinin de dürüstlük kuralı ile örtüşmeyeceği yönündedir¹⁴.

Son olarak Alp, konuya farklı bir perspektiften yaklaşarak, objektif şartların bulunmamasının yaptırımının sözleşmenin belirsiz süreliye dönüşmesi olduğunu ancak emredici kanun hükmüne rağmen mahkeme bu konuda resen inceleme yaptığı takdirde varılacak sonucun iş hukukuna hakim ilkelere uygun olmayabileceğini ifade etmektedir. Daha önceki görüşlerde de bahsedildiği üzere, iş hukukunun amacı işçiyi korumak olduğundan, işverenin sözleşmeyi belirli süreli olarak kurduktan sonra kendi lehine sonuç elde etmek amacı ile sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesinin dürüstlük kuralına aykırı olacağı ve hatta hakın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesi gerekebileceği söylenebilir. İşte bu nedenlerle ve iş hukukunun amacının işçiyi korumaya yönelik olması nedeniyle kanuna aykırı davranmanın yaptırımından sadece ilgili tarafın yararlanması gerektiği kabul edilmesi gerekeceği görüşünde olan Alp'e göre, sözleşmenin belirsiz süreli olduğunu ileri sürme yetkisinin sadece işçiye ait olacağı ve hatta yine aynı amaçla objektif şartların bulunmadığının resen gözlemlenmesinin de iş hukukunun ilkeleriyle bağdaşmayacağı ve sadece işçi ileri sürdüğü takdirde sözleşmenin belirsiz süreliye dönüşmesi gerekip gerekmeyeceğinin incelenmesi gerektiği veyahut bir diğer çözüm yolu olarak taraflarca belirli süreli olarak kurulan iş sözleşmesinin belirsiz süreliye dönüştüğü ihtimalde dahi, sözleşmede belirlenen süre zarfında

BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ YAPILMASI İÇİN OBJEKTİF ŞARTLARIN BULUNMADIĞINI İŞVERENİN İLERİ SÜREBİLMESİNİN MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI HUSUSU (YARGITAY İÇTİHAĞI BİRLEŞTİRME HUKUK GENEL KURULU'NUN 2017/10 E., 2019/1 K. SAYILI VE 08.03.2019 TARİHLİ KARARI İŞİĞİNDA)

to the law, The authority to claim that the agreement is of indefinite duration would belong only to the employee, and even for the same purpose, ex officio observation of the absence of objective conditions would not be compatible with the principles of labor law, and only if the employee claims that the agreement should be examined whether the agreement should be converted into an indefinite term or not, or as another solution, even in the event that the employment agreement established by the parties for a definite term turns into an indefinite term. It is of the opinion that during the period specified in the agreement, the agreement can be considered as a minimum term employment agreement and that it would be appropriate for the parties not to use the right of termination during this period, and that the will of the parties at the establishment stage of the agreement should not be ignored¹⁴.

VI. OPINION OF THE COURT OF CASSATION GENERAL ASSEMBLY ON THE UNIFICATION OF JUDGMENTS

According to the opinion of the Court of Cassation General Assembly on the Unification of Judgments, in the event that the employee and the employer conclude an employment agreement for a definite term and stipulate a "penalty clause for unjust termination before the expiry of the term" in the agreement, the sanction should be partial invalidity pursuant to Article 27/2 of the TCO, the will of the parties should prevail and the penalty clause should be deemed valid limited to the agreed term, even if any

sözleşmenin, asgari süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilebileceği ve bu süre boyunca tarafların süreli fesih hakkını kullanmamasının uygun olacağı, tarafların sözleşmenin kuruluş aşamasındaki iradelerinin göz ardı edilmemesi gerektiği yönündedir¹⁴.

VI. YARGITAY İÇTİHA TLARI BİRLEŞTİRME HUKUK GENEL KURULUNUN GÖRÜŞÜ

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun görüşüne göre ise, işçi ve işverenin iş sözleşmesini belirli süreli olarak akdetmeleri ve sözleşmede "süreden önce haksız feshe bağlı ceza şart" öngörmeleri halinde, İş Kanunu'nda sayılan objektif şartlardan herhangi biri bulunmasa ve sözleşme belirsiz süreli kabul edilse dahi, TBK m. 27/2 uyarınca bunun yaptırımı kısmi geçersizlik olmalı, taraf iradelerine üstünlük tanınmalı ve ceza şart hükmü kararlaştırılan süre ile sınırlı olarak geçerli kabul edilmelidir.



FOOTNOTE

13 Gülsevil Alpagut, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, İstanbul 2017, p. 43-48.

14 Mustafa Alp, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul 2017, p. 178-185.

DİPNOT

13 Gülsevil Alpagut, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, İstanbul 2017, s. 43-48.

14 Mustafa Alp, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul 2017, s. 178-185.

of the objective conditions listed in the Labor Law are not present and the agreement is deemed to be for an indefinite term.

According to the Court, the purpose of a fixed-term employment agreement is to provide job security for the employee and to guarantee the employer the performance of the work to be performed by the employee. In this way, the employee and the employer prevent the termination of the agreement without just cause. In line with these purposes, the parties have agreed on a penalty clause in the agreement, and since there are no objective conditions, the acceptance of the agreement for an indefinite term should not override the will of the parties and should not lead to the invalidity of the penalty clause.

VII. OUR OPINION

In my opinion, with regard to the "penal clause due to unjust termination before the expiry of the term" clause agreed in employment agreements that are established for a definite term but are deemed to be indefinite term because they do not meet any of the objective conditions listed in the Law, it should be noted that both the principle of interpretation in favor of the employee and the possibility of the employer claiming the invalidity of the agreement in violation of the rule of honesty after the employer establishes a fixed-term employment agreement knowing the situation should be taken into consideration. It is also stated that the sanction of partial invalidity should be applied to such penalty clauses and that this is a necessity for the protection of the employee and that this will create more reasonable results in order to protect the freedom of agreement of the parties, and in these cases, the penalty clause to be determined in proportion to the duration of the agreement should be deemed valid.

Therefore, although I believe that the decision of the Court of Cassation General Assembly on the Unification of Judgments is appropriate, I believe that it is possible to demand a penal clause in such agreements, provided that the essence of the right of termination is not touched. As a matter of fact, as emphasized in the doctrine, in the event that the employer asserts the invalidity of the agreement contrary to the rule of honesty, the possibility that the employer may make such a statement in order to avoid paying the remaining period wage and penal clause

Zira Kurul'a göre, belirli süreli iş sözleşmesinde belirlenmiş olan süre boyunca işçiye iş güvencesi sağlamak, işverene de işçinin yerine getireceği iş görme edimini garanti etmek amaçlanmaktadır. İşçi ve işveren belirlenen süre boyunca haklı neden olmaksızın sözleşmenin feshini bu şekilde engellemişlerdir. İşte bu amaçlar doğrultusunda taraflarca sözleşmede cezai şart kararlaştırılmıştır ve objektif şartlar bulunmadığından ötürü sözleşmenin belirsiz süreli kabul edilmesi, tarafların iradelerinin önüne geçmemeli ve cezai şart hükmünün geçersizliğine yol açmamalıdır.

VII. GÖRÜŞÜMÜZ

Kanaatimce de, belirli süreli olarak kurulan ancak Kanun'da sayılan objektif şartlardan herhangi birini taşımadığı için belirsiz süreli kabul edilen iş sözleşmelerinde kararlaştırılan "süreden önce haksız feshine bağlı cezai şart" hükmü konusunda, gerek işçi yararına yorum ilkesine gerek işverenin durumu bilerek belirli süreli iş sözleşmesi kurmasının ardından dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi ihtimalinin göz önünde bulundurulması gerektiğine dikkat çekilmeli gerekse de bu tür cezai şartlarda kısmi geçersizlik yaptırımının uygulama alanı bulması gerektiği ve hatta bunun işçinin korunması için bir zorunluluk olduğu ve keza bunun tarafların sözleşme özgürlüğünü korumak adına da daha makul sonuçlar yaratacağı belirtilerek, bu hallerde sözleşmenin süresi ile orantılı olarak belirlenecek cezai şart geçerli kabul edilmelidir.

Bu nedenle Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun kararının yerinde olduğunu düşünmekle birlikte, fesih hakkının özüne dokunmamak kaydıyla bu tür sözleşmelerde de cezai şartın talep edilebilmesinin mümkün olduğu fikrindeyim. Nitekim öğretilerde de üzerinde durulduğu üzere, işverenin dürüstlük kuralına aykırı olarak sözleşmenin geçersizliğini ileri sürdüğü ihtimalde, işverenin bakiye süre ücreti ve cezai şart ödememek adına böyle bir beyanda bulunuyor olabileceği ihtimali de bunu destekler niteliktedir. Bu nedenlerle gerekli objektif şartları taşıması halinde iş sözleşmesinin belirsiz süreliye dönüşme-

supports this. For these reasons, I argue that the penal clause can be claimed in cases of termination without just cause, even if the employment agreement turns into an indefinite term if it does not meet the necessary objective conditions.

VIII. CONCLUSION

Following the evaluation of the opinions of the Civil Chambers on the validity of the penalty clause, the opinions in the doctrine and the decision of the Court of Cassation General Assembly on the Unification of Judgments, the conclusion can be summarized as follows it is concluded that the employee and the employer have agreed on a penalty clause for a certain period of time with their common will at the stage of the establishment of the agreement, and during this process, in the event of termination by the employee or the employer without just cause, the party who performs the wrongful termination must pay this penalty to the other party, and in the absence of the objective conditions required for the agreement to be of a definite term, the penalty clause will maintain its validity and claimability, limited to the period agreed in the agreement, even if the agreement is deemed to be of indefinite duration.

BIBLIOGRAPHY

CEVDET İLHAN GÜNAY, Cezai Şart, Ankara 2002.

GAYE BAYCIK, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2016, İstanbul 2018.

GÜLSEVİL ALPAGUT, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014", İstanbul 2017.

HALUK HADİ SÜMER, "Özel Öğretim Kurumu Öğretmenlerinin İş Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Special Edition, V. 15, I. 1, Ocak 2016.

KENAN TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963.

MUSTAFA ALP, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul 2017.

MÜNİR EKONOMİ, "Belirli Süreli Hizmet Akdinin Susma ile Yenilenmesi", İş Hukuku Dergisi, V. 3, I. 3, 1993.

NURİ ÇELİK/ NURŞEN CANIKLIOĞLU/ TALAT CANBOLAT, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2016.

SARPER SÜZEK, İş Hukuku, İstanbul 2018.

YELİZ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmeleri, İstanbul 2012.

si halinde dahi haklı neden olmaksızın gerçekleşen fesih hallerinde cezai şartın talep edilebileceğini savunmaktayım.

VIII. SONUÇ

Cezai şart hükmünün geçerliliği ile ilgili Hukuk Dairelerinin görüşleri, öğretilerdeki görüşler ve Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun verdiği kararın değerlendirilmesinin ardından varılan sonuç şu şekilde özetlenebilir ki; işçi ve işverenin sözleşmenin kurulması aşamasında ortak iradeleri ile belirli bir süreye bağlı olarak cezai şart kararlaştırdıkları ve bu süreç boyunca haklı neden bulunmaksızın işçi ya da işveren tarafından gerçekleştirilecek fesihlerde belirlenen bu cezai şartı, haksız feshi gerçekleştiren tarafın karşı tarafa ödemesi gerektiği, hal bu iken sözleşmenin belirli süreli olması için gerekli olan objektif şartların yokluğu halinde sözleşme belirsiz süreli sayılsa dahi cezai şartın sözleşmede kararlaştırılan süre ile sınırlı olmak üzere geçerliliğini ve talep edilebilirliğini koruyacağı sonucuna varılmıştır.

KAYNAKÇA

CEVDET İLHAN GÜNAY, Cezai Şart, Ankara 2002.

GAYE BAYCIK, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2016, İstanbul 2018.

GÜLSEVİL ALPAGUT, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014", İstanbul 2017.

HALUK HADİ SÜMER, "Özel Öğretim Kurumu Öğretmenlerinin İş Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, C. 15, S. 1, Ocak 2016.

KENAN TUNÇOMAĞ, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963.

MUSTAFA ALP, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul 2017.

MÜNİR EKONOMİ, "Belirli Süreli Hizmet Akdinin Susma ile Yenilenmesi", İş Hukuku Dergisi, C. 3, S. 3, 1993.

NURİ ÇELİK/ NURŞEN CANIKLIOĞLU/ TALAT CANBOLAT, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2016.

SARPER SÜZEK, İş Hukuku, İstanbul 2018.

YELİZ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Türk İş Hukuku'nda Belirli Süreli İş Sözleşmeleri, İstanbul 2012.



PART 7

**FREEDOM OF EXPRESSION
ON THE INTERNET**

**İNTERNET ORTAMINDA
İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ**

**NİL SENA ÇELİK
ÖZGE GONCA**

PART 7

ABSTRACT | ÖZET

The concept of freedom of expression is one of the most important issues being discussed lately, in part because people are able to share their ideas and opinions with large audiences via the internet and social media.

İnsanların internet ve sosyal medya vasıtasıyla düşüncelerini ve ifadelerini geniş kitlelerle paylaşabilme imkânı kazanmış olması sayesinde, internet ortamında ifade özgürlüğü kavramı da günümüzde tartışılan en önemli hususlardan biri haline gelmiştir.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELELER

Internet, Freedom Of Expression, European Court Of Human Rights, European Convention On Human Rights, Right To Access The Internet, Fundamental Rights And Freedoms.

İnternet, İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnternete Erişim Hakkı, Temel Hak Ve Hürriyetler.

I. INTRODUCTION

It is not surprising that the internet has turned into a legal topic because it is becoming an increasingly significant part of our lives and permeates every element of daily life. Apart from being subject to legal regulations in many different areas, this article evaluates the concept of freedom of expression on the internet and the conditions for its limitation, the freedom of speech and its relationship to the right to access the internet in light of judgments made by the European Court of Human Rights within the framework of Article 10 of the European Convention on Human Rights, which includes provisions on freedom of expression. In this regard, the idea of the right of access to the Internet is mentioned, as well as the legal viewpoint from which the Internet and the right of access to the Internet are seen globally, and the general approaches of international organizations such as the United Nations and the European Parliament are explained. Additionally, it addresses the offense of disseminating misleading information to the public, which is a significant and topical regulation associated with freedom of expression on the internet in our country.

I. GİRİŞ

İnternet, her geçen gün hayatlarımızda daha da büyük yer kaplayan ve gündelik hayatın her alanına sirayet etmiş bir gerçek olduğundan hukukun konularından biri haline gelmesi işten bile değildir. Pek çok ayrı alanda hukuki düzenlemelere konu olması bir yana işbu makale ile internet ortamı üzerinde ifade hürriyeti kavramı ve sınırlandırılma koşulları, internete erişim hakkı ve bu hakkın ifade hürriyeti ile bağlantısı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ifade hürriyetine ilişkin hüküm içeren 10. maddesi çerçevesinde verilmiş Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında değerlendirilmiştir. Bu itibarla internete erişim hakkı kavramı başta olmak üzere dünya genelinde internet ve internete erişim hakkına hangi hukuki perspektiften bakıldığına değinilmiş; Birleşmiş Milletler ve Avrupa Parlamentosu gibi uluslararası örgütlerin genel yaklaşımları açıklanmıştır. Ayrıca güncel olarak ülkemizde internette ifade hürriyeti denildiğinde akıllara ilk gelen ve gündemde yer tutmuş önemli bir düzenleme olan halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu ele alınmıştır.



II. ACCESS TO THE INTERNET

Internet, which has become the most frequently relied upon resource for modern individuals in various areas such as shopping, education, healthcare, and others, can be described as an indispensable technology in today's world. Given its fundamental presence in every aspect of life, there are many aspects of internet access that need to be evaluated within the framework of law. The first examples that come to mind in this regard are issues like whether or not internet access can be viewed as a human right and how the scope and content of this right should be determined.

A. Right to Access the Internet

In 2000, Estonia made history by recognizing internet access as a human right¹. The United Nations², on the other hand, first defined internet access as a fundamental human right in a report published in 2011. In this report, the UN not only considered the internet as a tool for freedom of expression but also addressed two categories: "access to content" and "access to the necessary physical infrastructure for internet access." Although access to content is described as a right derived from the Universal Declaration

II. İNTERNETE ERİŞİM

Alışveriş, eğitim, sağlık ve benzeri pek çok alanda modern insanın en sık başvurduğu kaynak haline gelmiş olan internet, günümüzde vazgeçilmesi güç bir teknoloji olarak nitelendirilebilir. Hayatın her alanının bu kadar temelinde yer edinmesi münasebetiyle, internete erişimin hukuk çerçevesinde değerlendirilmesi gereken pek çok yönü ortaya çıkmaktadır. İnternete erişim bir insan hakkı olarak nitelendirilebilir mi, bu hakkın kapsamı ve içeriği nasıl belirlenmelidir gibi sorular bu bakımdan akla gelen ilk örnekler olarak sayılabilir.

A. İnternete Erişim Hakkı

2000 yılında internet erişimini bir insan hakkı olarak tanımlayan Estonya¹, bu anlamda tarihe geçmiştir. Birleşmiş Milletler² ise ilk olarak 2011 yılında internet erişimini temel insan haklarından biri olarak tanımlayan bir rapor yayımlamış; bu raporda interneti sadece ifade özgürlüğünün bir aracı olarak değerlendirmekle kalmayıp "içeriğe erişim" ve "internete erişim için gerekli fiziksel altyapıya erişim" olmak üzere iki başlıkta ele almıştır. İçeriğe erişim hakkı, kaynağını İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nden alan bir hak

FOOTNOTE

¹ The Economist, "How did Estonia Become A Leader in Technology?" (31.07.2013). <https://www.economist.com/the-economist-explains/2013/07/30/how-did-estonia-become-a-leader-in-technology>. (Date Accessed: 05.04.2023).

² Frank La Rue, (2011). Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf. (Date Accessed: 01.05.2023).

DİPNOT

¹ The Economist, "How did Estonia Become A Leader in Technology?" (31.07.2013). <https://www.economist.com/the-economist-explains/2013/07/30/how-did-estonia-become-a-leader-in-technology>. (Erişim Tarihi: 05.04.2023).

² Frank La Rue, (2011). Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf. (Erişim Tarihi: 01.05.2023).

PART 7

of Human Rights, the report highlighted that the internet, which is crucial for freedom of expression, is subject to arbitrary restrictions imposed by states. The report also touched upon issues related to intellectual property rights and the protection of personal data.

In another report published by the United Nations in 2016, the importance of access to the internet as a human right was emphasized, and it was stated that blocking access to the internet would constitute a violation of human rights. The report highlighted the need to protect the rights that individuals have offline also in the online realm³.

B. Blocking Access to the Internet

The European Court of Human Rights (“ECtHR”, “the Court”), considers the complete blocking of access to websites as a violation of freedom of expression. Therefore, when access to websites is to be blocked, it is emphasized that an effective examination should be conducted to ensure that the legal framework for such blocking is clearly defined without any arbitrary measures.

According to the criterion used by the European Court of Human Rights, the benefit to be gained from blocking access to a website should be greater and necessary in relation to the negative impact it would have on the freedom of expression of other users who are not directly involved in the case.

The European Court of Human Rights emphasized in the case of Cengiz et al. v. Türkiye that the closure of a website significantly restricts the rights of internet users. It highlighted that access to websites can only be restricted after a thorough examination and if deemed necessary for maintaining social order⁴.

In a different ruling, ECtHR examined whether the previous ban on online broadcasting that encourages attendance at public events without permission violated Article 10 of the European Convention on Human Rights (“ECHR”, “The Convention”), which governs freedom of expression. The Court deemed the suspension of the applicant’s account, who invited participants to the event through internet broadcasts, as disproportionate. Furthermore, the court characterized Russia’s legal regulation enabling the blocking of in-

ternet access as a violation of Article 10 of the Convention, as it grants extensive powers to judicial authorities⁵.

olarak nitelendirilmiş olmasına rağmen bahsi geçen raporda ifade özgürlüğü için son derece önemli olan internetin devletlerin keyfi engellemelerine maruz kaldığı belirtilmiş; fikri mülkiyet hakkı ve kişisel verilerin korunması konularına da değinilmiştir.

B. İnternete Erişimin Engellenmesi

Birleşmiş Milletlerin 2016 yılında yayımladığı bir diğer raporda ise yine internete erişimin bir insan hakkı olarak önemi vurgulanmış ve internete erişimin engellenmesinin insan hakları bakımından bir ihlal oluşturacağı belirtilmiştir. İnsanların çevrimdışı olarak sahip olduğu hakların çevrimiçi olarak da korunması gerektiği raporda yer almıştır³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (“AİHM”, “Mahkeme”), internet sitelerine erişimin tamamen engellenmesini ifade hürriyetinin ihlali olarak değerlendirmektedir. Bu itibarla, internet sitelerine erişim engelleneceği zaman bu engellenmenin yasal çerçevesinin herhangi bir keyfiliğe yol açmayacak şekilde net olarak belirlenmesi için etkili bir inceleme yapılması gerekliliği vurgulanmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kullandığı ölçüte göre; internet sitesine erişimin engellenmesiyle elde edilecek yarar, davayla ilgisi olmayan diğer kullanıcıların ifade özgürlüğüne yapacağı olumsuz etkiden daha fazla ve gerekli olmalıdır.

AİHM, Cengiz vd. v. Türkiye kararında bir internet sitesinin kapatılmasının, internet kullanıcılarının haklarını önemli ölçüde sınırladığını; konu detaylıca incelendikten sonra ve yalnızca toplum düzeninde gerekli olması halinde internet sitelerine erişimin sınırlandırılabilceğini vurgulamıştır⁴.

AİHM, bir başka kararında halka açık bir etkinliğe katılımı, izin olmaksızın teşvik eden internet yayınlarına önceden getirilen kısıtlamanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (“AİHS”, “Sözleşme”) ifade hürriyetini düzenleyen 10. maddesini ihlal edip etmediğini değerlendirmiştir. Mahkeme, yapılacak etkinliği internet üzerinden duyurarak katılımcıları davet eden başvuru hukukunu hesabının dondurulmuş olmasını ölçsüz bulmuş ayrıca Rusya’nın internete erişim engeli getirilmesine olanak sağlayan hukuki düzenlemesini adli makamlara çok geniş yetkiler tanıdığı gerekçesiyle Sözleş-

me’nin 10. maddesinin ihlali olarak nitelendirilmiştir⁵.

AİHM, Vladimir Kharitonov v. Rusya kararında internet sitesine erişimin engellenmesinin ifade özgürlüğü ihlaline yol açacağı yönündeki görüşünü yeni bir içtihatla da vurgulamıştır. Bir haber paylaşım sitesine erişimi engelleyen Rus idari makamları, bu karara gerekçe olarak, uyuşturucu ile ilgili haberlerin yer aldığı ve aynı IP adresini kullanan bir başka web sitesinin, haber sitesi ile aynı ağ barındırma hizmetini temel alması nedeniyle engellenmesini göstermiştir. Mahkeme ise bu yaptırımın site yöneticisi Kharitonov’un ifade özgürlüğünü ihlal ettiği tespitinde bulunmuştur⁶. Bu karar aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ifade özgürlüğünün yeni medyaya özgü biçimde sağlanması yönünde tavır alması açısından önem teşkil etmektedir. AİHM bu kararla davalı Rusya ile birlikte henüz yeni medya ortamını düzenleyen bir yasal düzenleme yapmamış olan ülkeleri bu yönde bir hukuki girişimde bulunmaya çağırıştır.

2012 tarihli Ahmet Yıldırım v. Türkiye kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yeni medya ortamında ifade özgürlüğüne ilişkin ilk kararını vermiş; yeni medya ortamındaki sorunların fiziki dünyaya uygun kanunlarla düzenlenemeyeceğini ifade etmiştir. Sonraki kararlarında da istikrarlı biçimde bu görüşünü korumuştur.

III. FREEDOM OF EXPRESSION

Freedom of expression is one of the fundamental rights and freedoms protected by Article 19 of the Universal Declaration of Human Rights and Article 10 of the European Convention on Human Rights. Freedom of expression, in its simplest definition, refers to an individual’s ability to freely access thoughts and information, express, defend, and disseminate their acquired thoughts through various means, either individually or collectively. Every person is the subject of this right, and any restriction solely based on an individual’s personality is considered an interference. Therefore, all forms of expression are protected within the scope of freedom of expression, without any content-based limitations. Expressions of political, artistic, aca-

me’nin 10. maddesinin ihlali olarak nitelendirilmiştir⁵.

AİHM, Vladimir Kharitonov v. Rusya kararında internet sitesine erişimin engellenmesinin ifade özgürlüğü ihlaline yol açacağı yönündeki görüşünü yeni bir içtihatla da vurgulamıştır. Bir haber paylaşım sitesine erişimi engelleyen Rus idari makamları, bu karara gerekçe olarak, uyuşturucu ile ilgili haberlerin yer aldığı ve aynı IP adresini kullanan bir başka web sitesinin, haber sitesi ile aynı ağ barındırma hizmetini temel alması nedeniyle engellenmesini göstermiştir. Mahkeme ise bu yaptırımın site yöneticisi Kharitonov’un ifade özgürlüğünü ihlal ettiği tespitinde bulunmuştur⁶. Bu karar aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ifade özgürlüğünün yeni medyaya özgü biçimde sağlanması yönünde tavır alması açısından önem teşkil etmektedir. AİHM bu kararla davalı Rusya ile birlikte henüz yeni medya ortamını düzenleyen bir yasal düzenleme yapmamış olan ülkeleri bu yönde bir hukuki girişimde bulunmaya çağırıştır.

2012 tarihli Ahmet Yıldırım v. Türkiye kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yeni medya ortamında ifade özgürlüğüne ilişkin ilk kararını vermiş; yeni medya ortamındaki sorunların fiziki dünyaya uygun kanunlarla düzenlenemeyeceğini ifade etmiştir. Sonraki kararlarında da istikrarlı biçimde bu görüşünü korumuştur.

III. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

İfade özgürlüğü, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 19. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 10. maddesinde koruma altına alınan temel hak ve özgürlüklerden bir tanesidir. İfade özgürlüğü en basit tanımıyla kişinin serbestçe düşünce ve bilgilere ulaşabilmesi, edindiği düşünceleri tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla açıklayabilmesi, savunabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelmektedir. Bu hakkın öznesi herkeştir. Herhangi bir kişinin ifade özgürlüğünün yalnızca kişiliği dolayısıyla kısıtlanması müdahale olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle ifade özgürlüğünde her türlü ifade koruma altına alınmış olup ifade özgürlüğü hakkına içerik bakımından bir kısıtlama getirilmemiştir. Siyasi, sanatsal, akademik veya

FOOTNOTE

³ The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet. https://www.article19.org/data/files/Internet_Statement_Adopted.pdf (Date Accessed: 01.05.2023).

⁴ ECtHR *Cengiz and Others v. Türkiye* 48226/10, 1 December 2015.

⁵ ECtHR *Kablis v. Russia* 48310/16, 30 April 2019.

⁶ ECtHR *Kharitonov v. Russia* 10795/14, 23 June 2020.

DİPNOT

³ The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet. https://www.article19.org/data/files/Internet_Statement_Adopted.pdf (Erişim Tarihi: 01.05.2023).

⁴ ECtHR *Cengiz and Others v. Türkiye* 48226/10, 1 December 2015.

⁵ ECtHR *Kablis v. Russia* 48310/16, 30 April 2019.

⁶ ECtHR *Kharitonov v. Russia* 10795/14, 23 June 2020.

PART 7

demic, or commercial nature, among others, are recognized as falling within the realm of freedom of expression.

The Court has stated that freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and that it applies not only to harmless information or ideas but also to offensive, shocking, or disturbing information and ideas for a section of society⁷. As a result, it is important to avoid arbitrariness when restricting the right to freedom of expression, which is a fundamental human right, and to explain the legal justification for such restrictions in a way that preserves the spirit of the right.

However, it is acknowledged that in certain cases, certain expressions may not be considered within the scope of protection of freedom of expression. It is generally accepted that expressions promoting fascism, racism, discrimination, war propaganda, or hate speech are not protected under the right to freedom of expression⁸. It is recognized that hate speech can incite violence against victims or cause harm to individuals targeted by such expressions. In addition to this, it is important to determine the boundary between hate speech and expressions of strong criticism.

Although the European Court of Human Rights (ECtHR) does not explicitly exclude hate speech from the scope of freedom of expression, it takes it into consideration when it comes to the limitation of this right. In this regard, the ECtHR has sometimes characterized such expressions as an abuse of rights under Article 17 of the Convention and, at other times, assessed them under Article 10, justifying interference with freedom of expression. Taking measures against hate speech and providing a protective system for individuals who are victims of such speech is considered among the obligations of states arising from international texts, especially decisions of the Council of Europe's Committee of Ministers. The ECtHR referred to Article 17, which addresses the abuse of rights, for the first time in this context in 2003, interpreting actions that aim to spread violence or hatred, employ illegal or undemocratic methods, incite violence, seek to undermine the democratic and pluralistic political system, or target racism or the elimination of others' rights and freedoms, as an abuse of rights under Article 17⁹. Therefore, the ECtHR excludes actions that constitute an abuse of the

ticari düşünce ve kanaat açıklamaları gibi her türlü ifade, ifade hürriyeti kapsamında kabul edilmektedir.

Mahkeme tarafından ifade özgürlüğünün demokratik toplumun asıl temellerinden birini oluşturduğu ve yalnızca zararsız bilgi veya düşüncelerin değil, toplumun bir bölümü için saldırgan, şoke edici veya rahatsız edici bilgi ve düşünceler için de uygulanacağı belirtilmiştir⁷. Dolayısıyla temel bir insan hakkı olan ifade özgürlüğünün sınırlandırılması keyfiliğe yol açmamalı, yasal dayanak açık ve şeffaf bir şekilde tanımlanmalı ve hakkın özüne zarar vermemelidir.

Ancak bazı durumlarda kimi ifadelerin ifade özgürlüğünün koruma alanı içerisinde değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir. Günümüzde faşizm, ırkçılık, ayrımcılık, savaş propagandası veya nefret içerikli ifadelerin ifade özgürlüğü hakkı kapsamında korunmayacağı genel olarak kabul görmektedir⁸. Nefret içerikli ifadelerin mağdurlara yönelik şiddet olaylarını tahrik edebileceği veya bu tür ifadelere muhatap olan kişiler açısından zarar meydana getirebileceği kabul edilmektedir. Ancak nefret içerikli ifadeler ile sert eleştiri niteliğindeki ifadeler arasındaki sınırın belirlenmesi önem arz etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nefret içerikli söylemleri doğrudan ifade özgürlüğü kapsamı dışında tutmasa da hakkın sınırlandırılması konusunda dikkate almaktadır. Bu noktada AIHM kimi zaman bu ifadeleri Sözleşmenin 17. maddesi uyarınca hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirmiş, kimi zaman da 10. madde uyarınca bir değerlendirme yapmış ve ifade hürriyetine yönelik müdahaleyi haklı olarak nitelendirmiştir. Nefret içerikli söylemi yaptırım altına almak ve bu tip söylemlerin mağduru olan kişiler için bir koruma sistemi öngörmek, devletlerin uluslararası metinlerden ve özellikle de Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi kararlarından doğan yükümlülükleri arasında sayılmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi AIHS'in hakkın kötüye kullanılmasını düzenleyen 17. maddesine bu bağlamda ilk kez 2003 yılında başvurmuş; şiddeti veya nefreti yaymayı hedefleyen, yasadışı ya da demokratik olmayan yöntemlerin kullanıldığı, şiddete başvurmayı özendirilen veya demokratik ve çoğulcu siyasal sistemi ortadan kaldırmayı hedefleyen veya ırkçı ya da başkalarının hak ve özgürlüklerini ortadan kaldırmayı hedefleyen eylemleri 17. madde kapsamında hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir⁹.

rights and freedoms enshrined in the European Convention on Human Rights from its protection.

Freedom of expression is protected at different levels depending on the nature of the expression and its addressee. For instance, in academia, it is argued that criticisms directed at public figures should be protected within a broader framework of freedom of expression, while criticisms aimed at ordinary citizens and judicial bodies should be protected within a narrower range.

The protection provided to freedom of expression encompasses not only the content, but also the different forms and means through which information and ideas are expressed, communicated, and accessed. Therefore, expression can be conveyed through any medium or in any form of content. The concept of freedom of expression also includes the negative aspect of the right to remain silent.

Since the language used to convey expression is an integral part of this freedom, any restriction or sanction that prevents expression in any language is considered a violation of freedom of expression¹⁰.

A. Freedom of Expression on the Internet

Considering the significant role of the internet in our lives, which has become indispensable, it is possible to say that it is affected by interventions on freedom of expression.

The European Court of Human Rights has taken into account the widespread use of the internet and, due to the ease, affordability, speed, and wide dissemination of thoughts in the online environment compared to printed publications, it has interpreted Article 10, paragraph 1 of the European Convention on Human Rights broadly, stating that the internet is also within the scope of protection for freedom of expression.

Another important issue that has emerged in recent years in the context of the internet is social media platforms. These platforms provide opportunities for individual participation in content creation, publishing, and commenting, and they are transparent environments for mutual communication. Social

Dolayısıyla AIHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması niteliğindeki eylemleri Sözleşme'nin koruması dışında bırakmaktadır.

İfade özgürlüğünde her ifade, niteliğine ve muhatabına göre farklı seviyelerde korunmaktadır. Örneklendirmek gerekirse öğretide, kamuya mâl olmuş kişilere yönelik eleştirilerin ifade özgürlüğü anlamında daha geniş bir çerçevede korunması; sade vatandaş ve yargı organlarına yönelik eleştirilerin ise daha dar bir yelpazede korunması gerektiği yönünde bir görüş mevcuttur.

İfade özgürlüğüne sağlanan koruma yalnızca içeriği değil; bilgi ve düşüncelerin dile getirildiği, iletildiği ve bunlara ulaşıldığı farklı biçim ve araçları da kapsar. Bu sebeple ifadenin herhangi bir araçla veya herhangi bir içerikte dile getirilmesi mümkündür. İfade özgürlüğü kavramı aynı zamanda ifade özgürlüğünün negatif yönü olan sessiz kalma hakkını da içermektedir.

İfadenin iletilmesinde kullanılan dil, bu özgürlüğün ayrılmaz bir parçası niteliğinde olduğundan ifadenin herhangi bir dilde dile getirilmesinin engellenmesi ve bu noktada bir yaptırım uygulanması ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilmektedir¹⁰.

A. İnternet Ortamında İfade Özgürlüğü

Hayatlarımızda artık vazgeçilmez bir yeri olan internetin iletişimdeki bu önemli konumu göz önüne alındığında ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerden etkilendiğini söylemek mümkündür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de internetin yaygın kullanımını göz önüne almış ve internet ortamındaki düşüncelerin açıklanmasının ve yayılmasının basılı yayınlara oranla daha kolay, ucuz, hızlı ve yaygın olması sebebiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin ilk fıkrasını geniş yorumlayarak internetin de ifade hürriyeti koruması kapsamında olduğunu belirtmiştir.

İnternet bağlamında son yıllarda ortaya çıkan bir diğer önemli konu ise sosyal medya platformlarıdır. Bu mecralar içerik oluşturma, yayınlama ve yorumlama şeklinde bireysel katılıma imkân veren, şeffaf ve karşılıklı iletişim kurulan ortamlardır. Sosyal medya dünyadaki tüm kullanıcıların bir arada iletişime

FOOTNOTE

⁷ ECtHR *Handyside v the UK*, App. no. 5493/72, 7 December 1976, para. 49.

⁸ *Bülent Tanör/ Necmi Yüzbaşıoğlu*, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yay., İstanbul 2006, p. 159.

⁹ ECtHR, *Garaudy/ France*, Appl. No: 65831/01, 24.06.2003.

¹⁰ ECtHR, *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası/ Türkiye*, Appl. No: 20641/05, 25.09.2012, § 73.

DİPNOT

⁷ ECtHR *Handyside v the UK*, App. no. 5493/72, 7 December 1976, para. 49.

⁸ *Bülent Tanör/ Necmi Yüzbaşıoğlu*, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yay., İstanbul 2006, s. 159.

⁹ ECtHR, *Garaudy/ France*, Appl. No: 65831/01, 24.06.2003.

¹⁰ ECtHR, *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası/ Türkiye*, Appl. No: 20641/05, 25.09.2012, § 73.

PART 7

media has become an influential platform where users from around the world can engage in discussions, share messages, information, criticism, sales, and advertisements. Therefore, it is emphasized that states should exercise caution in their legal regulations concerning the internet and social media, as these areas require sensitivity.

Taking into consideration the significant capacity of storing and transmitting vast amounts of information, the increased access to news for the public, and the facilitation of information dissemination, the European Court of Human Rights views the internet as a unique domain for the exercise of freedom of expression. The Court, in the case of *Ashby Donald v. France*, emphasized that its stance on this matter also includes the aspect of making profits through the internet¹¹.

When it comes to certain content found on the internet, individuals who are the subject of such content require greater protection compared to ordinary individuals. Therefore, journalists, who are among the main content creators in the new media, also have a duty and responsibility to protect individual rights. While it may be acceptable for journalists to be convicted based on their news reporting, the European Court of Human Rights also emphasizes the need for the judgments to be proportionate, which is another requirement stemming from the Court's case law. This is because journalists often include politicians, government officials, or individuals who have gained fame in various fields in their content, and their sharing reaches wide audiences and the public eye to a large extent.



geçebildiği yorum, mesaj, bilgi, eleştiri, satış ve reklamların yapıldığı etkili bir mecra haline gelmiştir. Bu nedenle devletlerin internet ve sosyal medya alanlarında yapılan yasal düzenlemelerde hassas davranmaya özen göstermeleri gerektiği belirtilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi büyük miktarda bilgiyi saklama ve iletme kapasitesi, halkın haberlere erişiminin artması ve bilginin yayılmasını kolaylaştırmasındaki rolüne bakarak interneti, ifade özgürlüğünün kullanılması için benzersiz bir alan olarak görmektedir. Mahkeme, *Ashby Donald v. Fransa*¹¹ kararında bu konudaki duruşunun internet üzerinden kâr sağlamayı da kapsadığını vurgulamıştır.

İnternette yer alan bazı içeriklere konu olan kişiler, sıradan insanlara göre daha çok korunmaya gereksinim duymaktadır. Dolayısıyla yeni medyada en çok içerik üreten kişilerden olan gazetecilere kişi haklarının korunması konusunda düşen görev ve sorumluluklar da bulunmaktadır. Gazetecilerin yaptıkları haberlerden dolayı hüküm giymeleri AIHM için kabul edilebilir olmakla beraber verilen hükümlerin ölçülü olması da Mahkeme'nin içtihatlarından doğan başka bir gereksinimdir. Çünkü gazeteciler, oluşturdukları içeriklerde politikacılara, devlet görevlilerine ya da çeşitli alanlarda üne kavuşmuş kişilere, kısaca büyük ölçüde toplumun gözü önünde olan kişilere yer vermekte ve paylaşımları geniş kitlelere erişebilmektedir.

B. The Relationship Between the Right to Access the Internet and the Right to Freedom of Expression

According to the established case law of the European Court of Human Rights, restricting the internet not only limits freedom of expression but also restricts people's right to access information. Measures taken to restrict internet access should be compatible with human rights and predictable for individuals. In the Court's judgment in the case of *Ahmet Yıldırım v. Türkiye*, it was stated that member states should protect the internet within the scope of freedom of expression in their constitutions and ensure unrestricted access to the internet¹².

While some states surround digital communication channels with security walls or resort to internet shutdowns in response to mass street protests, countries such as Iran, China, and Vietnam are striving to develop systems that control access to digital information. Restrictions imposed on the right to access the internet, like these examples, are recognized as interference with freedom of expression protected by international treaties.

IV. CRITERIA OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS REGARDING LIMITATIONS ON FREEDOM OF EXPRESSION

The European Court of Human Rights examines whether a limitation is imposed on freedom of expression as regulated in Article 10 of the European Convention on Human Rights in the cases brought before it. It is acknowledged that the fundamental condition of the limitation is the requirement set forth in paragraph 2 of the same article, which is the existence of a legal basis. Being determined by law implies predictability and accessibility of laws. Citizens should be able to easily access laws and foresee the consequences of their actions. In other words, it refers not only to laws that have been enacted through proper procedures but also to rules that are general, abstract, and permanent and which society is required to comply with. The Court has not deemed it sufficient for the limitation to be established solely by law; it has also

B. İnternete Erişim Hakkı ve İfade Özgürlüğü Hakkı Arasındaki İlişki

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarına göre internetin kısıtlanması sadece ifade özgürlüğünün değil, insanların bilgi alma hakkının da kısıtlanması anlamına gelmektedir. İnternete erişim için alınan önlemler insan haklarıyla uyumlu ve insanların için öngörülebilir olmalıdır. Mahkemenin *Ahmet Yıldırım v. Türkiye* kararında üye ülkelerin anayasalarında internetin ifade özgürlüğü kapsamında koruma altına alınması ve engelsiz internete erişim hakkı tanınması gerektiği belirtilmiştir¹².

Bazı devletler dijital iletişim kanallarını güvenlik duvarıyla çevrelemeye veya kitlesel sokak eylemlerine karşılık internet kesme eylemlerine başvurmakta iken İran, Çin ve Vietnam gibi ülkeler ise dijital bilgiye erişimi kontrol altında tutmaya yarayan sistemler geliştirmeye çalışmaktadır. Bunlar gibi internete erişim hakkına getirilen sınırlamaların uluslararası sözleşmelerle koruma altına alınan ifade özgürlüğüne müdahale teşkil ettiği kabul edilmektedir.

IV. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE YAPILAN SINIRLAMAYA İLİŞKİN KRİTERLERİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen davada ilk olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğüne bir sınırlama getirilip getirilmediğini incelemektedir. Kısıtlamanın en temel koşulunun aynı maddenin 2. fıkrasında yer alan yasayla öngörülme şartı olduğu kabul edilmektedir. Yasayla belirlenmiş olmakla kastedilen, yasaların öngörülebilirliği ve ulaşılabilirliğidir. Vatandaşlar yasalara kolayca ulaşabilmeli ve davranışlarının sonucunu öngörebilmelidir. Başka bir deyişle yalnızca usulüne uygun, doğru prosedürler takip edilerek alınmış olan kanunu değil; genel, soyut ve daimi olarak toplumun uyması gerekli olan kuralları kast etmiştir. Mahkeme, kısıtlamanın sadece yasayla öngörülmüş olmasını yeterli görmemiş; aynı zamanda hukuken öngörülebilir olması şartını da aramıştır. Sınırlamaya

FOOTNOTE

¹¹ ECtHR, *Ashby Donald and Others v. France*, App. no. 36769/08, 10.01.2013.

¹² ECtHR *Ahmet Yıldırım v Türkiye* 3111/10 18 December 2012.

DİPNOT

¹¹ ECtHR, *Ashby Donald and Others v. France*, App. no. 36769/08, 10.01.2013.

¹² ECtHR *Ahmet Yıldırım v Türkiye* 3111/10 18 December 2012.

PART 7

required it to be legally predictable. When evaluating the rules related to the limitation, the Court emphasizes that it depends on the content of the relevant text, the nature and scope of the area covered, and the number of individuals it encompasses.

The second criterion is that the imposed limitation must be in line with the requirements of a democratic society. In order to determine whether the interference with freedom of expression constitutes necessary measures in a democratic society, national courts must first apply the principle of proportionality, which means that the aim and the means used to achieve that aim must be proportionate.

The Court has stated that for the interference to be considered necessary, there must be an urgent social need, and furthermore, the limitation must serve a legitimate purpose. The restriction of freedom of expression in pursuit of the legitimate aim must be proportionate. It is not considered legitimate if the limitation is based on reasons other than those listed in Article 10(2) of the Convention. The ECtHR determines in each specific dispute whether the interference is based on a legitimate purpose. The legitimate aims mentioned in Article 10(2) of the ECHR include national security, territorial integrity and public safety, the preservation of public order, the prevention of crime, the protection of health or morals, the protection of the reputation and rights of others, the prevention of the disclosure of confidential information, or the maintenance of the authority and impartiality of the judiciary. It is acknowledged that restrictions on freedom of expression will not constitute a violation if they meet these criteria.

V. THE ROLE OF STATES AND INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

The United Nations has also listed what states should do in its reports on the right to access the Internet. It has emphasized the need for states to make the internet accessible and affordable for all segments of society, with developed countries supporting universal access as a form of assistance to developing nations. The reports also stress the importance of efforts to enhance internet literacy within society.

In addition, net neutrality also holds an important place in this context. Net neutrality

ilişkin kurallar değerlendirilirken Mahkeme, söz konusu metnin içeriğine, kapsadığı alanın niteliğine ve kapsamına aldığı insanların sayısına bağlı olduğunu vurgulamıştır.

İkinci kriter ise yapılan kısıtlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmasıdır. İfade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olup olmadığının tespiti için, ulusal mahkemelerin öncelikle amaç ile o amaca ulaşmak için kullanılan aracın orantılı olması anlamına gelen orantılılık ilkesini uygulamaları gerekir.

Mahkeme, müdahalenin gerekli kabul edilebilmesi için acil bir sosyal ihtiyacın bulunması gerektiğini belirtmiş, ayrıca kısıtlamanın meşru bir amaca yönelik olması gerektiğini ifade etmiştir. Ulaşılmak istenen meşru amaçla ifade özgürlüğünün sınırlandırılması orantılı olmalıdır. Kısıtlamanın Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında sayılan gerekçelerin dışında başka bir gerekçeye dayandırılması meşru kabul edilmemektedir. AİHM, her somut uyuşmazlıkta müdahalenin meşru bir amaca dayanıp dayanmadığını kendisi tespit etmektedir. AİHS'in 10. maddesinin 2. fıkrasında bahsedilen meşru amaçlar ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü ve kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın korunması, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının korunması olarak sıralanmaktadır; ifade özgürlüğüne ilişkin kısıtlamaların ancak bu kriterleri taşıması halinde ihlal oluşturmayacağı kabul edilmektedir.

V. DEVLETLERİN VE ULUSLARARASI KURULUŞLARIN ROLÜ

Birleşmiş Milletler, internete erişim hakkına ilişkin yayımladığı raporlarda devletlerin yapması gerekenleri de sıralamıştır. İnterneti toplumun tüm kesimleri için erişilebilir ve düşük maliyetli yapmaları, gelişmiş ülkelerin gelişmekte olan ülkelere destek olarak evrensel erişimin önünü açması, toplumdaki internet okuryazarlığının artırılması için çalışmalar yapılması gerektiği belirtilmiştir.

Bunlarla birlikte ağ tarafsızlığı da burada önemli bir yere sahiptir. Ağ tarafsızlığı, tüm internet trafiğinin ayırım gözetmeksizin eşit

refers to the principle that all internet traffic should be treated equally without discrimination. Although the internet is an open space susceptible to control by states, the key point in the net neutrality debate is that the internet should be neutral for individuals. Especially since the 2000s, this concept has been widely discussed in the United States. When states fail to legislate on net neutrality, content providers may engage in discriminatory practices, which would hinder net neutrality. If internet service providers engage in discrimination based on content, it would also restrict the access rights necessary for democratic discourse and public space. This concept is directly related to freedom of expression. Internet users often face direct and unnoticed censorship, which violates freedom of expression in various aspects, such as accessing information and disseminating ideas.

In terms of net neutrality, the Netherlands has secured its place in history as the first state in Europe to enact legislation on the subject¹³. In 2015, the Council of Europe also published a directive containing provisions on net neutrality. This directive aims to establish common rules to ensure equal and non-discriminatory treatment of traffic. Users should have the right to access information and content through the internet, distribute them, and use them without discrimination. However, Internet service providers are allowed to implement reasonable, transparent, non-discriminatory measures that are not based on commercial considerations¹⁴. The Declaration of the Committee of Ministers of the Council of Europe dated September 2010 emphasized that internet users should have the maximum possible internet access and that measures related to network management should be proportionate, appropriate, and free from discrimination¹⁵. It was also stated that there should be adequate avenues to challenge network management decisions and seek compensation.

VI. ANTI-DISINFORMATION LAW AND ITS INNOVATIONS

The Press Law and Amendments to Certain Laws, also known as the anti-disinformation law, which has been presented to the Turkish Grand National Assembly, was published in the Official Gazette with number 31987 on October 18, 2022, and went into effect. With

muamele görmesi ilkesini ifade eder. İnternet her ne kadar devletler tarafından kontrol edilmeye açık bir alan olsa da ağ tarafsızlığı tartışmasında temel nokta internetin insanlara tarafsız olmasıdır. Özellikle 2000'li yıllardan itibaren bu kavram Amerika Birleşik Devletleri'nde sıkça tartışılmaya başlanmıştır. Ağ tarafsızlığı ile ilgili devletler yasal düzenleme yapmadığında içerik sağlayıcılar ayırıcı davranabilecek ve bu da ağ tarafsızlığını engelleyecektir. İnternet servis sağlayıcılarının içerik üzerinde ayırmacılık yapması halinde demokratik bir tartışma ve kamusal alan için gerekli olan erişim hakkı da kısıtlanacaktır. Bu kavram ifade özgürlüğü ile doğrudan ilişkilidir. İnternet kullanıcıları çoğunlukla doğrudan ve habersiz bir engellemeye maruz kalmaktadır ve bu engellemeler de kişilerin bilgi edinme ve fikirlerini yayma gibi birçok noktada ifade özgürlüğünü ihlal etmektedir.

Hollanda ağ tarafsızlığı ile ilgili Avrupa'da yasa çıkaran ilk devlet olarak tarihte yerini almıştır¹³. Avrupa Konseyi de 2015 yılında ağ tarafsızlığına ilişkin hükümler içeren bir yönetmelik yayınlamıştır. Bu yönetmelik, trafiğe eşit ve ayırıcı olmayan muameleyi güvence altına almak için ortak kurallar oluşturmayı hedeflemektedir. Nihai kullanıcılar internet aracılığıyla bilgi ve içeriğe erişim, bunları dağıtma ve ayırım gözetmeksizin kullanma hakkına sahip olmalıdır. Bununla birlikte internet sağlayıcılarının makul olarak kabul edilen, şeffaf, ayırıcı olmayan, ticari kaygılara dayanmayan önlemleri uygulamasına izin verilmiştir¹⁴. Eylül 2010 tarihli Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Bildirgesinde¹⁵ internet kullanıcılarının mümkün olan en fazla internet erişimine sahip olması gerektiği vurgulanmış ve ağ yönetimine ilişkin önlemlerin orantılı, uygun ve ayırmacılıktan uzak olması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca ağ yönetimi kararlarına itiraz etmek ve tazminat istemek için yeterli yollar bulunması gerektiği de ifade edilmiştir.

VI. DEZENFORMASYONLA MÜCADELE YASASI VE GETİRDİĞİ YENİLİKLER

Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulduğundan bu yana halk arasında "Dezenformasyonla Mücadele Kanunu" olarak da bilinen Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 18 Ekim 2022 tarih ve 31987 sayılı Resmi Gazete'de yayımlana-

DİPNOT

¹³ Ot Van Daalen, Translations of key Dutch internet freedom provisions, 2011. <https://www.bitsoffreedom.nl/2011/06/27/translations-of-key-dutch-internet-freedom-provisions/> (Erişim Tarihi: 07.04.2023).

¹⁴ Regulation (Eu) 2015/2120 of The European Parliament and of The Council.

¹⁵ Declaration of the Committee of Ministers on network neutrality.

FOOTNOTE

¹³ Ot Van Daalen, Translations of key Dutch internet freedom provisions, 2011. <https://www.bitsoffreedom.nl/2011/06/27/translations-of-key-dutch-internet-freedom-provisions/> (Date Accessed: 07.04.2023).

¹⁴ Regulation (Eu) 2015/2120 of The European Parliament and of The Council.

¹⁵ Declaration of the Committee of Ministers on network neutrality.

PART 7

this regulation, the offense of "public dissemination of misleading information" has been added to Article 217 of the Turkish Penal Code ("TPC") numbered 5237.

Disinformation can be defined as the spread of false information, regardless of the accuracy of the facts, with the intention to influence people's emotions and thoughts, leading to the widespread dissemination of false information to the masses. When considering the risks of disinformation, it is evident that the advantages provided by social media and the internet make it easier to create fear and panic among the public, and there is a risk of many individuals being influenced by false information and manipulations.



The effectiveness and power that the internet has gained in terms of generating and disseminating information both facilitate public access to information and, at the same time, open the door to its misuse. In other words, there is a need to differentiate between the truth and falsehood of the information published and accumulated in the online environment.

The rapid flow of information that has emerged with the proliferation of social media has led to the concept of an "infodemic," described by the World Health Organization, which can be considered as an epidemic of misinformation. The speed of misinformation dissemination can be attributed to the

easy accessibility of information on social platforms and the tendency of social media users to provide instant and careless reactions to the information they encounter¹⁶.

Dezenformasyon, kavramların doğru olup olmadığına bakmaksızın insanların duygu ve düşünceleriyle hareket etmesini sağlayarak yanlış bilgilerin geniş kitlelere yayılmasının sağlanması olarak tanımlanabilir. Dezenformasyonun risklerine bakıldığında, sosyal medya ve internet ortamının sağladığı avantajlardan yararlanmak suretiyle halk arasında korku ve panik yaratılmasının kolaylaştığı, yanlış bilgiler ve manipülasyonlarla pek çok insanın etkilenmesi riskinin mevcut olduğu açıktır.

İnternet ortamının bilgi üretme ve yayma konusunda kazandığı etkinlik ve güç, bir yandan kamuoyunun bilgiye erişimini kolaylaştırmakta öte yandan kötüye kullanımın da önünü açmaktadır. Başka bir deyişle internet ortamında yayımlanan ve biriken bilgilerin gerçek ve yalan olarak ayrıştırılma zorunluluğu hasıl olmaktadır.

Sosyal medyanın yaygınlaşmasıyla ortaya çıkan yoğun bilgi akışı, Dünya Sağlık Örgütü'nün ifadesiyle yanlış bilgi salgını olarak da açıklanabilecek "infodemi" kavramının ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Yanlış bilgilerin yayılımındaki hızın sebebi olarak sosyal mecralarda bilgiye çok hızlı ulaşılabileceği ve sosyal medya kullanıcılarının karşı-

easy accessibility of information on social platforms and the tendency of social media users to provide instant and careless reactions to the information they encounter¹⁶.

Various methods and motivations exist for the production of false news. One of the primary motivations is the desire to increase user engagement on personal social media accounts, often driven by commercial and political purposes. In terms of methods, it can be exemplified by distorting or manipulating accurate information to gain attention.

The aim of the newly enacted law is to introduce sanctions regarding the dissemination of false news content on the internet and social media platforms. The objective is to facilitate access to accurate information and prevent the spread of incorrect information among the public.

When looking at the requirements stipulated in the law for the offense of publicly disseminating misleading information, the first requirement is the intention to create fear, worry, and panic among the public through the sharing of such information. Secondly, there is a limitation in terms of the subject matter, stating that information related to the country's internal and external security, public order, and general health will be considered within the scope of this offense. Another requirement is the public dissemination of content that is likely to disrupt public peace. The aggravated form of the offense is regulated when the perpetrator commits the crime by concealing their true identity or as part of an organization's activities.

In this context, in the present day where the internet and social media platforms are widely prevalent, the aim of the law is to combat disinformation that threatens every user. Measures can be taken to ensure the accuracy of information disseminated on the internet and to apply sanctions against those who share content with the intention of causing fear, worry, and panic among the public. These measures are intended to protect individuals from the dangers of misinformation in the online environment.

When examining the ratio decidendi, emphasis is placed on the fact that freedom of thought and expression is one of the essential requirements of a democratic society. The importance of pluralism, tolerance, and

larına çıkan bilgiye anlık ve dikkatsiz tepkiler vermesi gösterilebilir¹⁶.

Yalan haber üretiminin pek çok yöntemi ve motivasyonu olabilir. Bu motivasyonların başında ticari ve siyasi amaçlarla birlikte kullanıcıların kişisel sosyal medya hesapları üzerindeki etkileşimlerini arttırmak istemeleri yer almaktadır. Yöntem olarak değerlendirildiğinde ise doğru bilginin çarpıtılması ya da dikkat çekmesi adına manipüle edilmesi şeklinde örneklendirilebilir.

Yeni çıkarılan kanunla amaçlanan ise internet ve sosyal medya ortamında yayınlanan yalan haber içeriklerine ilişkin yaptırımlar getirmek; doğru bilgiye ulaşmanın kolaylaştırılması, halk arasında doğru olmayan bilgilerin yayılmasının önüne geçilmesidir.

Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunun kanunda öngörülen şartlarına bakıldığında aranan ilk şartın halk arasında endişe, korku ve panik yaratma amacı güdülerek paylaşım yapılması olduğu görülür. İkinci olarak konu bakımından bir sınırlama getirilmiş ve ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili bilgilerin bu suç kapsamında değerlendirileceği düzenlenmiştir. Diğer bir şart ise kamu barışını bozmaya elverişli bir içeriğin alenen yayılmasıdır. Suçun nitelikli hali, failin gerçek kimliğini gizlemek suretiyle ya da bir örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlemesi olarak düzenlenmiştir.

Bu bağlamda internet ya da sosyal medya mecralarının çok yaygınlaştığı bu günlerde her kullanıcıyı tehdit eden dezenformasyonla mücadele etmeyi amaçlayan yasa ile internet ortamında yayılan bilgilerin doğruluğunu güvence altına almak adına halk arasında endişe, korku ve panik yaratma saikiyle paylaşımlarda bulunanlar hakkında yaptırım uygulanması gibi önlemlere başvurulabilecektir.

Hükmün gerekçesine bakıldığında ise düşünce ve ifade özgürlüğünün demokratik toplumun en önemli gereksinimlerinden olduğuna vurgu yapılmış; çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin bireyin kendisini geliştirmesine, dolayısıyla toplumun ilerlemesine etkisinden bahsedilmiş ve ifade özgürlüğünün alt yapısını teşkil ettiği belirtilmiştir. Teknolojik gelişmelerin ve internetin yaygınlaşmasının etkisiyle dijital platformların gördüğü rağbet artmış; bu vesileyle bilginin yayılma hızı artarken bu içeriklerin zihin sü-

FOOTNOTE

¹⁶ Emrah Öztürk, "Dezenformasyon Yasası Ekseninde İnternet Paylaşımının Etki ve Sınırları", Yeni Medya Dergisi, Vol: 13, 2022, p. 501.

DİPNOT

¹⁶ Emrah Öztürk, "Dezenformasyon Yasası Ekseninde İnternet Paylaşımının Etki ve Sınırları", Yeni Medya Dergisi, Sayı 13, 2022, s. 501.



PART 8

COMPETITION PROHIBITION FOR A BOARD MEMBER IN A JOINT STOCK COMPANY

ANONİM ORTAKLIKTA
YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN
REKABET YASAĞI

CEREN NAZ ÜNSAL
ALEYNA VERDA ŞEREMENT

PART 8

ABSTRACT | ÖZET

The prohibition of competition serves as a regulation designed to safeguard the interests of individuals involved in a legal relationship. Consequently, the freedom to compete is restricted in order to prevent harm to the rights of others.

Rekabet yasağı hukuki ilişki içerisindeki kimselerin korunmasına yönelik bir düzenlemedir. Bu kapsamda kişilerin rekabet özgürlüğü, başka kimselerin haklarına zarar verilmesini engellemek amacıyla sınırlandırılmaktadır.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELELER

Prohibition Of Competition, Non-Competition Obligation, Joint Stock Company, Board Of Directors, Duty Of Loyalty, Limits Of The Prohibition Of Competition, Consequences Of Breach Of The Prohibition Of Competition.

Rekabet Yasağı, Rekabet Etmeme Yükümlülüğü, Anonim Şirket, Yönetim Kurulu, Sadakat Yükümlülüğü, Rekabet Yasağının Sınırları, Rekabet Yasağına Aykırılığın Sonuçları.

I. INTRODUCTION

The duty of loyalty, as stipulated in our legislation, forms the foundation for the prohibition of competition. Within commercial companies, the board of directors' members hold the responsibility of safeguarding trade secrets and confidential company information essential for managing and representing the organization. Consequently, the Turkish Commercial Code No. 6102 ("TCC")¹ explicitly incorporates the prohibition of competition. In joint stock companies, a board member is restricted from engaging in any commercial venture, either individually or on behalf of another party, within the company's field of operation, without the explicit consent of the general assembly. Moreover, they are prohibited from becoming a partner with unlimited liability in a company involved in the same type of commercial enterprise.

If a member of the board of directors violates the prohibitions set forth in the law without obtaining the general assembly's permission, various sanctions may be imposed in addition to seeking compensation from the board member, as specified in the legislation. These measures include treating the transaction as if it were conducted on behalf of the company, demanding that any benefits resulting from contractual relationships made

I. GİRİŞ

Mevzuatımızda düzenlenmiş olan sadakat yükümlülüğü, rekabet yasağının temelini oluşturmaktadır. Ticaret şirketlerinde yönetim kurulu üyeleri buldukları konumun gereği olarak şirketin yönetim ve temsiline ilişkin ticari sırlarına ve şirket bilgilerine hakim olmaktadır. Bu nedenle 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("TTK")¹ kapsamında rekabet yasağına açıkça yer verilmiştir. Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinden biri, genel kurulun iznini almaksızın, şirketin işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapmayacağı gibi aynı tür ticari işlemlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla da giremeyecektir.

Yönetim kurulu üyelerinden birinin, genel kurulun iznini almaksızın kanunun lafzında yer alan yasakları ihlal etmesi halinde yönetim kurulu üyesi hakkında mevzuatta yer verilmiş olan tazminat talep edilmesi, yapılan işlemin şirket adına yapılmış sayılması veya üçüncü kişiler adına yapmış olduğu sözleşme ilişkilerinden doğan menfaatlerin şirkete verilmesinin talep edilmesinin yanı sıra mevzuatta yer almayan ancak anonim şirketler için öğretide kabul görmüş olan üyenin katıldığı şirketten çekilmesi, üyenin azli, ihtiyati tedbir talep edilmesi, cezai şart

FOOTNOTE

¹ 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu.



on behalf of third parties be returned to the company, as well as actions such as the removal or dismissal of the board member, requesting an interim injunction, and seeking penalties. Although these measures are not explicitly stated in the legislation, they are recognized in the doctrine concerning joint stock companies.

In such cases, the other members of the board of directors, excluding the member who committed the violation, are required to submit an application to the commercial courts of first instance located in the jurisdiction where the joint stock company operates, or to the civil courts of first instance if there are no commercial courts available. This application must be made within three months from the date they became aware of the violation, or within the statutory limitation period of one year from the date of the violation in question, whichever comes first.

Our article encompasses the regulation of non-competition in Turkish law. It involves an in-depth examination of the concept of non-competition, its relationship with similar concepts, and its relevance within the framework of commercial companies. Specifically, we will focus on the prominence of non-competition in joint stock companies and provide detailed analysis on the individuals subject

talebi gibi yaptırımlar gündeme gelebilecektir.

Bu durumda ihlali gerçekleştiren yönetim kurulu üyesi dışında kalan diğer yönetim kurulu üyelerinin ihlali öğrendikleri tarihten itibaren üç ay ve her halde söz konusu ihlalden itibaren bir yıllık zamanaşımı süresi içinde anonim şirketin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemelerine, asliye ticaret mahkemelerinin bulunmaması halinde ise asliye hukuk mahkemelerine başvurması gerekmektedir.

Çalışmamızda Türk hukukunda rekabet yasağının düzenlendiği haller yer almakta olup rekabet yasağı kavramı ve benzer kavramlar ile rekabet yasağı kavramının ilişkisi geniş bir kapsamda incelendikten sonra ticaret şirketleri kapsamında incelenecek ve anonim şirketlerde rekabet yasağının gündeme geldiği haller detaylandırılacaktır. Anonim şirketlerde yer alan kişilerden hangilerinin rekabet yasağına tabi olduğu bir başlık altında incelenerek kişi bakımından rekabet yasağının etkileri detaylandırılacaktır. Yasağın tabi olduğu kişiler incelendikten sonra konu yönetim kurulu üyeleri kapsamında sınırlandırılarak rekabet yasağının yönetim kurulu üyesine etkisi ile yönetim kurulu üyesine rekabet yasağının getirilmesinin sebepleri ve üye ile anonim ortaklık arasındaki ilişki bağlamında yasağın uygulama alanı buldu-

DİPNOT

¹ 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu.

PART 8

to the prohibition of competition within this context. Furthermore, we will explore the effects of the prohibition of competition on these individuals. Upon analyzing the individuals subject to the prohibition, we will narrow our scope to members of the board of directors. This will involve studying the impact of the prohibition of competition on board members, the rationale behind imposing this prohibition on them, and the circumstances in which the prohibition is applied in the context of their relationship with the joint stock company.

To ensure that the prohibition of competition does not infringe upon the constitutionally guaranteed freedom to compete, we will outline the restrictions placed on this prohibition. These restrictions will be categorized into three sections: subject, duration, and location. Additionally, we will provide an explanation for the reasons behind these restrictions. The study will also cover the sanctions that may be imposed in cases of non-compliance with the prohibition of competition, as dictated by relevant Turkish legislation. We will include information on the statute of limitations concerning these sanctions.

II. THE NOTION OF NON-COMPETITION

A. Scope of Non-Competition

In our legal framework, non-competition is categorized into two types: statutory non-competition and contractual non-competition. It serves as an obligation aimed at preventing unfair advantages. This prohibition is based on principles of honesty and the duty of loyalty, aiming to prevent individuals operating within the same industry as a company from engaging in unlawful competition against one another. The obligation of non-competition arises due to the potential misuse of trade secrets, information, and documents that are confidential to the company, which would violate the duty of loyalty. As a result, individuals authorized to access such information and documents are subject to non-competition.

Non-competition agreements can be established between employees and employers, and non-competition clauses can be includ-

ğu haller incelenecektir. Getirilen yasağın, anayasa ile güvence altına alınmış rekabet etme özgürlüğünün sınırının aşılmasına engel olan rekabet yasağı sınırlandırmaları konu, süre ve yer olarak üç başlık altında detaylandırılacak olup sınırlandırmaların sebepleri açıklanacaktır. Rekabet yasağına uyulmaması halinde ilgili Türk mevzuatı çerçevesinde gündeme gelecek yaptırımlar ve ilgili yaptırımlara ilişkin zamanaşımı süreleri çalışmada yer alacaktır.

II. REKABET YASAĞI KAVRAMI

A. Rekabet Yasağının Kapsamı

Rekabet yasağı, hukukumuzda kanundan doğan rekabet yasağı ve sözleşmeden doğan rekabet yasağı olarak ikiye ayrılmaktadır. Haksız menfaatin önlenmesini hedefleyen bir yükümlülük çeşididir. Şirket ile aynı alanda faaliyet gösteren kişilerin birbiri ile hukuka aykırı biçimde rekabete girmesini önleyen bu yasağın, dürüstlük kuralları ve sadakat yükümlülüğü temeli ile sağlanır. Şirket açısından ticari sır niteliğinde bilgi ve belgelerin amacı dışında kullanılması, sadakat yükümlülüğünü ihlal edeceğinden; söz konusu bilgi ve belgelere ulaşma yetkisi olan kişiler rekabet yasağına tabidir.

İşçi ve işveren arasında rekabet yasağı sözleşmesi akdedilebileceği gibi anonim şirket ile ilgili şirketin yönetim kurulu üyeleri arasında akdedilecek sözleşmelerde rekabet yasağına ilişkin hüküm eklenerek kanundan doğan rekabet yasağı haricinde sözleşme-

ed in agreements between joint stock companies and their board members. By doing so, contractual non-competition can be addressed in addition to the non-competition obligations imposed by law².

B. Purpose of Non-Competition

The purpose of prohibiting competition is to establish fair and ethical competition within the realm of commercial activities, ensuring that it does not exceed reasonable limits and transform into unfair practices. The concept of non-competition arises to prevent competition between individuals in a legal relationship from devolving into unfair competition. The prohibition of competition serves as a regulation designed to safeguard the interests of individuals involved in a legal relationship. Consequently, the freedom to compete is restricted in order to prevent harm to the rights of others.

The primary objective of the regulations pertaining to non-competition is to prevent the negative consequences that may arise from the misuse of information and authority obtained by the parties involved through their relationship. It is crucial to implement the prohibition of competition in a balanced manner, ensuring the preservation of the benefits derived from the freedom to compete. Excessive restrictions imposed within the realm of non-competition can potentially undermine the very competitive dynamics that the prohibition seeks to protect. Thus, striking a proportionate balance is vital to safeguard the intended competitive relationship³.

C. Relationship of Non-Competition with Similar Concepts

1. Relationship with Unfair Competition and Competition Law

While the prohibition of competition entails the obligation to refrain from competing, the concept of unfair competition seeks to establish a fair and fraud-free competitive environment by guiding individuals towards ethical competition. Both concepts share the common goal of regulating competition. Unfair competition encompasses general rules applicable to all, whereas the

den doğan rekabet yasağının gündeme gelmesi sağlanabilir².

B. Rekabet Yasağının Amacı

Rekabet yasağının amacı, ticari hayatta gerçekleşen rekabetin dürüstlük ve iyi niyet kuralları çerçevesinde gerçekleşmesi, bu sınırın aşılması haksız rekabete dönüşmemesidir. Birbirleri ile hukuki ilişki içerisinde olan kişilerin arasında var olan rekabetin bir haksız rekabete dönüşmemesi amacıyla rekabet yasağı kavramı karşımıza çıkar. Rekabet yasağı hukuki ilişki içerisindeki kişilerin korunmasına yönelik bir düzenlemedir. Bu kapsamda kişilerin rekabet özgürlüğü, başka kişilerin haklarına zarar verilmesini engellemek amacıyla sınırlanmaktadır.

Yasağa ilişkin düzenlemelerin asıl amacı tarafların aralarındaki ilişki sayesinde edindikleri bilgilerin ve sahip oldukları yetkilerin kötüye kullanılması sonucu rekabetin taraflar arasında yaratabileceği olumsuzlukların engellenmesidir. Rekabet yasağının ölçülü bir şekilde gerçekleştirilebilmesi rekabet özgürlüğünün sağladığı menfaatin korunması açısından önem arz etmektedir. Şöyle ki, rekabet yasağı kapsamında getirilecek aşırı bir sınırlandırma söz konusu olması halinde korunması amaçlanan rekabet ilişkisi olumsuz yönde etkilebilecektir³.

C. Rekabet Yasağının Benzer Kavramlarla İlişkisi

1. Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku ile İlişkisi

Rekabet yasağı kişiye rekabet etmeme yükümlülüğü getirirken, haksız rekabet kavramı kişileri haklı rekabete yönelterek dürüst ve hilesiz bir rekabet ortamı oluşturmayı hedefler. Her iki kavramın ortak özelliği rekabete sınırlandırma getirmeleridir. Haksız rekabet kavramı genel nitelikli kuralları haiz olurken rekabet yasağı kavramı yasağa tabi kişileri kapsar.

FOOTNOTE

² Atanur Karaahmetoğlu, "İş Sırrı ve Ticari Sır Bağlamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Yasağına Aykırılıktan Doğan Sorumluluğu", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 2022/2, p. 1299-1307.

³ Burcu Günaydın Gültekin, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Rekabet Yasağı, 1. Baskı, İstanbul 2022, p. 21.

DİPNOT

² Atanur Karaahmetoğlu, "İş Sırrı ve Ticari Sır Bağlamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Yasağına Aykırılıktan Doğan Sorumluluğu", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 2022/2, s. 1299-1307.

³ Burcu Günaydın Gültekin, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Rekabet Yasağı, 1. Baskı, İstanbul 2022, s. 21.

PART 8

prohibition of competition specifically focuses on individuals who are subject to the prohibition.

Competition law, in contrast, aims to protect the competitive framework by fostering a free and fair environment for competition. In comparison to the prohibition of competition, where the focus is on protecting individual interests, competition law aims to preserve competition itself, thereby addressing broader societal interests⁴. The regulations pertaining to competition law are obligatory and, unlike the prohibition of competition, they are essential for maintaining public order⁵.

2. Relationship with the Duty of Loyalty and Obligation to Maintain Confidentiality

The duty of loyalty is a concept enshrined in the Turkish Code of Obligations No. 6098 (“TCO”)⁶, which encompasses an employee’s obligation to remain loyal to their employer and workplace, acting in the employer’s and workplace’s best interests. It serves as the foundation for the prohibition of competition, extending beyond solely the prohibition itself. Similar to the prohibition of competition, the obligation to maintain confidentiality is one of the obligations that falls within the scope of the duty of loyalty. However, the duty of loyalty is a comprehensive concept that extends beyond these two specific obligations, yet it forms the basis for both of these concepts⁷.

Rekabet hukuku ise, serbest rekabet ortamını sağlayarak rekabet düzenini korumayı hedefler. Rekabet yasağı ile kıyaslandığında ise rekabet yasağı kapsamında kişiye ait menfaatin korunması hedeflenirken rekabet hukukunda rekabetin kendisi korunmakta olup toplumsal menfaatlerin korunmasından söz edilmesi mümkündür⁴. Rekabet hukukuna ilişkin düzenlemeler emredici nitelikte olup rekabet yasağının aksine kamu düzenini ilgilendirmektedir⁵.

2. Sadakat Yükümlülüğü ve Sır Saklama Yükümlülüğü ile İlişkisi

Sadakat yükümlülüğü, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda (“TBK”)⁶ düzenlenen bir kavram olup işçinin işverene ve iş yerine bağlılığını ve işveren ile işyerinin menfaatlerine uygun davranmayı kapsar. Rekabet yasağının temeli sayılabilecek bir kavram olan sadakat yükümlülüğü rekabet yasağını kapsamakla beraber söz konusu yasak ile sınırlı değildir. Rekabet yasağı gibi sır saklama yükümlülüğü de sadakat yükümlülüğü kapsamında sayılabilecek yükümlülüklerdendir. Sadakat yükümlülüğü, bahse konu iki kavram ile sınırlı olmayan geniş kapsamlı bir kavramdır. Ancak her iki kavramın da temelini oluşturmaktadır⁷.



D. Non-Competition in Turkish Legislation

1. The Place of Non-Competition in the Turkish Code of Obligations

Non-competition is governed by both the Turkish Commercial Code (TCC)⁸ and the Turkish Code of Obligations (TCO)⁹. Apart from non-competition provisions in the legislation, parties also have the option to include contractual non-competition clauses. The prohibition of competition under the Code of Obligations is applicable to various types of relationships, including general partnerships, employees, commercial agents, and other assistants to merchants. Within the framework of the Turkish Code of Obligations, the prohibition of competition can be examined under two distinct categories: service contracts and power of attorney contracts¹⁰.

a. Service Contracts

The prohibition of competition within the framework of a service contract is designed to prevent any economic harm to the employer, in accordance with the obligation of loyalty derived from the principle of honesty. This obligation arises from the contractual dependency between the employer and the employee, and is regulated by Article 396/1 of the TCO titled “Obligation of Diligence and Loyalty.” The article states, “The employee is obliged to diligently perform the work undertaken and to act loyally in protecting the rightful interests of the employer.”

The obligation of loyalty, as defined in the law, encompasses various specific obligations such as maintaining confidentiality, refraining from competing, delivering and accounting, and working overtime¹¹. The non-competition obligation, which is one of these specific cases, is specifically addressed in the third paragraph of the same article. It states, “As long as the employment relationship continues, the employee may not provide services to a third party for a fee in violation of the duty of loyalty, and particularly may not compete with their own employer.”

In accordance with this provision, it is considered a breach of the duty of loyalty for an employee to engage in competition with their employer while the employment relationship

D. Türk Mevzuatında Rekabet Yasağı

1. Rekabet Yasağı’nın Türk Borçlar Kanunu’ndaki Yeri

Rekabet yasağı, TTK’da⁸ ve TBK’da⁹ düzenlenmektedir. Mevzuata bağlı rekabet yasağı dışında taraflar sözleşmeye bağlı olarak da rekabet yasağı öngörebilirler. Borçlar Kanunu’nda düzenlenen rekabet yasağı adi ortaklık, işçi, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcılar için düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu bağlamında rekabet yasağını hizmet sözleşmesi ve vekalet sözleşmesi olarak iki ayrı başlıkta incelemek mümkündür¹⁰.

a. Hizmet Sözleşmesi

Hizmet sözleşmesi kapsamında rekabet yasağı, işveren ile işçi arasında sözleşmenin sağladığı bağımlılık ilişkisine bağlı olarak işçinin, işverene karşı borçları arasında olan dürüstlük kuralından kaynaklı olan ve TBK’nın “Özen ve Sadakat Borcu” başlıklı 396/1. maddesindeki “İşçi, yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır.” hükmü ile düzenlenen sadakat yükümlülüğü gereği işverene ekonomik olarak herhangi bir zarar vermekten kaçınması ile ilgilidir.

Kanunda düzenlenmiş olan sadakat yükümlülüğü; sır saklama yükümlülüğü, rekabet etmeme yükümlülüğü, teslim ve hesap verme yükümlülüğü, fazla çalışma yapma yükümlülüğü, gibi özel uygulanma hallerini barındıran bir kavramdır¹¹. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında özel hallerden biri olan rekabet etmeme yükümlülüğü şu şekilde düzenlenmiştir: “İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girişemez.”

İlgili hüküm uyarınca işçinin hizmet ilişkisi devam ettiği sürece işveren ile rekabet etmesi sadakat yükümlülüğüne aykırılık oluşturmaktadır. Hükümde yer alan “rekabete girişmek” kavramı; işverenin müşterilerine hizmet ver-

FOOTNOTE

4 Mehmet Yavuz Güner, “Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, no: 184, Ankara, 2021, p. 50.

5 Günaydın Gültekin, p. 28-38.

6 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu.

7 Karaahmetoğlu, p. 1305-1307.

8 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu.

9 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu.

10 Günaydın Gültekin, p. 62.

11 Günaydın Gültekin, p. 64.

DİPNOT

4 Mehmet Yavuz Güner, “Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, no: 184, Ankara, 2021, s. 50.

5 Günaydın Gültekin, s. 28-38.

6 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu.

7 Karaahmetoğlu, s. 1305-1307.

8 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu.

9 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu.

10 Günaydın Gültekin, s. 62.

11 Günaydın Gültekin, s. 64.

PART 8

is ongoing. The concept of “engaging in competition” in this provision encompasses actions such as providing services or offering to provide services in the same field as the employer, and forming a business partnership with a competitor of the employer.

Following the termination of the employment relationship, the employee’s duty of loyalty is replaced by the obligation of confidentiality, which is regulated under Article 396/4 of the TCO. The article states: “During the employment relationship, the employee is prohibited from using or disclosing information obtained during their employment, including trade secrets and business practices, for their own benefit or to third parties. Even after the termination of the employment relationship, the employee is obliged to maintain confidentiality to the extent necessary for protecting the employer’s legitimate interests.” The non-competition obligation, which is encompassed within the duty of loyalty, ceases to apply once the employment relationship ends. Subsequently, the employee is entitled to exercise the freedom to compete within the framework of their obligation to maintain confidentiality, preserving the employer’s trade secrets and confidential information even after the termination of the employment relationship¹².

b. The Contract of Mandate

The contract of mandate, similar in nature to a service contract, entails obligations for both parties and involves the performance of specific tasks. Regulated under Article 502 of the TCO, the contract of mandate is defined in the first paragraph of the said article as follows: “A contract of mandate is an agreement whereby the agent undertakes to carry out an act or perform a transaction on behalf of the principal.”

The contract of mandate establishes a relationship of trust between the parties, forming the basis for the agent’s duty of loyalty towards the principal. In this context, the agent is obliged to safeguard the interests of the principal. Similar to the service contract, the duty of loyalty in the contract of mandate encompasses obligations such as confidentiality, avoidance of conflicts of interest, disclosure, and non-competition¹³. These obligations are grounded in the principle of honesty. Article 506/2 of the TCO specifically imposes the duty of loyalty on the agent, stating: “The agent is obligated to

diği alanda hizmet vermek veya hizmet vermeyi teklif etmek, işverenin rakibi olan bir işletme ile ortak olmak fillerini kapsamaktadır.

Tarafların arasındaki hizmet ilişkisi sona erdikten sonra işçinin sadakat yükümlülüğü yerini TBK’nın 396/4. maddesinde yer alan “İşçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür.” hükmü ile düzenlenmiş olan sır saklama yükümlülüğüne bırakarak, sadakat yükümlülüğünün kapsamakta olduğu rekabet etmeme yükümlülüğü hizmet ilişkisinin sona ermesi ile biter ve işçi bu süreden sonra sır saklama yükümlülüğü çerçevesinde rekabet etme özgürlüğünden yararlanabilecektir¹².

b. Vekalet Sözleşmesi

Vekalet sözleşmesi nitelik açısından hizmet sözleşmesine benzerlik göstermekte olup iki tarafa borç yükleyen ve iş görme niteliğini haiz bir sözleşme türüdür. TBK’nın 502. maddesinde düzenlenmiş olan vekalet sözleşmesi ilgili maddenin ilk fıkrasında: “Vekalet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir.” şeklinde tanımlanmıştır.

Vekalet sözleşmesinin tarafları arasında vekilin, vekalet verene karşı sahip olduğu sadakat yükümlülüğünün temeli olan bir güven ilişkisi yer almaktadır. Vekil, bu kapsamda vekalet verenin menfaatlerini korumak ile yükümlüdür. Doktrinde sadakat yükümlülüğünün, hizmet sözleşmesindekine benzer olarak sır saklama yükümlülüğü, çifte temsil ve kendi kendisiyle sözleşme yapma yükümlülüğü, aydınlatma yükümlülüğü ve rekabet etmeme yükümlülüğünü kapsadığı kabul edilmektedir¹³. Hizmet sözleşmesinde olduğu gibi burada da yer alan sadakat yükümlülüğünün temelini dürüstlük kuralı oluşturmaktadır. Vekilin bu yükümlülüğü TBK’nın 506/2.

carry out the works and services undertaken with loyalty and diligence, while observing the rightful interests of the principal.”

Furthermore, the concept of the contract of mandate can also be applied to the legal relationship between a board member and a company. In this context, the board member assumes the role of an agent and is obliged to act in the best interests of the company¹⁴.

2. The Place of Non-Competition in the Turkish Commercial Code

The Turkish Commercial Code encompasses the regulation of non-competition for various entities, including joint stock companies, limited liability companies, commercial companies, and agencies. The individuals subject to non-competition within these entities are specifically identified in the respective articles of the applicable laws. The prohibition of competition, as prescribed within the legislative framework, remains in effect until the termination of the legal relationship between the parties.

The provisions regarding non-competition are not obligatory, and this type of prohibition, known as statutory non-competition, imposes restrictions on the freedom to compete and engage in work activities¹⁵. The prohibition is characterized by two significant features: its non-mandatory nature and its narrow interpretation. As the freedom to

maddesinin: “Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.” hükmü ile mevzuatta düzenlenmiştir.

Vekalet sözleşmesine ilişkin görüşü yönetim kurulu üyesi ve ortaklık arasındaki hukuki ilişkide de görmek mümkündür. Bu kapsamda yönetim kurulu üyesi, vekil sıfatının sahip olduğu yükümlülükleri haiz olup ortaklığın menfaatini gözeterek hareket etmek ile yükümlüdür¹⁴.

2. Rekabet Yasağı’nın Türk Ticaret Kanunu’ndaki Yeri

Türk Ticaret Kanunu’nda ise rekabet yasağı, anonim şirketler ile limited şirketler başta olmak üzere ticaret şirketleri ve acenteler için düzenlenmektedir. Bu şirketlerde hangi kişilerin rekabet yasağına tabi olduğu ilgili kanunların maddelerinde belirtilmiştir. Mevzuatta yer alan düzenlemeler kapsamında öngörülen rekabet yasağı, tarafların aralarındaki hukuki ilişki sona erene kadar devam eder.

Kanunda yer alan hükümler emredici nitelikte değildir ve kanuni rekabet yasağı olarak adlandırılan bu yasak türünde kişinin rekabet etme ve çalışma özgürlüğünün kısıtlanması gündeme gelir¹⁵. Yasağın en önemli iki özelliği emredici nitelikte olmaması ve dar yorumlanmasıdır. Kişinin ticari faaliyette bulunma ve rekabet etme özgürlüğünün anayasal güvenceye sahip temel bir hak olması nedeniyle rekabete ilişkin kanun ile getirilen



FOOTNOTE

¹² Günaydın Gültekin, p. 64-66.

¹³ Günaydın Gültekin, p. 80.

¹⁴ Günaydın Gültekin, p. 81.

¹⁵ Beyza Yiğitbaşı, “Tek Satıcının Rekabet Etme Yasağı”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2021, p. 37.

DİPNOT

¹² Günaydın Gültekin, s. 64-66.

¹³ Günaydın Gültekin, s. 80.

¹⁴ Günaydın Gültekin, s. 81.

¹⁵ Beyza Yiğitbaşı, “Tek Satıcının Rekabet Etme Yasağı”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2021, s. 37.

PART 8

compete and participate in commercial activities constitutes a fundamental right with constitutional safeguards, the prohibition imposed by the law on competition is exceptional in nature. To safeguard the constitutionally guaranteed rights of individuals, this prohibition must be interpreted restrictively¹⁶. In contrast, the prohibition of competition, which may be mutually agreed upon in a contract, can persist even after the termination of the relationship between the parties¹⁷.

III. INDIVIDUALS SUBJECT TO NON-COMPETITION IN JOINT STOCK COMPANIES

Article 396 of the TCC, which addresses the topic of non-competition, outlines the specific provisions regarding the prohibition of competition in joint stock companies. The opening paragraph of the article states: "A board member may not, without the consent of the general assembly, engage in a commercial business that falls within the company's field of activity, either individually or on behalf of another person, nor may they become a partner with unlimited liability in a company engaged in the same type of commercial business"¹⁸. According to this provision, it is evident that the prohibition of competition in joint stock companies solely applies to members of the board of directors.

The primary objective behind imposing the non-competition obligation on members of the board of directors in joint stock companies is to prevent any potential harm caused by board members who possess extensive knowledge about the company's operations, management style, trade secrets, customer base, and business prospects during their tenure. By prohibiting competition, it aims to discourage board members from acting in concert with the company they serve on the board, thereby safeguarding the company's interests¹⁹. The prohibition of competition for board members is an inherent aspect of their fiduciary duty. The company has a fiduciary relationship with the members of the board of directors, and the members of the board of directors acting for a common purpose with the company and causing damage to the company will damage this fiduciary relationship²⁰.

Pursuant to the Law, the reason why the members of the board of directors are sub-

bu yasak istisnai niteliktedir. Kişinin anayasa ile güvenceye alınmış haklarının korunabilmesi için de söz konusu yasağın dar yorumlanabilmesi gerekmektedir¹⁶. Sözleşme ile kararlaştırılması mümkün olan rekabet yasağı ise tarafların aralarındaki ilişkinin bitiminden sonra da devam edebilecektir¹⁷.

III. ANONİM ŞİRKETLERDE REKABET YASAĞINA TABİ KİŞİLER

TTK'nın "Rekabet Yasağı" başlıklı 396. maddesinde anonim şirketlerde rekabet yasağının detaylarına yer verilmiştir. Maddenin ilk fıkrası "Yönetim kurulu üyelerinden biri, genel kurulun iznini almaksızın, şirketin işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla da giremez." hükmünü haizdir¹⁸. Söz konusu hüküm gereğince anonim şirketlerde rekabet yasağının yalnızca yönetim kurulu üyeleri bakımından getirilmiş bir yasak olduğu açıktır.

Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin rekabet etmeme yükümlülüğünün olması ve rekabet yasağına tabi kılınmasının temel amacı, yönetim kurulu üyelerinin görevleri süresince şirketin işleyiş şekli, yönetim biçimi, ticari sırları, sahip olduğu müşteri çevresi, taşıdığı iş potansiyeli hakkında detaylı bilgi sahibi olmaları ve bu nedenle sahip oldukları bu bilgiler ile yönetim kurulu üyesi olduğu anonim şirket ile müşterek amaçla hareket etmesini ve bunun neticesi olarak şirkete zarar vermesini engellemektir¹⁹. Yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağının olması, yönetim kurulu üyesinin sadakat yükümlülüğünün bir gereğidir. Şirketin, yönetim kurulu üyeleri ile güvene dayalı bir ilişkisi mevcut olup yönetim kurulu üyelerinin şirket ile müşterek amaçla hareket etmesi ve şirkete zarar vermesi söz konusu güven ilişkisini zedeleyecektir²⁰.

Kanun gereğince yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağına tabi olmasının nedeni sahip oldukları sıfatlarıdır. Yönetim kurulu üyesinin rekabet etmeme yükümlülüğü bu sıfatı kazanması ile başlar ve sıfatı kaybetmesi ile sona erer²¹. Ancak rekabet etmeme yükümlülüğünün yönetim kurulu üyesinin yönetim

ject to non-competition is their title. The non-competition obligation of the member of the board of directors starts with the acquisition of this title and ends with the loss of this title²¹. However, if there is a request for the non-competition obligation to continue after the board member loses his/her position as a board member, this may be agreed upon by adding a provision to the articles of association of the company²².

Pursuant to paragraph 2 of Article 359 of the TCC, "If a legal entity is elected as a member of the board of directors, only one real person appointed by the legal entity on behalf of the legal entity shall be registered and announced together with the legal entity; in addition, the fact that the registration and announcement has been made shall be immediately announced on the company's website"²³. It is evident that these appointed individuals, who replace the legal entity, are also bound by the prohibition of competition.

In accordance with Article 363, paragraph 1 of the TCC titled "Vacancy of Membership," if a vacancy arises in the board of directors for any reason, the remaining board members are responsible for temporarily appointing an individual who meets the legal requirements as a board member²⁴. This temporary appointment is then subject to the approval of the first general assembly meeting. The person elected in this manner serves until the general assembly meeting where their appointment is presented for approval. If approved, they will complete the term of their predecessor. Considering that the temporary board of directors is responsible for fulfilling the term of its predecessor, there is no distinction in terms of the non-competition obligation and the prohibition of competition between the temporary board members and the other members of the board of directors.

According to Article 367, paragraph 1 of the TCC titled "Transfer of Management," "The Board of Directors has the authority to delegate the management of the company, either wholly or partially, to one or more board members or to a third party. This delegation can be arranged through provisions incorporated in the articles of association and internal directives issued by the board of directors"²⁵. In cases where the management of the company is entrusted to one or more board members or a third party based on the

kurulu üyeliği sıfatını kaybettikten sonra da devam etmesi yönünde bir talep olması halinde bu husus şirketin esas sözleşmesine bir hüküm eklenerek kararlaştırılabilmektedir²².

TTK'nın 359. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "Bir tüzel kişi yönetim kuruluna üye seçildiği takdirde, tüzel kişiyle birlikte, tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen, sadece bir gerçek kişi de tescil ve ilan olunur; ayrıca, tescil ve ilanın yapılmış olduğu, şirketin internet sitesinde hemen açıklanır."²³ hükmü gereğince tüzel kişi yerine atanacak olan gerçek kişilerin de rekabet yasağına tabi oldukları konusunda tereddüt yoktur.

TTK'nın "Üyeliğin Boşalması" başlıklı 363. maddesinin 1. fıkrası kapsamında, herhangi bir nedenle bir üyeliğin boşalması halinde yönetim kurulu, kanuni şartları haiz birini geçici olarak yönetim kurulu üyeliğine seçip ilk genel kurulun onayına sunar ve bu yolla seçilen üye, onaya sunulduğu genel kurul toplantısına kadar görev yapar ve onaylanması halinde selefinin süresini tamamlar²⁴. Geçici yönetim kurulu, selefinin süresini tamamlayacağından, geçici yönetim kurulu üyeleri ile diğer yönetim kurulu üyeleri arasında rekabet etmeme yükümlülüğü ve dolayısıyla rekabet etme yasağı arasında bir fark söz konusu olmayacaktır.

TTK'nın "Yönetimin Devri" başlıklı 367. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "Yönetim kurulu esas sözleşmeye konulacak bir hükümle, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir."²⁵ hükmü gereğince, yönetim kurulu, anonim şirketin esas sözleşmesine koyacağı bir hüküm ile yönetimi bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devredebilecektir. Şirket yönetiminin esas sözleşmesi ile bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devredilmesi halinde, yönetimin devredildiği kişinin rekabet yasağına tabi olup olmayacağı hususu gündeme gelmektedir.

Şirket yönetiminin esas sözleşme ile bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine devredilmesi halinde murahhas üye tanımı ortaya çıkmaktadır. Murahhas üye, yönetim kurulu üyesi olup aynı zamanda şirkette pay sahibidir. Aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olan murahhas üyelerin TTK'nın 335. maddesi kapsamında rekabet yasağına tabi olduğu açıktır²⁶.

DİPNOT

16 Günaydın Gültekin, s. 48-52.

17 Uğur Mert Narlı, "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeleri İçin Öngörülen Rekabet Yasağı", Yüksek Lisans Tezi, Mersin 2021, s. 15.

18 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 396.

19 Pınar Aşık, "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı", Ankara Barosu Dergisi, C. 4, 2017, s. 166.

20 Günaydın Gültekin, s. 151-153.

21 Aşık, "Anonim ve Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı", Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s. 66.

22 Aşık, "Anonim ve Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı", Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s. 67.

23 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 359/2.

24 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 363/1.

25 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 367/1.

26 Aşık, "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı", Ankara Barosu Dergisi, c. 4, 2017, s. 176'dan naklen, Fatih Aydoğan, Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı, İstanbul 2005, s. 80.

FOOTNOTE

16 Günaydın Gültekin, p. 48-52.

17 Uğur Mert Narlı, "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeleri İçin Öngörülen Rekabet Yasağı", Yüksek Lisans Tezi, Mersin 2021, p. 15.

18 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 396.

19 Pınar Aşık, "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı", Ankara Barosu Dergisi, C. 4, 2017, p. 166.

20 Günaydın Gültekin, p. 151-153.

21 Aşık, "Anonim ve Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı", Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, p. 66.

22 Aşık, "Anonim ve Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı", Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, p. 67.

23 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 359/2.

24 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 363/1.

25 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 367/1.

PART 8

articles of association, the question arises as to whether the individual to whom the management is delegated will be subject to the prohibition of competition.

When the articles of association delegate the management of the company to one or more members of the board of directors, the role of the managing director is established. The managing director, who is both a board member and a shareholder of the company, is unequivocally subject to the prohibition of competition as outlined in Article 335 of the TCC²⁶.

However, since it is not possible for the representation and management of a joint stock company to be carried out by the board of directors and for the board of directors to be continuously informed about the management of the company, especially in large companies, persons who are not even shareholders of the company may be appointed outside the board due to the division of labor for the management and representation of the company. In the event that the management of the company is delegated to a third party by the articles of association, an executive director is referred to. Executive directors are completely different from managing directors, and executive directors are not members of the board of directors, nor are they required to be shareholders of the company²⁷. The issue of whether the executive directors are subject to non-competition is controversial in the doctrine²⁸.

In the doctrine, there is an opinion that executive directors are indeed subject to the prohibition of competition as stipulated in Article 396 of the TCC. According to this perspective, since the board of directors entrusts its powers of representation and management to the executive director, the executive director assumes the role of a board member while carrying out these delegated responsibilities, possessing comparable authority. While exercising this delegated authority, the executive director may have access to the company's confidential information, trade secrets, and documents, potentially utilizing such information to the detriment of the company. Considering these factors, proponents of this opinion argue that executive directors should be subject to the non-competition obligation outlined in Article 396 of the TCC²⁹.

According to another opinion in the doctrine, Article 553 of the TCO titled "Non-Competi-

Bununla birlikte, anonim şirketlerde şirketin temsil ve yönetiminin yönetim kurulu tarafından yerine getirilmesi ve yönetim kurulunun şirketin yönetimi hakkında sürekli olarak bilgi sahibi olması özellikle büyük şirketlerde pek mümkün olamayacağından, şirketin yönetim ve temsili için yapılan iş bölümü nedeniyle kurul dışından hatta şirket ortağı bile olmayan kişiler görevlendirilebilmektedir. Şirket yönetiminin esas sözleşme ile üçüncü bir kişiye devredilmesi halinde ise murahhas müdürden bahsedilmektedir. Murahhas müdür, murahhas üyeden tamamen farklı olup murahhas müdürler yönetim kurulu üyesi olmadıkları gibi şirkette pay sahibi olmaları da gerekmemektedir²⁷. Murahhas müdürlerin rekabet yasağına tabi olup olmayacakları hususu öğretide tartışmalıdır²⁸.

Öğretide bir görüş murahhas müdürlerin TTK'nın 396. maddesi kapsamında rekabet yasağına tabi olduğu yönündedir. Bu görüşe göre yönetim kurulu, şirketin temsil ve yönetimine ilişkin murahhas müdüre yetkilerini devredeceğinden kendisine devredilen bu görevi yerine getirirken yönetim kurulu üyesi gibi hareket edecek ve yetki yönünden bir farkı olmayacaktır. Kendisine devredilen yetkiyi kullanırken murahhas müdür şirket bilgi ve belgelere ulaşarak şirketin ticari sırlarına erişerek eriştiği bilgiler ile bu bilgileri şirket aleyhine kullanabilecektir. Tüm bu nedenler göz önünde bulundurularak öğretideki bu görüşe göre murahhas müdürler Türk Ticaret Kanunu'nun 396. maddesi kapsamında rekabet yasağına tabi olmalıdır²⁹.

Öğretideki bir diğer görüşe göre ise, şirketi yönetim ve temsil yetkisi olan murahhas müdür için uygulama alanı daha dar olan TBK'nın "Rekabet Yasağı" başlıklı 553. maddesi uygulama alanı bulacaktır³⁰.

tion", which has a narrower scope of application for the executive director who has the authority to manage and represent the company, will be applicable³⁰.

IV. PROHIBITION OF COMPETITION IMPOSED ON BOARD MEMBERS AND THE LIABILITY OF SHAREHOLDERS WITHIN THE SCOPE OF NON-COMPETITION

A. The Reason for Regulating the Prohibition of Competition Imposed on Board Members

In joint stock companies, the members of the board of directors are prohibited from acting in competition with the company due to their knowledge of the company and the obligation of loyalty arising from the existence of a trust-based relationship with the company. Due to his/ her position, a member of the board of directors is privy to the secrets and commercial information of the joint stock company. Pursuant to their duty of loyalty, they must use such information within the framework of the rule of honesty and in a manner that will not lead to unfair competition. Pursuant to Article 396 of the TCC, the activities of the member of the board of directors must not overlap with the areas considered as commercial business in which the joint stock company operates³¹.

In this context, in order for the activity to be considered within the scope of the prohibition of competition, both the activity of the board member and the activity of the joint stock company must have the characteristics of commercial business. Members of the board of directors may not engage in any commercial business that would fall within the scope of the company's activity, either on their own account or on behalf of someone else. In addition to the fact that the activity in the nature of commercial business cannot be of the same type, it will not be possible for the board of directors to enter the relevant companies as an unlimited liability partner, to be a founder or manager in the relevant companies within the scope of the prohibition of competition in the relevant fields of activity and in terms of different companies

IV. YÖNETİM KURULU ÜYESİNE GETİRİLEN REKABET YASAĞI VE PAY SAHİPLERİNİN REKABET YASAĞI KAPSAMINDAKİ SORUMLULUĞU

A. Yönetim kurulu Üyesine Getirilen Rekabet Yasağının Düzenlenme Nedeni

Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin, şirkete dair bilgilere sahip olması ve şirket ile arasında güven esaslı bir ilişkinin var olmasından kaynaklı doğan sadakat yükümlülüğü gereği şirket ile rekabet edecek şekilde hareket etmeleri yasaktır. Yönetim kurulu üyesi bulunduğu konum gereği anonim şirkete ilişkin sırlar ve ticari bilgilere hakimdir. Söz konusu bilgileri sadakat yükümlülüğü gereği dürüstlük kuralı çerçevesinde ve haksız rekabete yol açmayacak şekilde kullanması gerekir. TTK'nın 396. maddesi uyarınca yönetim kurulu üyesinin yaptığı faaliyetlerin anonim şirketin faaliyet gösterdiği ticari iş niteliğinde sayılan alanlar ile çakışmaması gerekir³¹.

Bu kapsamda faaliyetin rekabet yasağı kapsamında değerlendirilebilmesi için yönetim kurulu üyesinin faaliyetinin de anonim şirketin faaliyetinin de ticari iş niteliğini haiz olması gerekir. Yönetim kurulu üyeleri şirketin faaliyeti kapsamına girecek herhangi bir ticari işi kendi veya başkası hesabına yapamazlar. Ticari iş niteliğindeki faaliyetin aynı tür olamamasının yanı sıra ilgili faaliyet alanlarında ve söz konusu işleri devamlı olarak yapan farklı şirketler bakımından yönetim kurulunun söz konusu şirketlere sınırsız sorumlu ortak olarak girmesi, ilgili şirketlerde kurucu veya yönetici olması da rekabet yasağı kapsamında mümkün olmayacaktır. Söz konusu yasak ancak şirketler bakımından geçerli olduğundan dernekler ve vakıflar başta olmak üzere mal ve/ veya kişi topluluklarına katılım rekabet yasağına aykırılık teşkil etmez.

FOOTNOTE

²⁶ Aşık, "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı", Ankara Barosu Dergisi, c. 4, 2017, s. 176'dan naklen, **Fatih Aydoğan**, Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı, İstanbul 2005, p. 80.

²⁷ Aşık, "Anonim ve Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı", Yüksek Lisans Tezi, s. 66, Ankara 2006'dan naklen, **Mustafa Ünal**, "Anonim Ortaklıkta Yönetim ve Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması", Batider, C. 11, p. 72.

²⁸ Narlı, p. 37.

²⁹ Narlı, p. 37-38.

³⁰ Narlı, p. 38.

³¹ Karaahmetoğlu, p. 1295.

DİPNOT

²⁷ Aşık, "Anonim ve Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı", Yüksek Lisans Tezi, s. 66, Ankara 2006'dan naklen, **Mustafa Ünal**, "Anonim Ortaklıkta Yönetim ve Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması", Batider, C. 11, s. 72.

²⁸ Narlı, s. 37.

²⁹ Narlı, s. 37-38.

³⁰ Narlı, s. 38.

³¹ Karaahmetoğlu, s. 1295.

PART 8

that carry out the said activities on a continuous basis. Participation in property and/or person organizations, particularly associations and foundations, does not violate the aforementioned limitation of competition because it only applies to companies.

There are exceptions to the prohibition of competition for the members of the board of directors. Namely, if the general assembly of the company grants permission to the member of the board of directors, the member of the board of directors may operate in the fields that fall within the scope of the activities of the joint stock company without exceeding the limits of this permission³². Although it is controversial in the doctrine, in the event that the powers of the board of directors are delegated, the prohibition of competition will also arise in terms of the person or persons to whom such powers are delegated. This is because the person to whom the powers of the board of directors are delegated may have as much control over the secrets and commercial information of the joint stock company as the member of the board of directors³³. In the event of a breach of the non-competition clause, the company may exercise its optional rights under Article 396 of the TCC against the member of the board of directors who violated the prohibition.

B. The Liability of Shareholders who are not Board Members within the Scope of the Prohibition of Competition

There is no specific regulation regarding the prohibition of competition for shareholders who are not members of the board of directors³⁴. However, within the scholarly discourse, there are opinions suggesting that shareholders have an obligation to maintain confidentiality in this context, stemming from the general duty of loyalty based on the principle of honesty. It should be noted that in joint stock companies, the focus is on the capital rather than the individual shareholder, making it difficult to establish a trust-based relationship between the shareholder and the company through personal actions³⁵. Given the nature of joint stock companies as capital-based partnerships, the contribution of shareholders towards achieving the purpose of the partnership lies in fulfilling their capital obligations. Therefore, when assessing the element of a trust-based relationship, it is essential to examine

Rekabet yasağının yönetim kurulu üyeleri açısından istisnaları bulunmaktadır. Şöyle ki, şirket genel kurulu yönetim kurulu üyesine izin veriyor ise, yönetim kurulu üyesi bu iznin sınırını aşmadan anonim şirketin faaliyeti kapsamına giren alanlarda faaliyet gösterebilecektir³². Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, yönetim kuruluna ait yetkilerin devri söz konusu olduğunda söz konusu yetkilerin devredildiği kişi veya kişiler bakımından da rekabet yasağı gündeme gelecektir. Zira yönetim kurulu yetkilerinin devredildiği kimse anonim şirkete ilişkin sır ve ticari bilgilere yönetim kurulu üyesi kadar hakim olabilmektedir³³. Rekabet yasağına aykırılık gündeme geldiği takdirde yasağı aykırı işlemi gerçekleştiren yönetim kurulu üyesine karşı şirket, TTK'nın 396. maddesinde belirtilen seçimlik haklarını kullanabilecektir.

B. Yönetim Kurulu Üyesi Olmayan Pay Sahiplerinin Rekabet Yasağı Kapsamındaki Sorumluluğu

Yönetim kurulu üyesi olmayan pay sahipleri için herhangi bir rekabet yasağı düzenlemesi bulunmamaktadır³⁴. Ancak doktrinde pay sahibinin dürüstlük kuralından doğan sadakat yükümlülüğüne tabi olması nedeniyle bu bağlamda pay sahibinin sır tutma yükümlülüğü altında olduğunu ileri süren görüşler mevcuttur³⁵. Anonim ortaklıklarda ortaktan ziyade sermayenin ön planda olması sebebiyle pay sahibinin şahsi bir edimi aracılığı ile anonim ortaklık ile kendisi arasında oluşan güven esaslı bir ilişkiden bahsetmek her ortaklık için mümkün olmayacaktır. Nitekim anonim ortaklıklarının niteliği gereği sermaye ortaklığı olmaları sebebiyle, pay sahiplerinin ortaklığın amacının gerçekleşmesi için katkı sağlayacakları alan taahhüt ettikleri sermaye bedelinin ifasıdır. Burada güven esaslı ilişki unsurunu incelerken bakılması gereken, somut olayda ortaklığın yapısı ve pay sahiplerinin somut olay kapsamında ortaklık ile olan ilişkisidir³⁶.

the specific circumstances, the structure of the partnership, and the shareholders' relationship with the company³⁶.

The nature of joint stock companies as capital-based partnerships results in shareholders not having a duty of loyalty towards other shareholders or the company, unlike board members. When considering the element of a trust-based relationship, it is crucial to examine the specific circumstances and structure of the partnership on a case-by-case basis. The principle of honesty, as stipulated in Article 2 of the Turkish Civil Code No. 4721, states that "Everyone is obliged to comply with the rules of honesty when exercising their rights and fulfilling their obligations." imposing a general obligation on everyone to act in accordance with the rules of honesty when exercising their rights and fulfilling their obligations³⁷. The potential obligation of loyalty that may arise from this principle of honesty should be evaluated within the context of specific events. The varying relationships between shareholders and the joint stock company due to the company's structure contribute to the differing opinions within the doctrine.

V. LIMITS OF NON-COMPETITION

The prohibition of competition is not mandated by law, allowing board members to engage in activities covered by the prohibition with the consent of the general assembly. Transactions undertaken with the permission or authorization of the general assembly must adhere to the limits set by the assembly. If deemed necessary, it is possible to challenge these permissions and authorizations through an action for annulment³⁸.

Limitations on non-competition can be examined under three main categories: subject matter, duration, and location. Each of these aspects plays a significant role in defining the parameters and limitations of the prohibition.

A. Limits in Terms of Subject Matter

The limitation of the prohibition of competition in terms of subject matter pertains to the business activities specified in the company's articles of association. Engaging as a representative or principal in mat-

Anonim ortaklıkların sermaye ortaklığı niteliğini haiz olmaları, pay sahiplerinin yönetim kurulu üyelerinden farklı olarak diğer pay sahiplerine ve anonim ortaklığa karşı bir sadakat yükümlülüğünün söz konusu olmamasına yol açmaktadır. Güven esaslı ilişki unsuru değerlendirilirken somut olay bazında ortaklığın yapısına dair inceleme yapılmasının gerekliliği ise pay sahiplerinin, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ("TMK") 2. maddesinin "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır." hükmü uyarınca tabi oldukları dürüstlük kuralı ve söz konusu dürüstlük kuralı nedeniyle doğması muhtemelen sadakat yükümlülüğüdür³⁷. Somut olaylar çerçevesinde dürüstlük kuralından doğan sadakat yükümlülüğünün sınırları incelenmeli ve pay sahiplerinin sorumluluğu bu kapsamda değerlendirilmelidir. Doktrinde ilgili konu hakkında farklı görüşlerin var olmasının en büyük nedeni, pay sahiplerinin anonim ortaklıkla ilişkisinin ortaklık yapısına göre değişkenlik gösterebilecek olmasıdır.

V. REKABET YASAĞININ SINIRLARI

Rekabet yasağı kanunda emredici bir düzenleme ile yer almamaktadır. Bu nedenle yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağı genel kurulun izni ile yasak kapsamında olan işlemleri gerçekleştirebilirler. Genel kurulun izni veya icazeti ile gerçekleştirecekleri bu işlemler genel kurulun kararlaştırdığı sınırlar çerçevesinde olacaktır. Söz konusu izin ve icazetlere karşı iptal davası açmak mümkündür³⁸.

Rekabet yasağına ilişkin sınırlar konu bakımından, süre bakımından ve yer bakımından olmak üzere üç alt başlık altında incelenebilir.

A. Konu Bakımından

Rekabet yasağının konu bakımından sınırı şirket ana sözleşmesinde yazılı olan işletme konularını kapsamaktadır, ana sözleşmede yer alan işletme konuları haricindeki konular ve şirket ana sözleşmesinde yer almasına

FOOTNOTE

³² Karaahmetoğlu, p. 1296.

³³ Özdem Satıcı Toprak, "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı", Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, S. 220, Y. 2022, p. 2.

³⁴ Murat Can Pehlivanoğlu, "Anonim Şirketlerde Pay Sahipliği Hakları ve Rekabet Hukuku İlişkisi: Dodge V. Ford Kararı Üzerinden Bir Değerlendirme", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, Y. 2022, p. 537.

³⁵ Günaydın Gültekin, p. 206.

³⁶ Günaydın Gültekin, p. 214-216.

³⁷ 08.12.2001 tarih ve 24607 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.2.

³⁸ Toprak, p. 2.

DİPNOT

³² Karaahmetoğlu, s. 1296.

³³ Özdem Satıcı Toprak, "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı", Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, S. 220, Y. 2022, s. 2.

³⁴ Murat Can Pehlivanoğlu, "Anonim Şirketlerde Pay Sahipliği Hakları ve Rekabet Hukuku İlişkisi: Dodge V. Ford Kararı Üzerinden Bir Değerlendirme", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, Y. 2022, s. 537.

³⁵ Günaydın Gültekin, s. 206.

³⁶ Günaydın Gültekin, s. 214-216.

³⁷ 08.12.2001 tarih ve 24607 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.2.

³⁸ Toprak, s. 2.

PART 8

ters unrelated to these business activities, or in activities that the company does not actively pursue despite being included in the articles of association, does not pose a conflict³⁹.

However, when it comes to activities explicitly mentioned in the articles of association and actively pursued by the company, engaging in similar activities on one's own behalf or on behalf of another entity would fall under the scope of the prohibition of competition⁴⁰.

The violation of the prohibition of competition occurs when a board member engages in commercial activities that fall within the company's field of activity for their personal gain or on behalf of another person. Article 396/1 of the TCC serves as the legal basis for setting the limits of the prohibition in terms of subject matter. This provision states that "A board member may not conduct commercial transactions falling within the company's field of activity for their personal gain or on behalf of another person. Additionally, they may not become a partner with unlimited liability in a company engaged in the same type of commercial business without obtaining the authorization of the general assembly". According to this provision, the conditions that need to be fulfilled for the prohibition of competition to apply include the activity falling within the subject matter of the company's business, the activity being of a commercial nature, and the board member performing the activity on their own or on behalf of another person.

B. Limits in Terms of Duration

The period of non-competition commences upon the assumption of the board membership position and concludes upon the termination of the board membership title. However, this duration can be extended through a contractual non-competition clause. Although Article 396 of the TCC, which governs non-competition, does not explicitly specify the duration of the non-competition, its applicability begins with the acquisition of the board membership title, subjecting the board member to the non-competition obligations towards the joint stock company. Conversely, once the board membership title is terminated, the provisions of the aforementioned article cease to apply, allowing the former board member to compete freely with the joint stock company. If the intention

rağmen şirketin fiilen uğraşmadığı işler ile ilgili vekaleten veya asaleten faaliyet gösterilmesinde bir sakınca yoktur³⁹.

Şirket ana sözleşmesinde yazan ve şirketin fiilen uğraştığı işler bakımından aynı faaliyet alanındaki işlerin kendi adına ve hesabına veya başkası adına ve hesabına yapılması rekabet yasağına tabi tutulmuştur⁴⁰.

Yönetim kurulu üyesinin ortaklığın faaliyet alanına giren ticari işleri kendisinin veya başkasının hesabında yapması rekabet yasağı ihlalini oluşturmakta olup TTK'nın 396/1. maddesinin "Yönetim kurulu üyelerinden biri, genel kurulun iznini almaksızın, şirketin işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapmayacağı gibi, aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla da giremez." hükmü, yasağın konu bakımından sınırlarının kanuni dayanağını oluşturmaktadır. İlgili hüküm uyarınca rekabet yasağının gündeme gelmesi için gerekli olan şartlar söz konusu faaliyetin ortaklığın işletme konusuna dahil olması, yine bu faaliyetin ticari iş niteliğini haiz olması ve yönetim kurulu üyesinin söz konusu faaliyeti kendisinin veya başkasının hesabına yapmasıdır.

B. Süre Bakımından

Rekabet yasağı süre olarak, yönetim kurulu üyeliği sıfatının kazanılmasıyla başlar ve yine yönetim kurulu üyeliği sıfatın kaybedilmesiyle ortadan kalkar. Sözleşmeden doğan rekabet yasağı ile söz konusu süre uzatılabilir. Rekabet yasağının süre bakımından sınırları TTK'nın rekabet yasağını düzenleyen 396. maddesinde açıkça belirtilmemiş olmasına karşın, ilgili maddenin uygulama alanı, yönetim kurulu üyesinin anonim ortaklığa karşı rekabet yasağı kapsamında sorumlu olabilmesini sağlayan yönetim kurulu üyesi sıfatının kazanılması ile oluşur. Yine bu sıfatın sona ermesi ile yani yönetim kurulu üyesinin üyelik sıfatını bir şekilde kaybetmesi ile de ilgili kanun maddesinin uygulama alanı kalmayacak olup yönetim kurulu üyesinin anonim ortaklık ile rekabet etmesine herhangi bir

is to prevent competition even after the termination of the board membership title, parties have the option to enter into a non-competition agreement. By doing so, they can restrict the former board member from engaging in competitive activities against the company even after the termination of their membership⁴¹.

C. Limits in Terms of Location

The limitation of non-competition in terms of location, similar to the limitation in terms of duration, is not explicitly specified in the law. However, according to scholarly opinions, it is permissible to impose geographic limitations on non-competition. The primary rationale behind this limitation is that if a board member engages in activities within the same industry but outside the geographical areas of the joint stock company's operations, it does not create a competitive relationship, and therefore does not pose a threat to the interests of the company⁴².

In this context, the prohibition of competition is limited to the geographic location where the company conducts its commercial operations. Individuals bound by the prohibition may engage in the same commercial activities in locations outside the company's operational area⁴³. For instance, if the joint stock company's scope of activity is limited to a district, province, or country, the area of the non-competition prohibition is delimited to that specific region as defined by the field of activity⁴⁴. Consequently, the board member is prohibited from carrying out identical

engel kalmayacaktır. Üyelik sıfatının sonlanmasından sonra da rekabetin engellenmesi amaçlanıyor ise kanunun bu kapsamda bir yasak getirmemesi sebebiyle taraflar, rekabet yasağı sözleşmesi akdederek üyelik sıfatının sonlanmasından sonra ortaklık ile yönetim kurulu üyesinin rekabet etmesine engel olabilecektir⁴¹.

C. Yer Bakımından

Yer bakımından rekabet yasağının sınırlandırılması da süre bakımından sınırlandırılması gibi kanunda açıkça belirtilmemiştir ancak doktrindeki görüşler uyarınca rekabet yasağının coğrafi olarak sınırlandırılması mümkündür. Yasağın yer bakımından sınırlandırılmasındaki temel neden, anonim ortaklığın coğrafi olarak faaliyet alanları dışında yönetim kurulu üyesinin aynı faaliyet dalında işlem yapmasının rekabet ilişkisini oluşturmadığı bundan dolayı da ortaklığın menfaatinin zarar görmeyecek olmasıdır⁴².

Rekabet yasağı bu kapsamda, şirketin ticari faaliyetini yürüttüğü yer ile sınırlandırılmıştır. Yasağa tabi kişiler, aynı konuda ticari iş ile ilgili şirketin faaliyet gösterdiği yer dışındaki yerlerde faaliyet gösterebilir⁴³. Örneğin anonim ortaklığın faaliyet alanı bir ilçe, bir il veya bir ülke ile sınırlı ise faaliyet alanının tespiti ile rekabet yasağının geçerli olduğu alan da bu bölge ile sınırlı olup söz konusu alanda yönetim kurulu üyesi aynı faaliyeti gerçekleştiremeyecektir⁴⁴. Aksi takdirde rekabet ilişkisinin oluşmadığı bir ortamda üyenin rekabet özgürlüğünün sınırlandırılması, kişinin anayasa ile güvence altına

FOOTNOTE

39 Aşık, "Anonim ve Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı", Yüksek Lisans Tezi, s. 14, Ankara 2006.

40 Günaydın Gültekin, p. 219.

41 Günaydın Gültekin, p. 287.

42 Günaydın Gültekin, ps. 313.

43 Aşık, "Anonim ve Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı", Yüksek Lisans Tezi, p. 14-15-16, Ankara 2006.

44 Günaydın Gültekin, p. 314.

DİPNOT

39 Aşık, "Anonim ve Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı", Yüksek Lisans Tezi, s. 14, Ankara 2006.

40 Günaydın Gültekin, s. 219.

41 Günaydın Gültekin, s. 287.

42 Günaydın Gültekin, s. 313.

43 Aşık, "Anonim ve Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı", Yüksek Lisans Tezi, s. 14-15-16, Ankara 2006.

44 Günaydın Gültekin, s. 314.



PART 8

activities within that designated area. Imposing restrictions on the member's freedom to compete in an environment lacking any competitive relationship would unduly encroach upon the constitutionally guaranteed freedom to compete, unless justified by a legitimate reason.

VI. PROVISIONS AND CONSEQUENCES OF NON-COMPETITION

A. Sanctions

1. Sanctions Explicitly Mentioned in the Legislation

Under Article 396 of the TCC, titled "Non-Competition", it is regulated that the members of the board of directors may not engage in a commercial transaction that falls within the scope of the company's business on their own behalf or on behalf of others, nor may they enter into a company engaged in the same type of commercial business as a partner with unlimited liability, without obtaining the permission of the general assembly, and in case of violation of this provision, the company has the right to demand compensation from the members of the board of directors or to deem the transaction as made on behalf of the company and to claim that the benefits arising from the contracts made on behalf of third parties belong to the company⁴⁵.

a. Damages

As mentioned above, in the event that a member of the board of directors engages in a commercial transaction that falls within the scope of the company's business on his own account or on behalf of another person, or enters into a company engaged in the same type of commercial business as a partner with unlimited liability, without obtaining the authorization of the general assembly, the company has the right to demand compensation from the members of the board of directors.

To claim compensation from the board of directors for violating the non-competition clause, the company must have suffered a loss of profit or damage as a result of the fact that the transaction in question was not carried out on its own behalf and account, and this damage must be proven⁴⁶.

alınmış olan rekabet özgürlüğünü haklı bir sebep olmaksızın kısıtlanmasını gündeme getirecektir.

VI. REKABET YASAĞINA AYKIRILIĞIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

A. Yaptırımlar

1. Mevzuatta Açıkça Zikredilen Yaptırımlar

TTK'nın "Rekabet Yasağı" başlıklı 396. maddesi kapsamında yönetim kurulu üyelerinin genel kurulun iznini almaksızın şirketin işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla da giremeyeceği, bu hükme aykırı hareket etmesi halinde ise şirketin yönetim kurulu üyelerinden tazminat isteme veya yapılan işlemi şirket adına yapılmış saymak ve üçüncü kişiler hesabına yapılan sözleşmelerden doğan menfaatlerin şirkete ait olduğunu dava etme hakkı olduğu düzenlenmiştir⁴⁵.

a. Tazminat

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere yönetim kurulu üyesinin genel kurulun iznini almaksızın şirketin işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapması veya aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla girmesi halinde, şirketin, yönetim kurulu üyelerinden tazminat isteme hakkı söz konusudur.

Şirketin, rekabet yasağını ihlal etmesi nedeni ile yönetim kurulu üyelerinden tazminat talep etmesi için şirketin söz konusu işlemin kendi ad ve hesabına yapılmamış olmasından doğan kâr kaybının meydana gelmiş olması veya zarara uğramış olması ve uğradığı bu zararı ispatlaması gerekmektedir⁴⁶.

b. Deeming the Transaction Made on Behalf of the Company

Another type of sanction mentioned in Article 396 of the TCC is the deeming of the transaction made by the board member in violation of the prohibition of competition as made on behalf of the company.

However, this sanction will not be applicable if the member of the board of directors enters the company dealing with the same subject matter as an unlimited liability partner. The said sanction can only be applied if the members of the board of directors perform a commercial transaction on their own or someone else's account, which falls within the company's field of operation, without obtaining the authorization of the general assembly.

Contrary to the compensation claim, the company is not required to suffer a loss in order to apply the sanction in question⁴⁷. In the event that a sanction is imposed on the members of the board of directors to deem the transaction in which the members of the board of directors violated the competition obligation as made on behalf of the company, the company will not be able to claim compensation from the members of the board of directors due to the wording of the law⁴⁸.

*"In this option, the company does not become a party to the transaction between the third party and the member by replacing the member"*⁴⁹. Pursuant to Article 205 of the TCO titled "Assignment of the Contract", agreements between the assignor and the assignee, which are based on the prior authorization given or subsequently approved by the other party remaining in the contract, are also subject to the provisions on assignment of the contract⁵⁰.

Since the board of directors' request to have their transactions considered to be performed on the company's behalf is not recognized as a contractual transfer, the company will not be liable for the debts and expenses of the board members. The members of the board of directors who violate the prohibition of competition will be liable for such debts and expenses, and the company will be able to take over the benefits arising from the transaction subject to the prohibition of competition.

b. Yapılan İşlemi Şirket Adına Yapılmış Saymak

TTK'nın 396. maddesinde bahsedilen bir diğer yaptırım türü ise yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlal ederek yapmış olduğu işlemin şirket adına yapılmış sayılmasıdır.

Ancak bu yaptırım yönetim kurulu üyesinin aynı konu ile uğraşan şirkete sınırsız sorumlu ortak olarak girmesi halinde söz konusu yaptırım uygulama alanı bulmayacaktır. Bahse konu yaptırım ancak ve ancak yönetim kurulu üyelerinin genel kurulun iznini almaksızın şirketin işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapması halinde uygulanabilecektir.

Söz konusu yaptırımın uygulanabilmesi için tazminat talebinin aksine şirketin zarara uğraması koşulu aranmamaktadır⁴⁷. Yönetim kurulu üyelerinin rekabet yükümlülüğünü ihlal etmiş olduğu işlemi şirket adına yapılmış sayılması yönünde yönetim kurulu üyelerine yaptırım uygulanması halinde, şirket, kanunun lafzı gereği⁴⁸ yönetim kurulu üyelerinden tazminat talebinde bulunamayacaktır.

*"Bu seçenekte şirket üyenin yerine geçerek üçüncü kişi ile üye arasındaki işlemin tarafı haline gelmez"*⁴⁹. TBK'nın "Sözleşmenin Devri" başlıklı 205. maddesi gereğince sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşmalar da sözleşmenin devri hükümlerine tabidir⁵⁰.

Şirketin, yönetim kurulu üyelerinden yaptıkları işlemi şirket adına yapılmış sayılması yönündeki talebinin bir sözleşme devri kabul edilmemesi nedeniyle şirket, yönetim kurulu üyelerinin borç ve masraflarından sorumlu olmayacaktır. Rekabet yasağını ihlal eden yönetim kurulu üyeleri söz konusu borçlardan ve masraflardan sorumlu olacak olup rekabet yasağına konu işleminden doğan menfaatleri şirket devralabilecektir.

DİPNOT

⁴⁵ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 396.

⁴⁶ Günaydın Gültekin, s. 317.

⁴⁷ Aşık, "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı", Ankara Barosu Dergisi, c. 4, s. 176, 2017'den naklen, Aydoğan, Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı, İstanbul 2005, 56. 80.

⁴⁸ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 396.

⁴⁹ Aşık, "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı", Ankara Barosu Dergisi, c. 4, s. 191, 2017.

⁵⁰ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 205.

FOOTNOTE

⁴⁵ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 396.

⁴⁶ Günaydın Gültekin, p. 317.

⁴⁷ Aşık, "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı", Ankara Barosu Dergisi, c. 4, s. 176, 2017'den naklen, Aydoğan, Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı, İstanbul 2005, 56. 80.

⁴⁸ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 396.

⁴⁹ Aşık, "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı", Ankara Barosu Dergisi, c. 4, p. 191, 2017.

⁵⁰ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 205.

PART 8

c. Benefits Arising From the Contracts Made by the Members of the Board of Directors on Behalf of Third Parties to the Company

The last sanction mentioned in the first paragraph of Article 396 of the TCC is the assignment of the benefits arising from the contracts made by the members of the board of directors on behalf of third parties to the company⁵¹.

In order for this sanction to be applicable, the board member must have carried out the transaction violating the competition obligation on behalf of a third party and the board member must benefit from the transaction carried out on behalf of the third party. However, if no benefit has yet been derived from the contractual relationship in which the member of the board of directors has breached the competition obligation, the company may request the transfer of the claim rights regarding the benefit by the member of the board of directors⁵².

Unlike the sanction stipulating that the member of the board of directors shall be deemed to have made the transaction that violates the competition obligation on behalf of the company, the said sanction may also be applied in the event that the member of the board of directors enters into a company operating in the same field as an unlimited liability partner.

Since the obligation not to compete with the company is an obligation imposed only on the member of the board of directors, the lia-

c. Yönetim Kurulu Üyelerinin Üçüncü Kişiler Hesabına Yapmış Olduğu Sözleşmelerden Doğan Menfaatlerin Şirkete Verilmesi

TTK'nın 396. maddesinin ilk fıkrasında bahse konu olan son yaptırım ise yönetim kurulu üyelerinin üçüncü kişiler hesabına yapmış olduğu sözleşmelerden doğan menfaatlerin şirkete verilmesi bir diğer tabir ile temlik edilmesidir⁵¹.

Söz konusu yaptırımın uygulama alanı bulunması için yönetim kurulu üyesinin rekabet yükümlülüğünü ihlal eden işlemi bir üçüncü kişi adına gerçekleştirmiş olması ve yönetim kurulu üyesinin üçüncü kişi adına gerçekleştirmiş olduğu işlemde fayda elde etmesi gerekmektedir. Fakat yönetim kurulu üyesinin rekabet yükümlülüğünü ihlal etmiş olduğu sözleşme ilişkisinden henüz bir menfaat sağlanmadı ise, şirket, menfaate ilişkin talep haklarının yönetim kurulu üyesi tarafından kendine devredilmesini talep edebilecektir⁵².

Bahse konu yaptırım, yönetim kurulu üyesinin rekabet yükümlülüğünü ihlal niteliği taşıyan işlemi şirket adına yapmış sayılacağı yönündeki yaptırımdan farklı olarak yönetim kurulu üyesinin aynı konuda faaliyet gösteren bir şirkete sınırsız sorumlu ortak olarak girmesi halinde de uygulama alanı bulabilecektir.

Şirket ile rekabet etmeme yükümlülüğü yalnızca yönetim kurulu üyesine yüklenen bir yükümlülük olduğundan, yönetim kurulu üyelerinin üçüncü kişiler hesabına yapmış

bility of such third parties against the company for breach of non-competition cannot be mentioned due to the contracts made by the members of the board of directors on behalf of third parties.

2. Other Sanctions

Although not mentioned in the legislation, the doctrine mentions sanctions such as the withdrawal of a member of the board of directors of a joint stock company from the company, dismissal of the members of the board of directors, request for interim injunction and imposition of penal clauses.

a. Withdrawal of the Member from the Company

Article 396 of the TCC stipulates that “entering into a company engaged in the same type of commercial business as an unlimited partner” is considered to be within the scope of non-competition⁵³.

Although it is not regulated under the legislation, it is accepted in the doctrine that if the members of the board of directors violate the non-competition obligation by entering into a company engaged in the same type of commercial business as the company in which they are a member of the board of directors as an unlimited partner, the members of the board of directors may be requested to withdraw from the company in which they have entered as an unlimited partner⁵⁴.

b. Dismissal of the Member

Pursuant to Article 364 of the TCC titled “Dismissal”, even if they are appointed by the articles of association, the members of the board of directors may be dismissed at any time by a resolution of the general assembly, provided that there is a relevant item on the agenda or there is a just cause even if there is no item on the agenda⁵⁵.

Although the legislation does not include a sanction for the dismissal of a member of the board of directors in the event of a breach of the non-competition obligation, since the members of the board of directors can be dismissed at any time by the decision of the general assembly, the general assembly will be able to dismiss the relevant members of the board of directors in the event of a breach of the non-competition obligation by a member of the board of directors⁵⁶.

olduğu sözleşmeler nedeni ile söz konusu üçüncü kişilerin şirkete karşı bir rekabet yasağının ihlali kapsamında sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.

2. Diğer Yaptırımlar

Her ne kadar mevzuat kapsamında bahsedilmemiş olsa da öğretide anonim şirketin yönetim kurulu üyesinin katıldığı şirketten çekilmesi, yönetim kurulu üyelerinin azli, ihtiyati tedbir talebi ve cezai şart uygulanması gibi yaptırımlardan bahsedilmektedir.

a. Üyenin Katıldığı Şirketten Çekilmesi

TTK'nın 396. maddesinde “aynı tür ticari işlemlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla girmenin” rekabet yasağı kapsamında kabul edildiği hususuna yer verilmiştir⁵³.

Yönetim kurulu üyelerinin, yönetim kurulu üyesi oldukları şirket ile aynı tür ticari işlemlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla girerek rekabet yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde, yönetim kurulu üyelerinin sınırsız ortak sıfatıyla girmiş oldukları şirketten çekilmesinin talep edilebileceği her ne kadar mevzuat kapsamında düzenlenmemiş olsa da öğretide kabul edilmektedir⁵⁴.

b. Üyenin Azli

TTK'nın “Görevden Alma” başlıklı 364. maddesine göre, esas sözleşme ile atanmış olsalar dahi gündemde ilgili bir maddenin bulunması veya gündemde madde bulunmasa bile haklı bir sebebin varlığı söz konusu olduğu halde yönetim kurulu üyeleri genel kurul kararıyla her zaman görevden alınabilirler⁵⁵.

Mevzuatta yönetim kurulu üyesinin şirkete karşı rekabet etmeme yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde üyenin azledilebileceğine ilişkin bir yaptırım yer almamasına karşın, genel kurul kararıyla yönetim kurulu üyeleri her zaman azledilebileceğinden, yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağının ihlali halinde genel kurul ilgili yönetim kurulu üyelerini azledilebilecektir⁵⁶.

DİPNOT

51 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 396.

52 Aşık, “Anonim ve Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı”, Yüksek Lisans Tezi, s. 141, Ankara 2006.

53 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 396.

54 Narlı, s. 73.

55 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 374.

56 Özge Karaege, “Anonim Şirketlerde Genel Kurulun Yönetim Kurulu Üyelerini Görevden Alma (Azil) Yetkisi”, Ankara Barosu Dergisi, c. 1, s. 76, 2014.

FOOTNOTE

51 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 396.

52 Aşık, “Anonim ve Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı”, Yüksek Lisans Tezi, p. 141, Ankara 2006.

53 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 396.

54 Narlı, p. 73.

55 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 374.

56 Özge Karaege, “Anonim Şirketlerde Genel Kurulun Yönetim Kurulu Üyelerini Görevden Alma (Azil) Yetkisi”, Ankara Barosu Dergisi, c. 1, p. 76, 2014.



PART 8

c. Request for Precautionary Measure

Pursuant to Article 61 of the TCC titled "Precautionary Measures", upon the request of the person who has the right to file a lawsuit, the court may decide to preserve the existing situation as it is, to prohibit unfair competition, or to eliminate the material situation resulting from unfair competition⁵⁷.

For the members of the board of directors who violate the non-competition obligation, the persons authorized to represent the company may apply to the court and request an interim injunction. For this purpose, it is not necessary for the members of the board of directors to decide unanimously⁵⁸.

d. Penalty Clause

Pursuant to Paragraph 1 of Article 179 of the TCO, if a penalty is agreed for non-performance or improper performance of a contract, the creditor may demand the performance of either the obligation or the penalty, unless otherwise agreed in the contract⁵⁹.

It is possible to stipulate in the articles of association of the company that a penalty clause shall be paid in case the members of the board of directors violate their non-competition obligations⁶⁰. If such a penalty clause is included in the articles of association of the company, in the event that the members of the board of directors violate their non-competition obligations, a penalty clause may be demanded from the said members of the board of directors pursuant to the articles of association of the company, on the grounds that the contract has not been performed at all or as required, pursuant to paragraph 1 of Article 179 of the TCO.

B. Procedure in the Imposition of Sanctions**1. Authorization**

Pursuant to paragraph 2 of Article 396 of the TCC, in the event that one of the members of the board of directors, without obtaining the authorization of the general assembly, carries out a transaction on his own account or on behalf of another person, or enters into a company engaged in the same type of commercial business as the company, as a partner with unlimited liability; The optional

c. İhtiyati Tedbir Talebi

TTK'nın "İhtiyati Tedbirler" başlıklı 61. maddesine göre, dava açma hakkını haiz bulunan kimsenin talebi üzerine mahkeme, mevcut durumun olduğu gibi korunmasına, haksız rekabetin men'ine, haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasına karar verebilecektir⁵⁷.

Rekabet etmeme yükümlülüğünü ihlal eden yönetim kurulu üyeleri için şirketi temsile yetkili olan kişiler mahkemeye başvurarak ihtiyati tedbir talep edebilecektir. Bunun için yönetim kurulu üyelerinin oybirliği ile karar vermelerine gerek yoktur⁵⁸.

d. Cezai Şart

TBK'nın 179. maddesinin 1. fıkrası gereğince, bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilmektedir⁵⁹.

Şirket esas sözleşmesi ile yönetim kurulu üyelerinin rekabet etmeme yükümlülüklerini ihlal etmeleri halinde cezai şart ödeneceğine ilişkin bir düzenleme yapılması mümkündür⁶⁰. Şirket esas sözleşmesine bu yönde bir cezai şart hükmünün eklenmesi halinde, yönetim kurulu üyelerinin rekabet etmeme yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda şirketin esas sözleşmesi gereğince söz konusu yönetim kurulu üyelerinden sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmediğinden bahisle TBK'nın 179. maddesinin 1. fıkrası uyarınca cezai şart talep edilebilecektir.

B. Yaptırımların Uygulanmasında Usul**1. Yetki**

TTK'nın 396. maddesinin 2. fıkrası gereğince, yönetim kurulu üyelerinden birinin, genel kurulun iznini almaksızın, şirketin işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapması veya şirket ile aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla girmesi halinde; ilgili ihlali gerçekleştiren yönetim kurulu üyesi veya üyelerinden şirket

right to request compensation on behalf of the company from the member or members of the board of directors who committed the relevant violation, or to deem the transaction as made on behalf of the company instead of compensation, and to sue that the benefits arising from the contracts made on behalf of third parties belong to the company, belongs to one or more of the members of the board of directors other than the member of the board of directors who violated the non-competition⁶¹.

2. Exercise of Electoral Rights

Pursuant to the wording of the law, it is possible to choose only one of the sanctions set forth in paragraph 1 of Article 396 of the TCC. Therefore, for the board member who violates the non-competition obligation, the members of the company's board of directors, other than the member who committed the said violation, may choose only one of the rights regulated in the law, and all rights regulated in the law cannot be exercised together.

The exercise of the right of choice by the board of directors is a right that gives rise to novelty. For this reason, it is not possible to revoke this declaration after declaring which right has been exercised to the member⁶².

Pursuant to paragraph 2 of Article 154 titled "Interruption of the Statute of Limitations" of the TCO, the legal remedies for the exercise of the optional rights regulated in paragraph 1 of Article 396 of the TCC must be of a nature to interrupt the statute of limitations. Therefore, the board of directors must exercise its elective rights arising from the legislation through litigation. The request of the board of directors to exercise any optional right other than through litigation cannot be considered as a claim on behalf of the company in terms of the optional rights regulated under Article 396 of the TCC.

3. Competent and Mandated Court

The lawsuit to be filed due to the violation of the non-competition obligation of the board member in a joint stock company is an absolute commercial lawsuit pursuant to Article 4 of the TCC⁶³.

adına tazminat isteme veya tazminat yerine yapılan işlemi şirket adına yapılmış sayma ve üçüncü kişiler hesabına yapılan sözleşmelerden doğan menfaatlerin şirkete ait olduğuna ilişkin dava etme haklarından birinin seçilmesine yönelik seçimlik hak, rekabet yasağını ihlal eden yönetim kurulu üyesinin dışındaki yönetim kurulu üyelerinden biri veya birkaçına aittir⁶¹.

2. Seçim Haklarının Kullanılması

Kanunun lafzı gereğince, TTK'nın 396. maddesinin 1. fıkrasında yer alan yaptırımlardan yalnızca birinin seçilmesi mümkündür. Bu nedenle rekabet etmeme yükümlülüğünü ihlal eden yönetim kurulu üyesi için söz konusu ihlali gerçekleştiren üye haricindeki şirketin yönetim kurulu üyeleri kanunda düzenlenen haklardan yalnızca birini seçebilecek olup kanunda düzenlenmiş olan tüm hakları birlikte kullanılamayacaktır.

Yönetim kurulunun seçim hakkını kullanması yenilik doğuran bir hak niteliğindedir. Bu nedenle hangi hakkın kullanıldığı üyeye beyan edildikten sonra bu beyandan dönmek mümkün değildir⁶².

TBK'nın "Zamanaşımının Kesilmesi" başlıklı 154. maddesinin 2. fıkrası gereğince, TTK'nın 396. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiş olan seçimlik hakların kullanılmasında yasal yollar zamanasını kesecek nitelikte olmak zorundadır. Bu nedenle yönetim kurulu mevzuattan doğan seçimlik hakkını dava yoluyla kullanmalıdır. Yönetim kurulunun dava yolu harici herhangi bir seçimlik hakkını kullanmayı talep etmesi, şirket adına TTK'nın 396. maddesinde düzenlenmiş olan seçimlik haklar yönünden bir hak arama olarak değerlendirilemez.

3. Yetkili ve Görevli Mahkeme

Anonim şirkette yönetim kurulu üyesinin rekabet etmeme yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle açılacak olan dava TTK'nın 4. maddesi gereği mutlak ticari dava niteliğindedir⁶³.

FOOTNOTE

⁵⁷ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 61.

⁵⁸ Aşık, "Anonim ve Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı", Yüksek Lisans Tezi, p. 145-146, Ankara 2006.

⁵⁹ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 179/1.

⁶⁰ Aşık, "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı", Ankara Barosu Dergisi, c. 4, s. 147, 2017'den naklen, Aydoğan, Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı, İstanbul 2005, p. 56.

⁶¹ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 396/2.

⁶² Aşık, "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı", Ankara Barosu Dergisi, c. 4, p. 155.

⁶³ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 4.

DİPNOT

⁵⁷ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 61.

⁵⁸ Aşık, "Anonim ve Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı", Yüksek Lisans Tezi, s. 145-146, Ankara 2006.

⁵⁹ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 179/1.

⁶⁰ Aşık, "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı", Ankara Barosu Dergisi, c. 4, s. 147, 2017'den naklen, Aydoğan, Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı, İstanbul 2005, s. 56.

⁶¹ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 396/2.

⁶² Aşık, "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı", Ankara Barosu Dergisi, c. 4, s. 155.

⁶³ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 4.

PART 8

Pursuant to Article 5 of the TCC, unless otherwise provided, the Commercial Court of First Instance is authorized to hear all cases and non-contentious judicial proceedings of a commercial nature, regardless of the value or amount of the action⁶⁴.

Therefore, the violation of the non-competition clause by the member of the board of directors is a commercial case and the competent court is the commercial courts of first instance, and in the regions where there are no commercial courts of first instance, the civil courts of first instance.

Pursuant to Article 6 of the Code of Civil Procedure, the court of general jurisdiction is the court of the place of residence of the defendant natural or legal person at the time of the lawsuit. The competent court for the lawsuit to be filed due to the violation of the non-competition obligation of the members of the board of directors against the company is the court where the headquarters of the joint stock company is located on the date of the lawsuit⁶⁵.

4. Trial Procedure

Pursuant to Article 1521 of the TCC titled "Trial Procedure in Company Lawsuits", in commercial companies, simple trial procedure shall be applied in lawsuits arising from the partnership or shareholding of the partners or shareholders with the company or with each other, or in lawsuits to be filed against the members of the board of directors, managers, directors, liquidators or auditors of the company⁶⁶.

In the event that the member of the board of directors of the company violates the obligation to compete, since the member of the board of directors will be sued, the simple trial procedure will be applied in accordance with the aforementioned provision of the law.

5. Statute of Limitation

Pursuant to the provision of paragraph 4 of Article 396 of the TCC, the optional rights regarding the sanctions to be imposed against the board member in the event that the board member fails to comply with the non-competition clause are time-barred after three months from the date on which the other members learn about the commercial transactions in question or the entry of the

TTK'nın 5. maddesinin hükmü gereğince aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir⁶⁴.

Bu nedenle yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağını ihlali bir ticari dava niteliği taşımakta olup görevli mahkeme asliye ticaret mahkemeleri, asliye ticaret mahkemelerinin olmadığı bölgelerde asliye hukuk mahkemeleridir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 6. maddesi gereğince genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir. Yönetim kurulu üyelerinin şirkete karşı mevcut olan rekabet etmeme yükümlülüğünü ihlali nedeniyle açılacak olan davada yetkili mahkeme, anonim şirketin davanın açıldığı tarihteki merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir⁶⁵.

4. Yargılama Usulü

TTK'nın "Şirket Davalarında Yargılama Usulü" başlıklı 1521. maddesi gereğince, ticaret şirketlerinde, ortakların veya pay sahiplerinin şirketle veya birbirleriyle şirket ortaklığından veya pay sahipliğinden kaynaklanan davalarda veya şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri, müdürleri, tasfiye memurları ya da denetçilerine karşı açılacak davalarda basit yargılama usulü uygulanır⁶⁶.

Şirketin yönetim kurulu üyesinin rekabet yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde yönetim kurulu üyesine dava açılacağından, bahse konu kanun hükmü gereğince basit yargılama usulü uygulama alanı bulacaktır.

5. Zamanaşımı

TTK'nın 396. maddesinin 4. fıkrasının hükmü gereğince yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağına uymaması halinde yönetim kurulu üyesine karşı uygulanacak yaptırımlara dair seçimlik haklar söz konusu ticari işlemlerin yapıldığını veya yönetim kurulu üyesinin diğer bir şirkete girişini diğer üyeler tarafından öğrendiği tarihten itibaren üç ay ve her halde bunların gerçekleşmesin-

board member into another company, and in any case after one year from the date of their realization⁶⁷.

Pursuant to the aforementioned provision of the law, in the event that a member of the board of directors of a joint stock company violates the non-competition prohibition arising from the law, the optional rights of the other members of the board of directors of the joint stock company, except for the member of the board of directors who committed the violation, shall be time-barred after three months and in any case after one year from the date of the violation.

In the event that the members of the board of directors of the joint stock company have made more than one transaction in violation of the non-competition obligation, the statute of limitations shall run separately for each transaction⁶⁸.

However, in the event that the members of the board of directors, other than the member of the board of directors who violated the non-competition obligation, do not exercise their optional rights within the time periods stipulated by the law, the liability of the members of the board of directors who committed the violation, as regulated under Article 553 of the TCC, continues⁶⁹. Pursuant to the relevant article, if the members of the board of directors violate their obligations arising from the law and the articles of association with their fault, they are liable for the damages they cause to the company, shareholders and creditors of the company.

den itibaren bir yıl geçince zamanaşımına uğramaktadır⁶⁷.

Bahse konu kanun hükmü kapsamında, anonim şirketin yönetim kurulu üyesinin kanundan doğan rekabet etmeme yasağını ihlal etmesi halinde, ihlali gerçekleştiren yönetim kurulu üyesi haricinde anonim şirketin diğer yönetim kurulu üyelerinin bahse konu ihlali öğrendikleri tarihten itibaren üç ay ve her halde ihlalin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl geçince seçimlik haklar zamanaşımına uğramaktadır.

Anonim şirketin yönetim kurulu üyelerinin rekabet etmeme yükümlülüğüne aykırı birden fazla işlem yapmış olması halinde, zamanaşımı süresi her bir işleme dair ayrı ayrı işleyecektir⁶⁸.

Ancak, rekabet etmeme yükümlülüğünü ihlal eden yönetim kurulu üyesi haricindeki yönetim kurulu üyelerinin kanunda öngörülmuş olan süreler içerisinde seçimlik haklarından faydalanmaması halinde, ihlali gerçekleştirmiş olan yönetim kurulu üyelerinin TTK'nın 553. maddesi kapsamında düzenlenmiş olan sorumlulukları devam etmektedir⁶⁹. İlgili madde uyarınca yönetim kurulu üyelerinin kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar.

Dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin kanunda öngörülmuş olan süreler içerisinde

DİPNOT

⁶⁴ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 5.

⁶⁵ 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete'de Yayımlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 6.

⁶⁶ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 1521.

⁶⁷ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 396/4.

⁶⁸ Aşık, "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı", Ankara Barosu Dergisi, c. 4, s. 147, 2017'den naklen, Halil Arslanlı, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960, s. 157.

⁶⁹ Aşık, "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı", Ankara Barosu Dergisi, c. 4, s. 147, 2017'den naklen, Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2015, s. 283.

FOOTNOTE

⁶⁴ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 5.

⁶⁵ 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete'de Yayımlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 6.

⁶⁶ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 1521.

⁶⁷ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 396/4.

⁶⁸ Aşık, "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı", Ankara Barosu Dergisi, c. 4, s. 147, 2017'den naklen, Halil Arslanlı, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960, p. 157.

⁶⁹ Aşık, "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı", Ankara Barosu Dergisi, c. 4, s. 147, 2017'den naklen, Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2015, p. 283.



PART 8

Therefore, in the event that the members of the board of directors do not exercise their optional rights within the periods stipulated in the law, the members of the board of directors remain liable for the damages they cause to the company, shareholders and creditors of the company in case the members of the board of directors violate the non-competition obligation arising from the law and, if regulated, the articles of association, as stipulated in Article 553 of the TCC.

VII. CONCLUSION

The prohibition of competition finds its basis in the duty of loyalty between the parties involved. Similar to the service contract, the non-competition obligation arising from the duty of loyalty in the contract of mandate remains in effect for the duration of the relationship between the parties. However, the parties can extend the prohibition of competition beyond the termination of their relationship by entering into a contract specifically addressing this matter. Within joint stock companies, members of the board of directors are among the individuals subject to the prohibition of competition due to their loyalty obligation towards the company. This obligation stems from their access to trade secrets and company-related information, as well as the trust placed in them by the company. The duty of loyalty is grounded in the principle of honesty, as regulated in Article 2 of the Turkish Civil Code ("TCC").

To ensure that the prohibition of competition does not infringe upon the freedom to compete, the non-competition clause may be restricted in terms of subject matter, duration, and geographical scope. Such limitations must conform to the provisions outlined in Article 396/1 of the TCC or may be further specified through an agreement reached between the parties.

The applicability of non-competition to shareholders who are not members of the board of directors in joint stock companies remains a topic of debate in legal doctrine. While the prevailing view suggests that shareholders, unlike board members, do not have access to trade secrets and therefore are not subject to the prohibition of competition, it is our belief that the assessment of shareholders' non-competition obligations should be based on the specific circumstances of each case. Given that the nature of the partnership relationship can vary, it is

seçimlik haklarından faydalanmaması durumunda, TTK'nın 553. maddesinde öngörülmüş olduğu üzere yönetim kurulu üyelerinin kanundan ve düzenlendi ise esas sözleşmeden doğan rekabet etmeme yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde, yönetim kurulu üyeleri hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zararlara karşı sorumlulukları devam etmektedir.

VII. SONUÇ

Rekabet yasağının temelini taraflar arasındaki sadakat yükümlülüğü oluşturmaktadır. Hizmet sözleşmesinde olduğu gibi vekalet sözleşmesinde de sadakat yükümlülüğünün kapsadığı rekabet yasağı, taraflar arasındaki ilişkinin devam ettiği süre için geçerlidir. Taraflar, rekabet yasağının aralarındaki ilişki sona erdikten sonra devam etmesini bu kapsamda bir sözleşme akdederek sağlayabilecektir. Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri, şirkete karşı tabi oldukları sadakat yükümlülüğü kapsamında rekabet yasağına tabi kişiler arasında yer almaktadır. Yönetim kurulu üyesinin bahsi geçen sadakat yükümlülüğü, üyenin şirkete ilişkin ticari sır ve bilgilere hakim olmasından ve üye ile şirket arasında var olan güven bağından kaynaklıdır. Söz konusu sadakat yükümlülüğünün temelini TMK'nın 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı oluşturmaktadır.

Rekabet yasağı, rekabet özgürlüğünü aşmayacak şekilde uygulanması amacıyla konu, süre ve yer kapsamında sınırlandırılmaktadır. Söz konusu sınırlandırma, yalnızca TTK madde 396/1 kapsamındaki sınırlandırmalardan olabileceği gibi taraflar arasında akdedilecek bir sözleşme ile sınırlandırma getirmek de mümkündür.

Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyesi olmayan pay sahiplerinin rekabet yasağına tabi olup olmaması hakkında doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Öğretide yaygın görüş, pay sahiplerinin yönetim kurulu üyelerinin aksine ticari sırlara hakim olmaması ve anonim şirketlerin sermaye ortaklığı olması sebebiyle rekabet yasağına tabi olmaları yönünde ise de kanaatimizce ortaklık ilişkisinin değişkenlik gösterebilmesi nedeniyle pay sahiplerinin rekabet yasağına tabi tutulması somut olay çerçevesinde değerlendirilmelidir.

essential to consider the individual circumstances when determining the extent of shareholders' non-competition obligations. The sanctions for breaching the non-competition clause are explicitly outlined in the relevant article of the law. In the event of a breach, the company possesses discretionary rights, as specified in the applicable article, and there are also additional sanctions acknowledged in legal doctrine, although not explicitly listed in legislation. The exercise of these discretionary rights is subject to the statute of limitations prescribed by law.

If a lawsuit is chosen as a form of sanction, it will be treated as a commercial lawsuit, and the competent courts will typically be the commercial courts of first instance, except for exceptional circumstances. However, it is worth noting that a member of the board of directors can be exempted from the prohibition of competition through a resolution passed by the general assembly. In cases where board members are not exempt from the prohibition, they will be held accountable for any damages they cause to the company, shareholders, and company creditors if they act in violation of the prohibition.

BIBLIOGRAPHY

- ATANUR KARAAHMETOĞLU**, "İş Sırrı ve Ticari Sır Bağlamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Yasağına Aykırılıktan Doğan Sorumluluğu", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S.2, 2022.
- BEYZA YİĞİTBAŞI**, "Tek Satıcının Rekabet Etme Yasağı", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2021.
- BURCU GÜNAYDIN GÜLTEKİN**, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Rekabet Yasağı, 1. Baskı, İstanbul 2022.
- MEHMET YAVUZ GÜNER**, "Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi", Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, no: 184, Ankara, 2021.
- MURAT CAN PEHLİVANOĞLU**, "Anonim Şirketlerde Pay Sahipliği Hakları ve Rekabet Hukuku İlişkisi: Dodge V. Ford Kararı Üzerinden Bir Değerlendirme", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 11, 2022.
- ÖZDEM SATICI TOPRAK**, "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı", Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, S. 220, 2022.
- ÖZGE KARAEĞE**, "Anonim Şirketlerde Genel Kurulun Yönetim Kurulu Üyelerini Görevden Alma (Azil) Yetkisi", Ankara Barosu Dergisi, C. 1, S. 76, 2014.
- PINAR AŞIK**, "Anonim ve Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı", Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006.
- PINAR AŞIK**, "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı", Ankara Barosu Dergisi, C. 4, 2017.
- UĞUR MERT NARLI**, "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeleri İçin Öngörülen Rekabet Yasağı", Yüksek Lisans Tezi, Mersin, 2021.

Rekabet yasağına aykırılığın yaptırımları aynı kanun maddesinde düzenlenmiştir ve aykırılık söz konusu olduğunda ilgili madde hükmü uyarınca şirketin seçimlik hakları söz konusu olup aykırılığa ilişkin mevzuatta sayılmayan ancak öğretilerde kabul görmüş yaptırımlar da mevcuttur. Söz konusu seçimlik haklar kanunda öngörülen zamanaşımına tabidir.

Yaptırım olarak dava yolunun seçilmesi halinde söz konusu dava ticari dava niteliğini haiz olup görevli mahkemeler istisnai durumlar haricinde asliye ticaret mahkemeleri olacaktır. Ancak genel kurul kararı ile yönetim kurulu üyesinin rekabet yasağından muaf olması mümkündür. Yönetim kurulu üyeleri rekabet yasağından muaf olmadıkları hallerde yasağa aykırı hareket ettikleri takdirde hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumlu olacaktır.

KAYNAKÇA

- ATANUR KARAAHMETOĞLU**, "İş Sırrı ve Ticari Sır Bağlamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Yasağına Aykırılıktan Doğan Sorumluluğu", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S.2, 2022.
- BEYZA YİĞİTBAŞI**, "Tek Satıcının Rekabet Etme Yasağı", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2021.
- BURCU GÜNAYDIN GÜLTEKİN**, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Rekabet Yasağı, 1. Baskı, İstanbul 2022.
- MEHMET YAVUZ GÜNER**, "Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi", Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, no: 184, Ankara, 2021.
- MURAT CAN PEHLİVANOĞLU**, "Anonim Şirketlerde Pay Sahipliği Hakları ve Rekabet Hukuku İlişkisi: Dodge V. Ford Kararı Üzerinden Bir Değerlendirme", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.11, 2022.
- ÖZDEM SATICI TOPRAK**, "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı", Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, S. 220, 2022.
- ÖZGE KARAEĞE**, "Anonim Şirketlerde Genel Kurulun Yönetim Kurulu Üyelerini Görevden Alma (Azil) Yetkisi", Ankara Barosu Dergisi, C. 1, S. 76, 2014.
- PINAR AŞIK**, "Anonim ve Limited Şirketlerde Rekabet Yasağı", Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006.
- PINAR AŞIK**, "Anonim Şirketlerde Rekabet Yasağı", Ankara Barosu Dergisi, c. 4, 2017.
- UĞUR MERT NARLI**, "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeleri İçin Öngörülen Rekabet Yasağı", Yüksek Lisans Tezi, Mersin, 2021.



PART 9

THE BANK'S RESPONSIBILITY IN SAFE DEPOSIT BOX HIRE AGREEMENTS

KASA KİRALAMA SÖZLEŞMESİNDE
BANKANIN SORUMLULUĞU

REYHAN REYHAN

PART 9

ABSTRACT | ÖZET

Safe deposit box rental agreement is not specifically regulated in our legislation. For this reason, different opinions have been adopted in the doctrine about the legal nature of the safe deposit box rental agreement.

Kasa kiralama sözleşmesi mevzuatımızda özel olarak düzenlenmemiştir. Bu sebeple öğretide kasa kiralama sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında farklı görüşler benimsenmiştir.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELELER

Bank, Safe Deposit Box, Bank's Liability, Customer's Liability, Trust Institution.

Banka, Kiralık Kasa, Bankanın Sorumluluğu, Müşterinin Sorumluluğu, Güven Kurumu Niteliği.

I. INTRODUCTION

In this article, while informing the individuals who receive safe deposit box rental service in line with the opinions in the doctrine on the liability of the bank for these damages and whether the damages will be compensated in case of damage to the valuable assets of the customers who receive safe deposit box service after the earthquake in our country, the definition of the safe deposit box rental contract, which is frequently preferred by people today due to the fact that banks have the characteristics of a trust institution, In addition to the general features such as its characteristics and legal nature, the rights and obligations of the customer, who is a party to the contract, and the obligations of the bank arising from the safe deposit box leasing contract, the limits of these obligations and the obligation to compensate the material and moral damages of the customer in case of breach of the obligation will be stated, and the care that the bank, which has more obligations and responsibilities than a prudent merchant, should show in its behaviour and the expansion of the limits of its responsibility will be emphasized.

From past to present, people have always felt the need to keep their material and imma-

I. GİRİŞ

Bu makalede, ülkemizde yaşanan deprem sonrasında kiralık kasa hizmeti alan müşterilerin değerli varlıklarına zarar gelmesi halinde bankanın bu zararlardan sorumluluğu ve zararlarının tazmin edilip edilmeyeceği konusunda doktrinde yer alan görüşler doğrultusunda kasa kiralama hizmeti alan bireyleri bilgilendirirken, günümüzde bankaların güven kurumu niteliğini haiz olmaları sebebiyle insanlar tarafından sıklıkla tercih edilen kasa kiralama sözleşmesinin tanımı, özellikleri ve hukuki niteliği gibi genel özelliklerinin yanı sıra sözleşmenin tarafı olan müşterinin hakları ve borçları ile bankanın kasa kiralama sözleşmesinden doğan borçları, bu borçların sınırları ve borca aykırılık halinde müşterinin maddi ve manevi zararlarını tazmin etmesi gerektiği belirtilerek basiretli bir tacirden daha fazla yükümlülüğü ve sorumluluğu olan bankanın davranışlarında göstermesi gereken özenin ve sorumluluğunun sınırlarının genişletilmesi üzerinde durulacaktır.

Geçmişten günümüze insanlar her zaman maddi ve manevi değerli varlıklarını güvende tutma ihtiyacı duymuşlardır. İnsanların maddi ve manevi değerli varlıklarını, deprem sel gibi doğal afetlerin yanı sıra çalınma kaybolma gibi tehlikelerden koruma gereksinimleri onları bu tehlikelere karşı önlem almak



terial valuable assets safe. People's need to protect their tangible and intangible assets from natural disasters such as earthquakes and floods as well as dangers such as theft and loss has forced them to take measures against these dangers. Over time, people have started to rent bank safes, which are offered by banks, which have the characteristics of a trust institution, and are protected by taking the necessary security measures. After the earthquake disaster in our country, customers started to investigate the status of the safes in the banks, the responsibility of the bank in case of damage to their valuable assets and whether their losses would be compensated. With the rental agreement for safe deposit boxes, banks give their clients the option of using safe deposit boxes with enhanced security features that are less vulnerable to external factors. In our country, safe deposit box hire services are generally provided by banks. However, there is no regulation in our legislation stipulating that safe deposit box rental services can only be provided by banks. The customer who wants to benefit from safe deposit box rental service concludes a safe deposit box rental agreement with the bank. Since the safe deposit box rental agreement is not specifically defined in our legislation, there may be problems in resolving disputes. The main example of this is the determination of the limits of the bank's liability in the event

zorunda bırakmıştır. Zaman içerisinde insanlar, değerli varlıklarını güven kurumu niteliğini haiz olan bankalar tarafından sunulan ve gerekli güvenlik önemleri alınarak korunan banka kasalarını kiralamaya başlamışlardır. Ülkemizde yaşanan deprem felaketinin ardından müşteriler bankaların içerisinde yer alan kasalarının durumunu, değerli varlıklarına zarar gelmiş olması halinde bankanın sorumluluğunu ve zararlarının tazmin edilip edilmeyeceğini araştırmaya başlamışlardır. Kasa kiralama sözleşmesi ile bankalar, özel güvenlik sistemlerine sahip, dış etkenlere maruz kalma olasılığının daha az olduğu güvenli kasalarının kullanımını müşterilerine bırakmaktadır. Ülkemizde kasa kiralama hizmeti genellikle bankalar tarafından verilmektedir. Ancak kasa kiralama hizmetinin sadece bankalar tarafından sunulabileceğine ilişkin mevzuatımızda bir düzenleme bulunmamaktadır. Kiralık kasa hizmetinden yararlanmak isteyen müşteri, banka ile kasa kiralama sözleşmesi akdetmektedir. Kasa kiralama sözleşmesi mevzuatımızda özel olarak tanımlanmadığı için uyumsuzlukların çözülmesinde sorunlar olabilmektedir. Bunun başlıca örneği; müşterinin, kullanımının banka tarafından kendisine bırakıldığı kasa içerisinde bulunan maddi ve manevi değerli varlıklarının zarar görmesi halinde bankanın sorumluluğunun sınırları ve müşteriye ödenmesi gereken maddi ve manevi tazminat bedelinin belirlenmesi aşamasıdır.

PART 9

of damage to the customer's tangible and intangible assets in the safe deposit box, the use of which is left to the customer by the bank, and the determination of the amount of tangible and intangible compensation to be paid to the customer. The contracts concluded by banks with their customers mostly contain general transaction terms. It will be examined in detail how the bank's liability will be determined in case of damage to the tangible and intangible values of the bank customers, which is very important, the existence of general transaction conditions in the contract, the necessity to evaluate the balance of interests of the customer and the bank well, and the necessity to extend the bank's liability against the customer who leaves his valuable assets in the safe deposit box due to the bank's trust in the customer.

II. SAFE DEPOSIT BOX HIRE SERVICE

A. Definition and Subject of Safe Deposit Box Hire Agreement

Safe deposit box is defined as the use of a steel compartment within the bank's premises by the bank to its customer for a certain fee. It is a sui generis contract between the bank and its customer, whereby the bank undertakes to leave the use of its safe deposit box¹, which is suitable for the safekeeping and storage of its customer's securities that do not constitute a criminal offence, to its customer, and the customer undertakes to pay a fee in return². Banks have two separate

Bankaların müşterileri ile akdettikleri sözleşmeler çoğunlukla genel işlem koşulu içermektedir. Sözleşme içerisinde genel işlem koşullarının var olması, müşteri ve bankanın menfaat dengesinin iyi değerlendirilmesi ve bankaya duyulan güven sebebiyle değerli varlıklarını kasa içerisinde bırakan müşteriye karşı bankanın sorumluluğunun genişletilmesi gerekliliği ayrıntılı olarak incelenecek ve ülkemizde yaşanan deprem felaketinin ardından banka müşterileri tarafından oldukça merak edilen maddi ve manevi değerlerinin zarar görmüş olması veya olası bir doğal afet, kaybolma ve çalınma gibi durumlarda değerli varlıklarının zarar görmesi ihtimalinde bankanın sorumluluğunun nasıl belirleneceği üzerinde durulacaktır.

II. KASA KİRALAMA HİZMETİ

A. Kasa Kiralama Sözleşmesinin Tanımı ve Konusu

Kiralık kasa; banka tarafından, bankanın bünyesinde bulunan çelik bir bölmenin kullanımının belirli bir ücret karşılığında müşterisine bırakılması olarak tanımlanmaktadır¹. Banka ile müşterisi arasında kurulan sözleşme ile bankanın müşterisinin suç unsuru oluşturmayan menkul kıymetlerinin muhafaza edilmesi ve saklanmasına uygun niteliğe sahip olan ve güvenliği sağlanan kasanın kullanılmasını müşterisine bırakmayı, müşterinin ise bunun karşılığında bir

safe-deposit box sections: the safe-deposit box where they keep their own movable assets and the safe-deposit box where they leave the use of the safe-deposit box to their customers. Customers can access the safe-deposit box the banks have set up for their use, even though they are not authorized or allowed to visit the safe-deposit box where the banks hold their own assets. Safe deposit boxes may consist of small compartments or may be in the form of rooms for the storage of assets such as larger works of art. The bank keeps one of the keys required to open the safe deposit box within its own structure and delivers the other key to the customer. The bank cannot open the safe deposit box with its own key, but can only help the customer to open the safe deposit box when the customer wants to access the safe deposit box. After the safe is opened, the bank officials will not know and see the transactions made by the customer in the safe³.

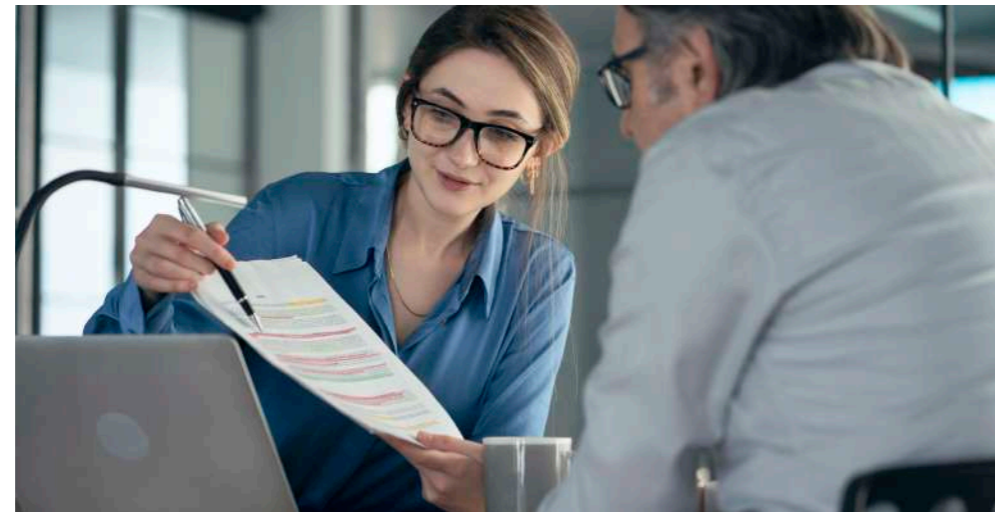
B. Legal Nature of Safe Deposit Box Rental Contract

Safe deposit box rental agreement is not specifically regulated in our legislation. For this reason, different opinions have been adopted in the doctrine about the legal nature of the safe deposit box rental agreement. According to one of the opinions in the doctrine, the safe deposit box rental agreement is called "ordinary lease agreement" on the grounds that it has the main elements of the lease agreement. Article⁴ 299 of the Turkish Code of Obligations defines the lease agreement as "A lease agreement is a contract in which the lessor undertakes to leave the use of a thing or the use and enjoyment of it to the lessee, and the lessee undertakes to pay the agreed rental price in return." According to Reisoğlu, who is one of the authors supporting this view, safe deposit box rental services of banks are not within the scope of custody services, since the contract between the bank and its customer is not a vendita contract, but a lease contract⁵. Unlike the ordinary lease agreement, the safe deposit box rental agreement is not made for the sole purpose of leaving the use of the safe deposit box to the customer. The purpose of the safe deposit box rental agreement is to keep the valuable and valuable items safe. Another opinion in the doctrine adopts the view that the safe deposit box rental agreement is a custody agreement

bedel ödemeyi üstlendiği tam iki tarafa borç yükleyen kendine özgü bir yapısı olan (sui generis) sözleşmedir². Bankaların kendi taşınır varlıklarını sakladıkları kasalar ve kullanımını müşterilerine bıraktıkları kasalar olmak üzere iki ayrı kasa bölümleri bulunmaktadır. Bankaların kendi varlıklarının olduğu kasa bölümüne müşterilerinin girme hak ve yetkisi bulunmazken müşterilerinin kullanımı için oluşturdukları kasa bölümüne ise müşterileri girebilmektedir. Kiralık kasalar küçük bölmelere oluşabileceği gibi daha büyük sanat eseri gibi varlıkların muhafazası için oda şeklinde de olabilmektedir. Kiralık kasanın açılması için gerekli olan anahtarlardan bir tanesini banka kendi bünyesinde bulundurmakta, diğer anahtar ise müşterisine teslim etmektedir. Banka kendi bünyesinde bulunan anahtar ile kasayı açamamakta sadece müşterisi kasaya erişmek istediğinde kasanın açılması için yardımcı olabilmektedir. Kasanın açılmasından sonra banka görevlileri müşterinin kasa içerisinde yaptığı işlemleri bilmeyecek ve görmeyecektir³.

B. Kasa Kiralama Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Kasa kiralama sözleşmesi mevzuatımızda özel olarak düzenlenmemiştir. Bu sebeple öğretilerde kasa kiralama sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında farklı görüşler benimsenmiştir. Öğretilerde bir görüşe göre; kasa kiralama sözleşmesi, kira sözleşmesinin ana unsurlarını taşıdığı gerekçesiyle "adi kira sözleşmesi" olarak adlandırılmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 299. maddesi⁴ kira sözleşmesini "Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir." şeklinde tanımlamaktadır. Bu görüşü destekleyen yazarlardan biri olan Reisoğlu'na göre; bankaların kasa kiralama hizmetleri saklama hizmeti kapsamında değildir, zira banka ile müşterisi arasındaki sözleşme bir vedia akdi olmayıp kira sözleşmesidir⁵. Kasa kiralama sözleşmesi ise adi kira sözleşmesinden farklı olarak sadece kasanın kullanılmasını müşteriye bırakma amacıyla yapılmamaktadır. Kasa kiralama sözleşmesinde müşterinin sözleşme ile ulaşmak istediği amaç değerli ve kıymetli eşyalarının güvende tutulmasıdır. Öğretilerde diğer bir görüş ise hukuki niteliği itibarıyla kasa kiralama sözleşmesinin bir saklama sözleşmesi olduğu görüşünü benimsemektedir⁶. Bu görüşe örnek olarak Yargı-



FOOTNOTE

¹ İbrahim Kaplan, Banka Sözleşmeleri Hukuku, Ankara 2020, p. 130.

² Fikret Eren/ Ünsal Dönmez, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Ankara 2022, p. 274.

³ Ahmet Mithat Kılıçoğlu, Ankara 2021, p. 218.

⁴ 04.02.2011 dated and 27836 numbered Turkish Code of Obligations published in the Official Gazette

⁵ Seza Reisoğlu, Bankacılık Kanunu Şerhi, 2nd Edition, Ankara 2015, p. 302.

DİPNOT

¹ İbrahim Kaplan, Banka Sözleşmeleri Hukuku, Ankara 2020, s. 130.

² Fikret Eren/ Ünsal Dönmez, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Ankara 2022, s. 274.

³ Ahmet Mithat Kılıçoğlu, Ankara 2021, s. 218.

⁴ 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Türk Borçlar Kanunu.

⁵ Seza Reisoğlu, Bankacılık Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 302.

⁶ Heller, Rn. 60 nakleden: Kaplan, Banka Sözleşmeleri Hukuku, Ankara 2020, s.131.

PART 9

in terms of its legal nature⁶. As an example of this view, the 11th Civil Chamber of the Court of Cassation⁷, in its decision numbered E. 2015/4801 K. 2015/11778, referred to the safe deposit box hire agreement as a custody agreement. Article 561 of the Turkish Code of Obligations defines the custody agreement as follows: "A custody agreement is a contract whereby the custodian undertakes to protect a movable left to him by the depositor in a safe place." As understood from the text of the article, the performance of the bank in the custody agreement is to undertake to protect the tangible or intangible assets of its customer in a safe place. In a safe deposit box hire agreement, the primary performance of the bank is to leave the use of the safe deposit box to its customer. The bank customer may leave valuable goods in the safe deposit box or keep the safe deposit box empty. According to another opinion in the doctrine, safe deposit box lease agreements are sui generis agreements that do not contain the elements of the agreements regulated in the law⁸.

III. POSSESSION OVER THE SAFE AND SAFE CONTENTS

The bank has indirect, primary possession over the safe deposit box left to the use of its customer, and the customer who rents the safe deposit box has accessory possession over the safe deposit box⁹. The possession over the contents of the safe deposit box is controversial in the doctrine. According to one of the opinions in the doctrine; the bank and the customer renting the safe deposit box are in joint possession of the movables in the safe deposit box¹⁰. The reason for this is that the customer who rents the safe deposit box cannot access the safe deposit box without the bank's initiative. According to another opinion, the sole and unmediated possessor of the securities left in the safe deposit box is the customer renting the safe deposit box¹¹. The bank is not in the position of possession since it does not have actual control over the movable in the safety deposit box alone. This view is defended due to the reasons such as the fact that the bank only leaves the use of an empty steel safe deposit box to its customer, has no knowledge of the securities left in the safe deposit box and does not have the authority to open the safe deposit box on its own. The safe deposit box within the bank may be rented by more than one person. In the event that the

bank customer may leave valuable goods in the safe deposit box or keep the safe deposit box empty. According to another opinion in the doctrine, safe deposit box lease agreements are sui generis agreements that do not contain the elements of the agreements regulated in the law⁸.

11. Hukuk Dairesi'nin⁷ E. 2015/4801 K. 2015/11778 sayılı kararında kasa kiralama sözleşmesinden saklama sözleşmesi olarak bahsetmesi gösterilebilir. Saklama sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 561. maddesinde saklama sözleşmesini "Saklama sözleşmesi, saklayanın, saklatanın kendisine bıraktığı bir taşınırı güvenli bir yerde koruma altına almayı üstlendiği sözleşmedir." şeklinde tanımlamıştır. Madde metninden anlaşıldığı üzere saklama sözleşmesinde bankanın edimi, müşterisine ait maddi veya manevi mal varlığını güvenli bir yerde koruma altına almayı üstlenmesidir. Banka kasası kiralama sözleşmesinde ise bankanın asli edimi bünyesinde bulunan kasanın kullanımını müşterisine bırakmaktır. Banka müşterisi kasaya değerli eşyasını bırakabileceği gibi kasayı boş bir şekilde de tutabilir. Öğretide bir diğer görüşe göre ise kasa kiralama sözleşmesi, kanunda düzenlenen sözleşmelerin unsurlarını içermeyen kendine özgü (sui generis) sözleşmelerdendir⁹.

III. KASA VE KASA İÇERİĞİ ÜZERİNDEKİ ZİLYETLİK DURUMU

Bankanın müşterisinin kullanımına bıraktığı kasa üzerinde dolaylı, asli zilyetliği, kasayı kiralayan müşterinin ise kasa üzerinde fer'i zilyetliği bulunmaktadır⁹. Kasanın içeriği üzerindeki zilyetlik durumu ise doktrinde tartışmalıdır. Öğretideki bir görüşe göre; Kiralık kasa içerisinde bulunan menkullere banka ve kasayı kiralayan müşteri elbirliği halinde zilyettir¹⁰. Bunun nedeni ise kasayı kiralayan müşterinin bankanın inisiyatifi olmadan kasa içerisine erişemeyecek olmasıdır. Diğer bir görüşe göre ise; kiralık kasa içerisinde bırakılan menkuller üzerinde tek ve vasitasız zilyet kasayı kiralayan müşteridir¹¹. Banka, kiralık kasa içerisinde bulunan menkul üzerinde tek başına fiili hakimiyeti bulunmadığı için zilyet konumunda değildir. Bankanın sadece boş çelik bir kasanın kullanımını müşterisine bırakması, kasanın içerisine bırakılan menkuller hakkında bilgisi olmaması ve kasayı tek başına açma yetkisinin bulunmaması gibi nedenlerden dolayı bu görüş savunulmaktadır. Banka bünyesinde bulunan kiralık kasa birden fazla kişi tarafından kiralanabilmektedir. Kasanın birden fazla kişi tarafından kiralandığı durumda kirala-yan kişilerden herhangi biri kasayı tek başına açmaya yetkili kılınabileceği gibi sadece hepsinin birlikte bulunması halinde kasayı

safe deposit box is rented by more than one person, any of the lessors may be authorized to open the safe deposit box alone, or they may be authorized to open the safe deposit box only if they are all present together. If the safe can be opened with the presence of only one of the persons renting the safe, it is referred to as shared possession, and if the safe can be opened with the presence of all of the lessors, it is referred to as joint possession¹². The customer is the only possessor without any means because the bank lacks actual control over the securities in the safe deposit box, the bank officers leave the customer alone while transactions are made in the safe deposit box, and they lack the authority to open the safe deposit box on their own initiative.

IV. OBLIGATIONS OF THE PARTIES AND THEIR LIABILITIES ARISING FROM BREACH OF OBLIGATION

A. Obligations of the Bank and Liabilities Arising from Breach of Obligation

1. The Bank Leaving the Use of the Safe Deposit Box to the Customer

One of the primary performance obligations of the bank in a safe deposit box hire agreement is to leave the use of the safe deposit box to the customer¹³. The bank is obliged to deliver the safe deposit box to the customer

açabileceği şekilde yetkilide kılınabilmektedirler. Kasayı kiralayan kişilerden yalnızca birinin bulunması ile kasa açılabilir paylı zilyetlikten, kiralayanların hepsinin bulunması halinde kasanın açılabilirdiği durumda ise elbirliği halinde zilyetlikten söz edilmektedir¹². Kasa içerisinde bulunan menkuller üzerinde bankanın fiili hakimiyetinin olmaması, kasa içerisinde işlem yapılırken banka görevlilerinin müşteriyi yalnız bırakması ve inisiyatif kullanarak kasayı tek başına açma yetkilerinin olmaması sebebiyle bankanın herhangi bir zilyetliği bulunmamakta müşteri ise vasitasız tek zilyet konumunda bulunmaktadır.

IV. TARAFLARIN BORÇLARI VE BORCA AYKIRILIKTAN DOĞAN SORUMLULUKLARI

A. Bankanın Borçları ve Borca Aykırılıktan Doğan Sorumlulukları

1. Bankanın Kasanın Kullanımını Müşteriye Bırakması

Kasa kiralama sözleşmesinde bankanın asli edim yükümlülüklerinden biri kasanın kullanımının müşteriye bırakılmasıdır¹³. Banka, kiralık kasayı, sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli olarak müşteriye teslim etmek

FOOTNOTE

6 Heller, Rn. 60 transmitted by: Kaplan, Banka Sözleşmeleri Hukuku, Ankara 2020, p. 131.

7 11th Civil Chamber of the Court of Cassation Date 10.11.2015 Main 2015/4801, Decision 2015/11778.

8 Eren/ Dönmez, p. 275.

9 Kaplan, p. 222.

10 Heller, Rn. 23 transmitted by: Kaplan, p. 223.

11 Lotz, Rn. 34 transmitted by: Kaplan, p. 224.

12 Kaplan, p. 221

13 Kılıçoğlu, p. 218.

DİPNOT

7 Yargıtay 11. HD., T. 10.11.2015 E. 2015/4801, K. 2015/11778.

8 Eren/ Dönmez, s.275.

9 Kaplan, s. 222.

10 Heller, Rn. 23 nakleden: Kaplan, s. 223.

11 Lotz, Rn. 34 nakleden: Kaplan, s. 224.

12 Kaplan, s. 221

13 Kılıçoğlu, s. 218.



PART 9

in a condition suitable for the use intended in the contract and to keep it in a condition suitable for use during the term of the contract. The safe deposit box must be highly secure and suitable for the protection of valuable assets in accordance with the purpose of the contract. The safe deposit box key must also be handed over to the customer with a report during the handing over of the safe deposit box.

3. Securing the Safe and Protecting the Safe from External Influences

One of the primary responsibilities of the bank in the safe deposit box rental agreement is to take all necessary precautions against threats like theft, fire, flood, opening the safe by using a different key, or forcibly opening the safe deposit box, even though the bank permits customers to use the safe deposit box for a fee¹⁴. One of the most important reasons for the customers to conclude a safe deposit box rental agreement is that the bank will take all kinds of measures to protect their tangible and intangible assets in the safe deposit box as promised in the contract. For this reason, bank safes should include a high-security steel component that is not exposed to outside influences and is not vulnerable to natural disaster, loss, or theft. The bank will take the highest level of security measures due to this trust in the bank and will show all the care that a prudent bank should show in matters such as the construction of the safe, the characteristics of its location, camera and alarm systems. The bank's responsibility arises in the event

ve sözleşme süresince kullanıma elverişli şekilde bulundurmakla yükümlüdür. Banka kasaasının sözleşmenin amacına uygun şekilde yüksek güvenli ve değerli varlıkların korunmasına uygun şekilde olması gerekmektedir. Kasaanın kullanımının bırakılması aşamasında kasa anahtarı da müşteriye tutanakla teslim edilmelidir.

2. Kasaanın Güvenliğini Sağlamak ve Kasayı Dış Etkilerden Korumak

Kasa kiralama sözleşmesinde bankanın asli yükümlülüklerinden biri belli bir ücret karşılığında kullanımını müşterisine bıraktığı kasaanın hırsızlık, yangın, su baskını, anahtar değiştirilerek kasaanın açılması veya kasaanın zorla açılması gibi tehlikelere karşılık her türlü tedbiri almasıdır¹⁴. Müşterilerin, kasa kiralama sözleşmesini akdetmesindeki en önemli sebeplerden biri bankanın sözleşmede taahhüt ettiği gibi kasa içerisinde bulunan maddi ve manevi değerli varlıklarını korumak adına her türlü tedbiri almasıdır. Bu nedenle banka kasalarının; yüksek güvenli, çelik, dış etkilere maruz kalmayacak doğal afet kaybolma veya çalınma ihtimalinin olmayacağı bir bölümden oluşması gerekmektedir. Banka kendisine duyulan bu güven sebebiyle en üst düzeyde güvenlik önlemlerini alacak kasaanın yapımı, bulunduğu yerin özellikleri ve kamera alarm sistemleri gibi konularda basiretli bir bankanın göstermesi gereken tüm özeni gösterecektir. Kasa içerisinde bulunan mülkiyeti banka müşterisine ait maddi ve manevi değerli varlıklara zarar

of damage to the tangible and intangible assets in the safe deposit box, the ownership of which belongs to the bank customer. In case of theft or loss of the valuable assets of the customer in the safe deposit box, it is possible for the customer to compensate the bank for the loss in the presence of certain conditions. These are; the bank's breach of contract by not ensuring the security of the securities in the safe deposit box, the occurrence of damage to the customer as a result of the breach of contract, and the establishment of an appropriate causal link between the breach of contract and the damage¹⁵.

3. Providing Customer Access to the Safe

Leaving the use of the safe deposit box to the customer does not mean that the bank has completely fulfilled its obligation. If two keys are required to open the safe after the delivery of the safe and the key, the bank officer must also be present during the opening of the safe when the customer requests access to the safe. The bank is required to confirm that the person attempting to access the safe deposit box is authorized to do so.

4. Bank's Confidentiality Obligation

Banks are obliged to keep the secrets of their customers. In our legislation, the bank's obligation to keep secrets is regulated under Article¹⁶ 506/2 of the Turkish Code of Obligations and Article¹⁷ 73 of the Banking Law. Article 73 of the Banking Law emphasizes that the customer secret should be interpreted broadly, and that the bank's transactions with its clients should be interpreted as customer secrets, which cannot be shared with third parties. The bank, which is under the obligation to keep secrets, shall not share with third parties that its customer has rented a safe deposit box, the details of the agreement, the persons authorized to open the safe deposit box, the dates when the safe deposit box was opened and the passwords of the safe deposit box, if any, and shall prevent third parties from accessing this information. The leasing agreement is based on the trust relationship between the bank and its customer. In accordance with the provisions of the relevant law, the Bank shall not share the information belonging to its customer with third parties and shall duly fulfil its confidentiality obligation.

gelmesi ihtimalinde bankanın sorumluluğu doğmaktadır. Müşterinin kasa içerisinde bulunan değerli varlıklarının çalınması veya kaybolması halinde bankadan zararını tazmin edebilmesi belirli şartların varlığı halinde mümkündür. Bunlar; bankanın kasa içerisinde bulunan menkullerin güvenliğini sağlamayarak sözleşmeye aykırı hareket etmesi, sözleşmeye aykırılık sonucunda müşterinin zararının ortaya çıkması ve sözleşmeye aykırılık ile zarar arasında uygun illiyet bağının kurulması gerekmektedir¹⁵.

3. Müşterinin Kasaya Erişmesini Sağlamak

Kasaanın kullanımının müşteriye bırakılması bankanın borcunu tamamen ifa ettiği anlamına gelmemektedir. Sözleşme amacına elverişli şekilde bulundurulmuş kasaanın ve anahtarının teslim edilmesi sonrasında da müşteri kasaasına erişmeyi talep ettiğinde kasaanın açılması için iki anahtar gerekiyorsa banka görevlisinin de kasaanın açılması aşamasında bulunması gerekmektedir. Banka, kasa dairesine girmek isteyen kişinin kasayı açmak için yetkili olup olmadığını kontrol etmelidir.

4. Bankanın Sır Saklama Borcu

Bankalar, müşterilerinin sırlarını saklamakla yükümlüdürler. Mevzuatımızda bankanın sır saklama yükümlülüğü TBK m. 506/2¹⁶ ve Bankacılık Kanunu m. 73¹⁷ hükümlerinde düzenlenmiştir. Bankacılık Kanunu m. 73 hükmü, müşteri sırrının geniş yorumlanması gerektiği ve bankanın müşterisi ile yaptığı işlemlerin müşteri sırrı içerisinde yorumlanarak bu sırların üçüncü kişilerle paylaşılmayacağı üzerinde durulmuştur. Sır saklama borcu altındaki banka, müşterisinin kasa kiraladığını, yapılan sözleşmenin detaylarını, kasayı açmaya yetkili kişileri, kasaanın açıldığı tarihleri ve varsa kasaya ait şifreleri üçüncü kişilerle paylaşmayacak ve bu bilgilere üçüncü kişilerin erişmesini engelleyecektir. Kiralama sözleşmesi, banka ile müşterisi arasında bulunan güven ilişkisine dayanmaktadır. Banka, ilgili kanun hükümleri gereğince, müşterisine ait bilgileri üçüncü kişilerle paylaşmayacak ve sır saklama borcunu gereği gibi ifa edecektir.

FOOTNOTE

¹⁴ Kaplan, p. 225.

¹⁵ Kaplan, p. 226.

¹⁶ Turkish Code of Obligations.

¹⁷ 01.11.2005 dated and 25983 numbered Banking Law published in the Official Gazette.



DİPNOT

¹⁴ Kaplan, s. 225.

¹⁵ Kaplan, s. 226.

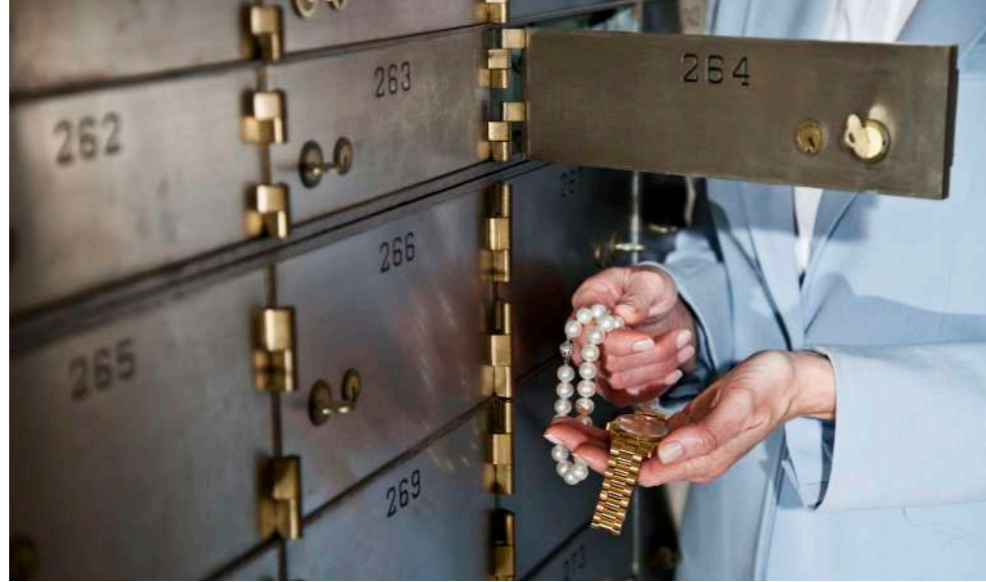
¹⁶ TBK.

¹⁷ 01.11.2005 tarih ve 25983 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Bankacılık Kanunu.

PART 9

5. Compensation of the Customer's Loss

There is a relationship of trust between the bank and its customer. The Bank is obliged to ensure the security of the safe deposit box at the highest level as intended by the customer in the contract, to install camera and alarm systems, to carry out the necessary inspections and to fulfil all its obligations in the contract during the contract period. In the event that the customer's tangible or intangible assets in the safe deposit box are damaged due to the bank's failure to fulfil its obligations properly, the bank is obliged to compensate the damage incurred by the customer. The burden of proof of loss belongs to the customer. As a requirement of



the safe deposit box rental agreement, although bank officers are present during the opening of the safe deposit box, the customer is left alone after the opening of the safe deposit box is completed, and therefore the transactions made in the safe deposit box are not known or recorded by the bank officers. It may be difficult for customers to prove that the allegedly damaged assets are in the safe deposit box when they are requesting compensation for the damaged assets in the safe deposit box because the bank is unaware of the transactions performed by the client in the safe deposit box. It is recommended that customers who rent a safe deposit box should keep the documents, receipts and photographs showing their ownership and

5. Müşterinin Zararının Giderilmesi

Banka ile müşterisi arasında güven ilişkisi bulunmaktadır. Banka, sözleşmede müşteri tarafından amaçlandığı şekilde kasanın güvenliğini en üst düzeyde sağlamalı, kamera ve alarm sistemleri kurmalı gerekli denetimleri yapmalı ve sözleşmede bulunan bütün borçlarını sözleşme süresince ifa etmekle yükümlüdür. Banka'nın borçlarını gereği gibi ifa etmemesinden dolayı müşterinin kasa içerisinde bulunan maddi veya manevi varlıklarının zarara uğraması halinde banka müşterinin uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Zarara uğradığını ispat külfeti müşteriye aittir. Kasa kiralama sözleşmesinin gereği olarak kasa açılırken banka görevlileri

bulunmakla beraber kasanın açılması işlemi tamamlandıktan sonra müşteri yalnız bırakılmakta ve bu nedenle kasa içerisinde yapılan işlemler banka görevlileri tarafından bilinmemekte ve kayıt altına alınmamaktadır. Banka tarafından, müşterinin kasa içerisinde yaptığı işlemler bilinmediği için kasa içerisinde bulunan ve zarar gören varlıkların tazminini talep ederken zarar gördüğü iddia edilen varlıkların kasa içerisinde olduğunu ispat etmek müşteriler açısından külfet olabilmektedir. Kasa kiralayan müşterilerin ileride kasa içerisinde bulunan menkullerine bir zarar gelmesi halinde ispat açısından bir güçlük karşışmamaları adına mülkiyet ve zilyetlik haklarını gösteren belgeleri, makbuzları ve fotoğrafları muhafaza etmeleri önerilmekte-

possession rights in order not to face any difficulties in terms of proof in case of damage to their securities in the safe deposit box in the future¹⁸. Customers can also prove their damages before the court with witness testimony, statement of the thief or photographs. In exercising its discretion, the judge shall consider the financial situation and occupation of the customer who rented the safe¹⁹. The client is entitled to provide any and all forms of evidence, including witnesses, to support his assertions that the safe contains valuable items that have been harmed²⁰. If it is determined that the valuable assets of the customer are found damaged in the safe deposit box, the bank will compensate the material and moral damages.

6. Records that Remove the Bank's Liability

Banks include a clause in the safe deposit box rental agreement stating that they will not accept liability in case of damage to the movables in the safe deposit box belonging to the customer. With this clause, the bank states that they do not accept any liability in the event that the securities in the safe deposit box are stolen, lost or damaged due to force majeure such as earthquake or flood²¹. It is clearly stated in Article²² 115/1 of the Turkish Code of Obligations that the bank cannot remove its liability arising from a willful or grossly negligent breach of its obligation to ensure the safety of the safe deposit box at the highest level and to protect the safe deposit box against any external influences. As explicitly stated by the Law, the records in the contract stating that the bank will not be liable for damages arising as a result of intent or gross negligence are absolutely null and void. The bank is liable and obliged to compensate for the damages incurred by the tangible and intangible assets in the safe deposit box. The bank may be held liable in accordance with Articles 112 and 116 of the Turkish Code of Obligations in the event that the movables belonging to the customer are damaged due to the intent, gross and slight negligence of the bank employees. Another clause inserted by the bank in the safe deposit box lease agreements is that the bank shall not be liable for the damages arising from the customer's forgetting or losing the key to the safe deposit box on the safe deposit box. In the relevant record, it is stated that the bank must be notified in writing in case of loss of the key, otherwise the bank will not be liable, but the non-liability record

dir¹⁸. Müşteriler ayrıca tanık ifadesi, hırsızın beyanı veya fotoğraf ile mahkeme önünde zararlarını ispat edebilmektedir. Hakim, takdir hakkını kullanırken kasayı kiralayan müşterinin maddi durumunu ve mesleğini göz önünde bulundurur¹⁹. Müşteri kasada bulunduğunu ve zarara uğradığını iddia ettiği değerli varlıklarını tanık dahil her türlü delil ile ispat etme hakkına sahiptir²⁰. Müşterinin değerli varlığının kasa içerisinde bulunduğunu ve zarara uğradığını tespit ettirmesi halinde banka tarafından maddi ve manevi zararı karşılanacaktır.

6. Bankanın Sorumluluğunu Kaldıran Kayıtlar

Bankalar, kasa kiralama sözleşmesine kasa içerisinde bulunan ve müşterisine ait menkullerin zarar görmesi halinde sorumluluk kabul etmeyeceğine dair kayıt koymaktadır. Banka bu kayıt ile kasa içerisinde bulunan menkullerin çalınması kaybolması veya deprem sel gibi mücbir sebepler dolayısıyla zarara uğraması halinde sorumluluk kabul etmediklerini belirtmektedir²¹. Bankanın, kasanın güvenliğini en üst düzeyde sağlama ve kasayı dış etkilere karşı koruma yükümlüğünü kasten veya ağır ihmal ile ihlal etmesi halinde doğacak sorumluluğunu önceden yapılan anlaşma ile kaldıramayacağı Türk Borçlar Kanunu m. 115/1²² hükmünde açık bir şekilde belirtilmiştir. Kanun ile açık bir şekilde belirtildiği üzere bankanın kast veya ağır ihmali neticesinde ortaya çıkan zararlardan sorumlu olmayacağına ilişkin sözleşmeye koyulan kayıtlar kesin olarak hükümsüzdür. Banka, kasa içerisinde bulunan maddi ve manevi değerli varlıkların uğradığı zararlardan sorumlu ve tazmin etmekle yükümlüdür. Bankada çalışan memurların kast, ağır ve hafif kusurlarından dolayı müşteriye ait menkullerin zarara uğraması halinde TBK m. 112 ve 116 hükümleri gereğince bankanın sorumluluğuna gidilebilecektir. Kasa kiralama sözleşmelerine banka tarafından koyulan bir diğer kayıt ise; müşterinin kasanın anahtarını kasanın üzerinde unutması veya kaybetmesi halinde doğacak zararlardan bankanın sorumlu olmayacağına ilişkindir. İlgili kayıt içerisinde anahtarın kaybedilmesi halinde bankaya yazılı olarak bildirilmesi gerektiği aksi halde bankanın sorumlu olmayacağı belirtilmektedir ancak anahtarını elinde bulunduran üçüncü şahsın kasayı açması-

FOOTNOTE

¹⁸ Kaplan, p. 227.

¹⁹ Roesle, Rn. 120 transmitted by: Kaplan, p. 227.

²⁰ 11th Civil Chamber of the Court of Cassation Main 2019/1779 Decision 2020/5237.

²¹ Kaplan, p. 131.

²² Turkish Code of Obligations Article 115/1.

DİPNOT

¹⁸ Kaplan, s. 227.

¹⁹ Roesle, Rn. 120 nakleden: Kaplan, s. 227.

²⁰ Yargıtay 11. HD E. 2019/1779 K. 2020/5237

²¹ Kaplan, s. 131.

²² TBK m.115/1

PART 9

of the bank that does not prevent the third party who has the key from opening the safe will be invalid according to the provisions of Articles 115 and 116/3 of the Turkish Code of Obligations. Thus, it is stated that the bank will be liable in case the key is lost or forgotten on the safe deposit box and will have to compensate the damage²³.

7. Breach of the Bank's Obligation

Pursuant to the safe deposit box rental agreement, there are two essential performances to be fulfilled by the bank. These are; the bank's delivery of one of the keys to be used for opening the safe to the customer and leaving the use of the safe, which is suitable and secure for the customer to store its valuable assets, to the customer. In the event that the bank fails to fulfil one of the primary performance obligations at all or as required, the customer may default the bank pursuant to Article²⁴ 117 of the Turkish Code of Obligations. Article²⁵ 112 of the Turkish Code of Obligations states that the debtor shall be obliged to compensate the creditor for the loss incurred by the customer in the event that the debtor fails to fulfil its obligations under the contract at all or as required, unless the debtor proves that no fault can be attributed to him²⁶. Pursuant to Article²⁷ 506/3 of the Turkish Code of Obligations, the criterion of whether the bank has duly fulfilled its primary performance obligations is measured by whether it acts in accordance with the highest degree of care that can be expected from a prudent bank. There are also decisions of the Court of Cassation stating that the bank shall be liable for the damages arising from the bank's failure to fulfil its primary performance obligations or breach of its duty of care. As a matter of fact, in the decision of the 2nd Civil Chamber of the Court of Cassation No. 2022/3467 Decision 2023/1016, it was stated that the bank shall be liable for the damages incurred by the other party as a result of the opening of the safe by only one person, even though the contract stipulates that the safe can only be opened if two persons apply together, and the bank must compensate the damage. The fact that the bank officers leave the customer alone after opening the safe and do not see the transactions made in the safe causes difficulties in terms of proving that the customer's securities are in the safe after the loss of the securities. In the decision of the 11th Civil Chamber of the Court of Cassation Main

na engel olmayan bankanın sorumsuzluk kaydının TBK m. 115 ve 116/3 hükümlerine göre geçersiz olacaktır. Böylelikle anahtarın kaybolması veya kasa üzerinde unutulması ihtimallerinde bankanın sorumlu olacağı ve zararı tazmin etmesi gerekeceği ifade edilmektedir²³.

7. Bankanın Borcunu İhlal Etmesi

Kasa kiralama sözleşmesi gereğince banka tarafından yerine getirilmesi gereken iki asli edim bulunmaktadır. Bunlar; bankanın, kasanın açılması için kullanılacak anahtarlardan birini müşteriye teslim etmesi ve müşterinin değerli varlığını saklaması için uygun ve güvenli olan kasanın kullanımını müşteriye bırakmasıdır. Bankanın asli edim yükümlülüklerinden birini hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi halinde müşteri Türk Borçlar Kanunu m. 117²⁴ uyarınca bankayı temerrüde düşürebilir. Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi²⁵ "Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür." ifadesi ile borçlunun, sözleşme gereğince ifa etmesi gereken borçlarını hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi halinde müşterinin uğradığı zararı gidermekle yükümlü olacağı belirtilmiştir²⁶. Bankanın asli edim yükümlülüklerini gereği gibi ifa edip etmediğinin ölçütü, Türk Borçlar Kanunu m. 506/3²⁷ gereğince basiretli bir bankadan beklenebilecek en yüksek derecede özen yükümlülüğüne uygun davranıp davranmaması ile ölçülür. Bankanın asli edim yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya özen yükümlülüğüne aykırı davranması halinde doğacak zararlardan sorumlu olacağına ilişkin Yargıtay kararları da bulunmaktadır. Nitekim, Yargıtay 2. HD. E. 2022/3467 K. 2023/1016 sayılı kararında kasanın iki kişi tarafından kiralandığı ve sözleşmede kasanın ancak iki kişinin birlikte müracaat etmesi halinde açılacağı hükmü yer almasına rağmen sadece bir kişi tarafından açılması sonucunda diğer tarafın uğradığı zarardan bankanın sorumlu olacağı ve zararı tazmin etmesi gerektiği belirtilmiştir. Banka görevlilerinin kasanın açılması sonrasında müşteriyi yalnız bırakması ve kasa içerisinde yapılan işlemleri görmemesi menkul değerlerin zarara uğraması sonrasında müşterinin menkul varlığının kasada olduğunun ispatı açısından zorluğa neden olmaktadır. Yargıtay 11. HD., E. 2019/1779 K. 2020/5237 sayılı kararında; kasa kiralama sözleşmesinin tarafı

2019/1779 Decision 2020/5237; It stated that the customer, who is a party to the safe deposit box rental agreement, can prove the valuables claimed to be in the safe deposit box with all kinds of evidence. It is the result of Article 42/1 of the Turkish Code of Obligations that the customer may rely on any evidence such as photographs, videos, invoices or documents regarding the valuables claimed to be in the safe deposit box. In the event that the bank breaches its obligations by acting contrary to its primary performance obligations, the bank is required to compensate the damages incurred by executing the tort provisions under Article 49 of the Turkish Code of Obligations²⁸.

B. Customer's Obligations and Responsibilities arising from Breach of Obligation

The customer's primary performance obligation under the contract is to pay the contract price²⁹. As stated in Article 316/1 of the Turkish Code of Obligations, the customer is obliged to pay the price specified in the contract even if the customer does not use the safe deposit box during the contract period. If the customer fails to fulfil his/her obligation to pay the contract price, the bank may apply the provisions regarding the debtor default against the customer. The customer is obliged to use the safe deposit box carefully as specified in the contract. In addition, the customer cannot put items that are not suitable to be kept in the safe deposit box or prohibited by law into the safe deposit box. The customer must also carefully protect the key given to him for

olan müşterinin kasa içerisinde bulunduğu iddia ettiği kıymetli eşyaları her türlü delil ile ispat edebileceğini belirtmiştir. Müşterinin, kasa içerisinde bulunduğunu iddia ettiği kıymetli eşyalara ilişkin fotoğraf, video, fatura veya belge gibi herhangi bir delile dayanabilmesi TBK m. 42/1 hükmünün sonucudur. Bankanın asli edim yükümlülüklerine aykırı davranarak borcunu ihlal etmesi halinde TBK m. 49 hükmünde yer alan haksız fiil hükümlerinin yürütülerek bankanın doğan zararları gidermesi gerekmektedir²⁸.

B. Müşterinin Borçları ve Borca Aykırılıktan Doğan Sorumlulukları

Müşterinin sözleşme gereği olarak asli edim yükümü sözleşme bedelini ödemektir²⁹. TBK m. 316/1 hükmünde belirtildiği üzere müşteri kiralandığı kasayı sözleşme süresi boyunca kullanmasa da sözleşmede belirtilen bedeli ödemekle yükümlüdür. Müşterinin sözleşme bedelini ödeme borcunu ifa etmemesi halinde banka müşteriye karşı borçlu temerrüdüne ilişkin hükümleri uygulayabilmektedir. Müşteri kasayı sözleşmede belirtildiği gibi özenle kullanmak zorundadır. Ayrıca kiralık kasa içerisinde kasada saklanması uygun olmayan veya kanunen yasaklı olan maddeleri müşteri kasa içerisine koyamaz. Müşteri kasanın açılması için kendisine verilen anahtarı da özenle korumalı üçüncü bir kişiye vermemelidir. Müşteriye verilen anahtarın kasa üzerinde unutulmaması, banka izin

FOOTNOTE

²³ Kaplan, p. 133.

²⁴ Turkish Code of Obligations Article 117.

²⁵ Turkish Code of Obligations Article 112.

²⁶ Kaplan, p. 132.

²⁷ Turkish Code of Obligations Article 506/3.

²⁸ 11th Civil Chamber of the Court of Cassation Main 2019/1779 Decision 2020/5237.

²⁹ Pinar Pehlivan/ Hatice Yurtsever, Türk Bankacılık Sektörü ve Mali Yükümlülükleri, 1st Edition, İstanbul 2016, p. 93.

DİPNOT

²³ Kaplan, s. 133.

²⁴ TBK m.117

²⁵ TBK m.112

²⁶ Kaplan, s. 132.

²⁷ TBK m. 506/3

²⁸ Yargıtay 11. HD., E. 2019/1779 K. 2020/5237.

²⁹ Pinar Pehlivan/ Hatice Yurtsever, Türk Bankacılık Sektörü ve Mali Yükümlülükleri, 1. Baskı, İstanbul 2016, s. 93.



PART 9

opening the safe and must not give it to a third party. The key given to the customer should not be forgotten on the safe deposit box, the key should not be replaced unless authorized by the bank, and the customer should notify the bank in writing if the key is lost. Pursuant to Article 323/1 of the Turkish Code of Obligations, the safe deposit box cannot be rented or transferred by the customer unless the written consent of the bank is obtained. If the customer breaches the obligation to use the safe deposit box with care, the bank has the right to terminate the contract immediately. In the event that the customer's breach of the obligation causes damage to the movable assets in the safe deposit box, the bank may be released from liability by proving that the damage occurred as a result of the customer's breach of the customer's duty of care.

V. CONCLUSION

Nowadays, instead of keeping their valuables in their homes as in the past, people keep them in safe deposit boxes in banks to protect them from risks such as theft, loss or natural disasters. With a safe deposit box rental agreement, the bank provides the customer with a safe deposit box with steel and security measures suitable for the storage of the customer's valuable assets and the use of the key necessary for the customer to access this safe deposit box, while the customer is obliged to pay a fee. Therefore, it is a contract that imposes a debt on both parties. As a result of the trust placed in the bank by the customer, valuable tangible

vermediği sürece anahtarın yedeğinin yapılması ve kasanın anahtarının kaybolması halinde bankaya yazılı bildirimde bulunması gerekmektedir. TBK m. 323/1 hükmüne göre bankanın yazılı rızası alınmadıkça kasa müşteri tarafından başkasına kiraya verilemez ve devredilemez. Müşterinin kasayı özenle kullanma yükümlülüğüne aykırı davranması halinde banka sözleşmeyi derhal feshetme hakkına sahiptir. Müşterinin borca aykırı davranması halinde kasa içerisinde bulunan menkul varlığına zarar gelmiş olması halinde ise banka zararın müşterinin özen yükümlülüğüne aykırı davranması sonucunda meydana geldiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmektedir.

V. SONUÇ

Günümüzde insanlar eski dönemlerde olduğu gibi değerli eşyalarını evlerinde saklamak yerine hırsızlık, kaybolma veya doğal afetler gibi risklerden korunması için banka içerisinde yer alan kiralık kasalarda muhafaza etmektedir. Kasa kiralama sözleşmesi ile banka, müşterinin değerli varlıklarının muhafaza edilmesine uygun çelik ve güvenlik önlemlerinin alındığı bir kasayı ve bu kasaya müşterisinin erişebilmesi için gerekli anahtarın kullanımını müşterisine bırakır buna karşılık müşteri ise bir bedel ödemeyi yüklenir. Bu nedenle tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Müşteri tarafından bankaya duyulan güven sonucunda, müşteriye ait değerli

or intangible assets belonging to the customer are left in the safe deposit box within the bank. There is a relationship of trust between the bank and the customer. As a result of the trust relationship and the contract concluded, the rights, authorizations and obligations of the parties arise. Banks, as a trust institution and under an objective duty of care, have the obligation to ensure the security of the safe deposit box at the highest level and to protect the safe deposit box against external influences. In this article, the obligations of the bank and the responsibilities of the bank in case of breach of obligation are emphasized, the reasons why and how the responsibilities should be extended, the invalidity of the general transaction conditions in the contract concluded between the bank and its customer, and how to determine the responsibility of the bank in the event that the material and moral values of the bank customers are damaged after the earthquake disaster in our country are examined.

maddi veya manevi varlıkların banka bünyesinde bulunan kasaya bırakılmasıdır. Banka ile müşteri arasında güven ilişkisi bulunmaktadır. Güven ilişkisinin ve akdedilen sözleşmenin sonucu olarak tarafların hak, yetki ve borçları doğmaktadır. Bir güven kurumu olan ve objektif özen yükümlülüğü altında bulunan bankaların kasanın güvenliğini en üst düzeyde sağlama ve kasayı dış etkilere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Makale içerisinde özellikle bankanın borçları ve borca aykırılık halinde sorumlulukları üzerinde durularak sorumluluklarının neden ve nasıl genişletilmesi gerektiği, banka ile müşterisi arasında akdedilen sözleşmede bulunan genel işlem koşullarının geçersizliği ve ülkemizde yaşanan deprem felaketinin ardından banka müşterilerinin maddi ve manevi değerlerinin zarar görmüş olması halinde bankanın sorumluluğunun nasıl belirleneceği incelenmiştir.



BIBLIOGRAPHY

- AHMET M. KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3rd Edition, Ankara 2021.
- ÇAĞATAY UYGUN**, Bankacılık Kanunu'nun 160'inci Maddesinde ve Türk Ceza Kanunu'nun 247'inci maddelerinde Yer Alan Zimmet Suçu, 2nd Edition, İstanbul 2021.
- FİKRET EREN/ ÜNSAL DÖNMEZ**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Ankara 2022.
- İBRAHİM KAPLAN**, Banka Sözleşmeleri Hukuku, 2nd Edition, Ankara 2020.
- KENAN AKBULUT**, "Kiralık Kasada Bulunan Ziyet Eşyalarında Veraset ve İntikal Vergisi", Mali Çözüm Dergisi, Vol. 32(172), P.279, 2022.
- PINAR PEHLİVAN/HATİCE YURTSEVER**, Türk Bankacılık Sektörü ve Mali Yükümlülükleri, 1st Edition, İstanbul 2016.
- SEZA REİSOĞLU**, Bankacılık Kanunu Şerhi, 2nd Edition, Ankara 2015.

KAYNAKÇA

- AHMET M. KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2021.
- ÇAĞATAY UYGUN**, Bankacılık Kanunu'nun 160'inci Maddesinde ve Türk Ceza Kanunu'nun 247'inci maddelerinde Yer Alan Zimmet Suçu, 2. Baskı, İstanbul 2021.
- FİKRET EREN/ ÜNSAL DÖNMEZ**, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Ankara 2022.
- İBRAHİM KAPLAN**, Banka Sözleşmeleri Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2020.
- KENAN AKBULUT**, "Kiralık Kasada Bulunan Ziyet Eşyalarında Veraset ve İntikal Vergisi", Mali Çözüm Dergisi, C. 32(172), S. 279, 2022.
- PINAR PEHLİVAN/HATİCE YURTSEVER**, Türk Bankacılık Sektörü ve Mali Yükümlülükleri, 1. Baskı, İstanbul 2016.
- SEZA REİSOĞLU**, Bankacılık Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2015.



PART 10

**AI IN CORPORATE
GOVERNANCE**

KURUMSAL YÖNETİMDE
YAPAY ZEKÂ

BERATCAN ÖZDEMİR
GÖKÇE SU KÖMÜRCÜGİL

PART 10

ABSTRACT | ÖZET

The place of technology and artificial intelligence in our lives has become an indisputable situation, and the use of technology and artificial intelligence is becoming increasingly widespread and differentiated.

Teknolojinin ve beraberinde yapay zekânın hayatımızdaki yeri tartışılmaz bir durum haline gelmiş olup teknoloji ve yapay zekânın kullanımı da giderek yaygınlaşmakta ve farklılık kazanmaktadır.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELELER

Artificial Intelligence, Board Member, Corporate Law, Robot Director, Corporate Governance.

Yapay Zekâ, Yönetim Kurulu Üyesi, Şirketler Hukuku, Robot Yönetici, Kurumsal Yönetim.

I. INTRODUCTION

The place of technology and artificial intelligence in our lives has become an indisputable situation, and the use of technology and artificial intelligence is becoming increasingly widespread and differentiated. With the impact of all global developments, a great transformation and adaptation process has started in areas where artificial intelligence can directly affect our lives. The adoption of artificial intelligence in the subject of law, like in all other fields, is accelerating with time. Of course, companies and corporate law will not escape the transformative impact of AI technologies. In this study, the role of artificial intelligence in corporate governance and whether it will be possible to use it in decision-making processes in companies as a manager will be scrutinized. In addition, this study aims to deepen the discussions on who will be responsible for the actions and operations of artificial intelligence and to analyse the legal status of the personality attributed to artificial intelligence.

The digital age winds of the fourth industrial revolution, capped with artificial intelligence, are unavoidably approaching, intertwined with risk and opportunities. Generally, the law first follows societal de-

I. GİRİŞ

Teknolojinin ve beraberinde yapay zekânın hayatımızdaki yeri tartışılmaz bir durum haline gelmiş olup teknoloji ve yapay zekânın kullanımı da giderek yaygınlaşmakta ve farklılık kazanmaktadır. Küresel çaptaki tüm gelişmelerin etkisiyle yapay zekânın hayatımıza doğrudan etki edebileceği alanlarda büyük bir dönüşüm ve adaptasyon süreci başlamıştır. Söz konusu tüm alanlarda olduğu gibi hukuk alanında da yapay zekânın adaptasyonu zamanla ivmelenmektedir. Elbette şirketler ve şirketler hukuku da yapay zekâ teknolojilerinin dönüştürücü etkisinden kaçamayacaktır. Bu çalışmada yapay zekânın kurumsal yönetimdeki rolü ve bir yönetici olarak şirketlerde karar alma süreçlerinde kullanılmasının mümkün olup olmayacağı değerlendirilecektir. Ayrıca bu çalışmada yapay zekânın eylem ve işlemlerinden kimin veya kimlerin sorumlu olacağı tartışmalarına derinlik kazandırmak ve yapay zekâyâ atfedilen kişiliğin hukuki statüsünü analiz etmek amaçlanmıştır.

Risklerle ve fırsatlarla iç içe geçmiş dördüncü endüstri devriminin yapay zekâ ile taçlandırılmış dijital çağ rüzgârı kaçınılmaz bir şekilde gelmektedir. Genellikle hukuk, teknolojinin getirdiği adaptasyona uyum sağlamak üzere öncelikle toplumsal gelişimi



velopment in order to adapt to technological adaptation. New technologies, including artificial intelligence, present highly complex regulatory challenges, while transformative economic and social opportunities coexist with emerging and underexplored risks. However, AI integration and socialization are still taking their first steps, despite the pace of innovation. Quite so, the acceleration that will take place in terms of the integration of artificial intelligence will not be completed overnight¹. At this point, academic discussions should be carried out with great care, utilizing critical thinking. The successful realization of this depends on both lateral thinking and the effort to assimilate technological, ethical, political, and regulatory developments that lag far behind the traditional perspective of corporate law. Many unanswered questions and problems arise for academics, lawyers, and researchers interested in corporate law and possible regulations in this area.

This study examines the current and future impact of new technologies and artificial intelligence on corporate law and corporate governance norms and practices. Much of the debate on the regulation of AI revolves around how much autonomy we can give algorithms and how we can weigh

takip eder. Yapay zekâ da dahil olmak üzere yeni teknolojiler son derece karmaşık regülasyon zorlukları sunarken; dönüştürücü ekonomik ve sosyal fırsatlar, gelişmekte olan ve yeterince keşfedilmemiş risklerle bir arada bulunuyor. Bununla birlikte, yapay zekâ entegrasyonu ve sosyalleşme, inovasyon hızına rağmen henüz ilk adımlarını atmaktadır. Elbette yapay zekânın entegrasyonu açısından gerçekleşecek olan ivmelenme bir gecede tamamlanamayacaktır¹. Bu noktada akademik tartışmalar, eleştirel düşünceden yararlanılmak suretiyle büyük bir özenle sürdürülmelidir. Bunun başarılı bir şekilde gerçekleştirilmesi hem yanal düşünme yetisine hem de şirketler hukukunun geleneksel bakış açısının çok gerisinde kalan teknolojik, etik, politik ve regülasyon bağlamındaki gelişmeleri özümseme gayretine bağlıdır. Şirketler hukuku ile ilgilenen akademisyenler, avukatlar ve bu alandaki olası regülasyonlar çerçevesindeki araştırmacılar için henüz cevaplanamamış birçok soru ve problem ortaya çıkmaktadır.

Bu çalışma ile yeni teknolojilerin ve yapay zekânın, şirketler hukuku ve kurumsal yönetim normları ve uygulamaları üzerindeki mevcut ve gelecekteki etkisi irdelenmektedir. Yapay zekânın regülasyonu konusundaki tartışmaların çoğu, algoritmalara ne kadarlık bir özerklik verebileceğimiz ve bu alandaki

FOOTNOTE

¹ Tim Fountaine/ Brian McCarthy/ Tamim Saleh, "Getting AI to Scale" <<https://hbr.org/2021/05/getting-ai-to-scale>> (accession date 20.02.2023).

DİPNOT

¹ Tim Fountaine/ Brian McCarthy/ Tamim Saleh, "Getting AI to Scale" <<https://hbr.org/2021/05/getting-ai-to-scale>> (erişim tarihi 20.02.2023).

PART 10

the right risks to avoid missing out on opportunities in this area. While discussions revolve around these issues, it is important to underline that corporate law is not in a fishbowl isolated from other fields. The first part of this study digs out the issues concerning corporate law in the context of artificial intelligence. The second part deals with the impact of artificial intelligence on corporate governance practices and board activities.

II. THE NEW WORLD

Artificial intelligence, machine learning, big data and distributed ledger technologies are increasingly being used to enhance business processes and create time and cost efficiencies. Although the unstoppable rise of so-called Big Tech² companies are taking center stage, companies from almost every industry worldwide are embracing artificial intelligence³. In this sense, the use of artificial intelligence that can provide risk management with fast information flow and automated data in the decision-making processes of companies can be an enormous advantage. For instance, with AI systems, employers can track their workers' every move in detail; business owners can easily keep track of their supply chains; and potential operational and compliance risks can be predicted with predictive modeling that provides an early warning system.

Of course, it would not be surprising to see causality in terms of increased profitability between companies that were early movers in harnessing the power of algorithms and those that took advantage of innovation in their operations and developed a better understanding of the market and compliance issues. Those who try to integrate AI will most likely have maximized AI in their corporate governance⁴. Conversely, those who lag behind technologically will suffer this disadvantage. Lack of knowledge, know-how and skilled people threaten transformative technological change. Therefore, such a transformation will actually affect smaller companies more than large ones. This will put those who have made progress early on ahead of their competitors, while those who are not ready and willing will be pushed back⁵. The costs for companies to adopt AI will decrease as these AI systems become more widespread and scaled, and as they become suitable

fırsatlardan olmamak için doğru riskleri nasıl tartabileceğimiz etrafında dönmektedir. Bu konular özelinde tartışmalar dönerken öte yandan da şirketler hukukunun diğer alanlardan izole edilmiş bir akvaryum içerisinde olmadığını da altını çizmek gerekir. Bu çalışmanın ilk bölümü, şirketler hukukunu ilgilendiren hususları yapay zekâ bağlamında incelemektedir. İkinci bölüm ise yapay zekanın, kurumsal yönetim uygulamaları ve yönetim kurulu faaliyetleri üzerindeki etkisini ele almaktadır.

II. YENİ DÜNYA

Yapay zekâ, makine öğrenimi, büyük veri ve dağıtılmış defter teknolojileri iş süreçlerini geliştirmek, zaman ve maliyet verimliliği oluşturmak için giderek daha fazla kullanılıyor. Her ne kadar Big Tech² olarak adlandırılan şirketlerin durdurulamaz yükselişi sahne olsa da dünya çapında neredeyse her sektörden şirket, yapay zekâyı kucaklamaktadır³. Bu anlamda şirketlerin karar verme süreçlerinde risk yönetimlerini hızlı bilgi akışı ile sağlayabilen ve verileri otomatikleştirebilen yapay zekâ kullanımları büyük avantaj oluşturabilmektedir. Örneğin yapay zekâ sistemleri ile işverenler, işçilerinin her hareketini detaylı bir şekilde izleyebilir; iş sahipleri tedarik zincirlerinin takibini kolaylıkla sağlayabilir; ve erken uyarı sistemi sağlayan tahmine dayalı modelleme ile potansiyel operasyonel ve uyumluluk riskleri tahmin edilebilir.

Pek tabii ki, algoritmaların gücünden yararlanma konusunda erken hareket eden şirketler ile faaliyetlerinde yeniliklerden avantaj elde edip, piyasa ve uyumluluk konularında daha iyi anlayış geliştiren şirketler arasındaki nedenselliği artan karşılık açısından görmek şaşırtıcı olmayacaktır. Yapay zekâyı entegre etmeye çalışanlar çok büyük ihtimalle kurumsal yönetimlerinde maksimize edilmiş yapay zekaya sahip olacaklardır⁴. Bunun aksine teknolojik anlamda geri kalanlar bu dezavantajı yaşayacaklardır. Bilgi ve know-how eksikliği ile kalifiyeli insanlardan yoksunluk dönüştürücü teknolojik değişimi tehdit etmektedir. Dolayısıyla böylesi bir dönüşüm aslında büyük şirketlerden ziyade daha küçük ölçekli şirketleri fazlasıyla etkileyecektir. Bu da erken aşamada yol kat etmiş olanları rakiplerinin önünde konuşlanmalarına sebep olurken, hazır ve istekli olmayanları geriye itecektir⁵. Şirketlerin yapay zekâyı benimseme maliyetleri, söz konusu yapay zekâ sistemleri yaygınlaşıp ölçeklendikçe ve sipariş üzerine değil de doğrudan satışa uygun

for direct sales rather than bespoke. In any case, there will be disparities in the rate and scope of AI adoption. In other words, the business model of some companies may not be suitable for data-driven or repetitive automation processes, and the benefits of AI for such companies may be lower than for others. While it is clear that early movers in the field of AI will have an advantage, there are of course risks associated with being the first mover. Policy works and academic debate on AI will continue globally to design an appropriate form of responsibility to be attributed to AI. While the Algorithmic Liability Bill⁶ is being drafted in the US, a proportionate risk approach is being proposed in the European Union through the Artificial Intelligence Act⁷, which is being discussed to increase trust in AI. While existing responses have an impact on the interpretation and application of company law rights and obligations, many important issues that arise are beyond the scope of company law to resolve.

III. THE MEANING OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE FOR CORPORATE LAW

Amid massive technological advances, it can be tempting to break all existing rules and regulations and leap into innovation. But given the ebb and flow of society and regulation, what appears to be innovation is really nothing more than old wine in new bottles. The long-standing purpose of company law is to ensure that trade can take place healthily and easily, but there are also some key regulatory elements to protect the public's trade with companies against abuse. The effectiveness of AI can reinforce the achievement of regulatory objectives. Trust in corporate actors through transparency is an important element of accountability, and this transparency can be easily achieved through AI. Conversely, if algorithmic decision-making processes are not open, transparency will be compromised, which can be a major obstacle to accountability.

While financial technology innovation has contributed to the maturation of new financial services laws to cover previously unforeseen business models, corporate law will require some updates for AI-driven or enabled business models. This may be the case for corporate law systems based on a

hale geldikçe azalacaktır. Her halükârda yapay zekânın benimsenme oranında ve kapsamında eşitsizlikler olabilecektir. Yani bazı şirketlerin iş modeli veriye dayalı ya da birbirini tekrarlayan otomasyon süreçlerine uygun olmayabileceğinden bu tür şirketlerin yapay zekâdan elde edebilecekleri fayda diğerlerine kıyasla daha düşük olabilir. Yapay zekâ alanında erken yol kat edenlerin bir avantaja sahip olacağı açık olsa da elbette ilk hareket eden olmanın da getireceği bazı riskler olabilecektir. Yapay zekâ için politika çalışmaları ve akademik tartışmalar, yapay zekaya atfedilecek uygun bir sorumluluk şekli dizayn etme hususunda küresel çapta devam edecektir. ABD'de Algoritmik Sorumluluk Yasası⁶ taslağı oluşturulurken, Avrupa Birliği'nde yapay zekaya olan güveni arttırmak amacıyla tartışılan Yapay Zekâ Yasası⁷ aracılığıyla orantılı bir risk yaklaşımı önerilmektedir. Mevcut yanıtlar şirketler hukuku hak ve yükümlülüklerinin yorumlanması ve uygulanması üzerinde etkili olsa da ortaya çıkan birçok önemli meselenin çözülmesi şirketler hukukunun kapsamının ötesindedir.

III. ŞİRKETLER HUKUKU İÇİN YAPAY ZEKÂNIN ANLAMLI

Devasa teknolojik gelişmelerin ortasında, halihazırdaki bütün kuralları ve regülasyonları yıkarak yeniliklere doğru atılım yapmak cazip gelebilir. Ancak toplumun ve regülasyonların gelgitlerine bakıldığında yenilik olarak görülen şeyler aslında yeni işlemlerde eski şaraplardan daha fazlası değildir. Şirketler hukukunun öteden beri amacı ticaretin sağlıklı ve kolay şekilde gerçekleşmesini sağlamaktır ancak kamunun şirketlerle ticaretini suistimale karşı korumak için bazı temel düzenleyici unsurlar da bulunmaktadır. Yapay zekânın etkinliği, regülasyon amaçlarının başarıya ulaşmasını perçinleyebilecektir. Şeffaflık yoluyla şirket aktörlerine olan güven, hesap verilebilirlik açısından önemli bir unsurdur ve bu şeffaflık yapay zekâ vasıtasıyla kolaylıkla sağlanabilir. Buna karşılık, algoritmik karar alma süreçleri açık bir biçimde gerçekleşmezse şeffaflık tehlikeye düşecek ve bu da hesap verilebilirliğin sağlanması yolunda büyük bir engel teşkil edebilecektir.

Finansal teknoloji yeniliği daha önce öngörülmemiş iş modellerini kapsayacak şekilde yeni finansal hizmet yasalarının olgunlaşmasına katkı sağlasa da şirketler hukuku, yapay zekâ güdümlü veya etkin iş modelleri için bazı

DİPNOT

² Amerika Birleşik Devletleri'ndeki en büyük sermayeye sahip teknoloji şirketlerini temsil eden bir ifade. <https://companiesmarketcap.com/tech/largest-tech-companies-by-market-cap/> (accession date 20.02.2023).

³ <https://hbr.org/2015/10/how-smart-connected-products-are-transforming-companies> (erişim tarihi 20.02.2023).

⁴ Mark Fenwick/ Wulf A Kaal/ Erik P M Vermeulen, "The 'Unmediated' and 'Tech-Driven' Corporate Governance of Today's Winning Companies", New York University Journal of Law & Business, New York, 2019 p. 25.

⁵ Marija Cubric, "Drivers, Barriers and Social Considerations for AI Adoption in Business and Management: A Tertiary Study", Technology in Society, Hertfordshire, 2020, p. 62.

⁶ US, Bill HR 2231, Algorithmic Accountability Act of 2019, 116th Cong, 2019-2020.

⁷ European Commission Communication, Fostering a European Approach to Artificial Intelligence COM, 2021, s. 205 final; European Commission, Proposal for a Regulation laying down Harmonised Rules on Artificial Intelligence COM, 2021, s. 206 final. Ayrıca bkz. OECD, Principles on Artificial Intelligence adopted in the OECD Council Recommendation on Artificial Intelligence (OECD/LEGAL/0449).

PART 10

largely flexibly articulated basis of empowerment, which, while setting rules on “how” companies are governed, are largely uninterested in regulating the “why” of business, but are more concerned with facilitating business under the guise of corporate form while laying the groundwork.

A. The Concept of Corporate Governance

The concept of corporate governance, which emerged in the United States of America and then started to develop in the United Kingdom, has emerged for public joint stock companies whose shares are traded on the stock exchange⁸. Corporate bankruptcies caused by accounting frauds that violate corporate governance principles, which started in the US and then continued in European countries, have affected capital markets on a global scale. As a result, various regulations on corporate governance have been adopted one after another. Adam Smith, in his *Wealth of Nations*, which has found a great place in the academic world, said about partnership managers: “*Managers cannot be expected to take the same care in spending other people’s money as they do in spending their own. The negligence and wastefulness of managers are unavoidable in partnership management*”⁹. With this phrase, Smith underlined the ownership-control dilemma, which is one of the biggest problems of modern joint stock companies.

As a result of the lack of governance that may arise in public joint stock companies, shareholders, who are the economic owners of the company, cannot be active in the decision-making mechanisms of the company. This deficiency is compensated by the company managers who do not own shares in the company or who own a small number of shares. In this sense, in companies with a dispersed ownership structure, the managers control the company.

However, managers may violate the rights of other shareholders by making decisions that are only in line with their interests. Therefore, corporate governance is a set of rules and principles to ensure that managers in public joint stock companies also make decisions in line with the interests of other shareholders. While the scope of corporate governance initially covered only the matters required

güncellemeler gerektirecektir. Bu, şirketlerin ‘nasıl’ yönetildiğine ilişkin kurallar koyarken, diğer yandan büyük ölçüde işin ‘nedenini’ regüle etmekle ilgilenmeyen, ancak daha çok bir zemin hazırlarken kurumsal biçim kisvesi altında işi kolaylaştırmakla ilgilenen, büyük oranda esnek bir biçimde ifade edilmiş bir yetkilendirme esasına dayanan şirketler hukuku sistemleri için geçerli olabilir.

A. Kurumsal Yönetim Kavramı

Amerika Birleşik Devletleri’nde ortaya çıkan ve sonrasında İngiltere’de de gelişmeye başlayan kurumsal yönetim (*corporate governance*) kavramı; payları borsada işlem gören halka açık anonim ortaklıklara yönelik olarak ortaya çıkmıştır⁸. ABD’de başlayan ve sonrasında Avrupa ülkelerinde de devam eden kurumsal yönetim ilkelerini ihlal edecek nitelikteki muhasebe hileleri kaynaklı şirket iflasları sermaye piyasalarını küresel ölçekte etkilemiştir. Bunun sonucunda, kurumsal yönetime dair çeşitli regülasyonlar birbiri ardına kabul edilmiştir. Adam Smith, dünya çapında kendisine akademik dünyada büyük yer bulan *Ulusların Zenginliği* (*Wealth of Nations*) adlı eserinde, ortaklık yöneticileriyle ilgili olarak “*Yöneticilerden, başka kimselerin paralarını harcarlarken kendi paralarını harcarlarken gösterdikleri gibi bir özen göstermeleri beklenemez. Yöneticilerin ihmalleri ve israfları, ortaklık yönetiminde engellenemezdir.*” demiştir⁹. Smith, eserinde yer verdiği bu deyiş ile modern anonim şirketlerin en büyük problemlerinden biri olan mülkiyet-kontrol ikileminin altını çizmiştir.

Halka açık anonim şirketlerde ortaya çıkabilecek yönetim eksikliği neticesinde ortaklığın ekonomik manada sahibi olan pay sahipleri, şirketin karar alma mekanizmalarında faal olamazlar. Bu eksiklik, şirkette pay maliki olmayan ya da az miktarda paya malik olan şirket yöneticileri tarafından giderilir. Bu anlamda, mülkiyet yapısının dağınık olduğu şirketlerde, şirketin kontrolü yöneticilerdedir.

Bununla beraber yöneticiler yalnızca kendi menfaatlerine paralel kararlarla diğer pay sahiplerinin haklarını ihlal edebilirler. Dolayısıyla kurumsal yönetim, halka açık anonim şirketlerde yöneticilerin diğer pay sahiplerinin menfaatlerine uygun kararlar almalarını da sağlamaya yönelik kural ve ilkeler bütünüdür. Kurumsal yönetimin kapsamı, başlangıçta yalnızca yönetim kurulu ve ortaklık

by the board of directors and the management of the company, the scope has expanded over time in line with developments in corporate law¹⁰. The main reason for this is that it is now understood that the expected benefit of corporate governance cannot be achieved only with the rules and principles regarding the board of directors¹¹. In parallel, the current approach to corporate governance incorporates the relationship between the company’s management and board of directors, as well as shareholders and other interested parties¹². Therefore, it is very important to consider those concerned other than shareholders (company, employees, creditors, etc.) in corporate governance¹³.

B. Using Artificial Intelligence as a Manager in Corporate Governance

Various studies on artificial intelligence technologies have been carried out in many fields for a long time. In 2014, Vital¹⁴, an artificial intelligence algorithm, was appointed to the board of directors of a company in Hong Kong, bringing mind the question of whether artificial intelligence technologies can be used as managers in companies. The reason for Vital’s appointment as a board member was his ability to do due diligence, using historical data to uncover trends that people may not immediately recognize. Although Vital was appointed to the company’s board of directors, it never attained director status under Hong Kong company law, but was characterized by other directors

yönetiminin gerektirdiği hususlar iken; şirketler hukukundaki gelişmeler dahilinde zaman içinde söz konusu kapsam genişlemiştir¹⁰. Bunun temel nedeni, sadece yönetim kuruluyla ilişkin kural ve ilkelerle kurumsal yönetimden beklenen faydanın sağlanamayacağını artık anlaşılmış olmasıdır¹¹. Buna paralel olarak mevcut kurumsal yönetim yaklaşımı, şirketin yönetimi ve yönetim kurulunun yanı sıra pay sahipleri ve diğer ilgililer arasındaki ilişkileri de bünyesine dahil etmektedir¹². Dolayısıyla, kurumsal yönetimde pay sahipleri haricindeki ilgililerin de (şirket, çalışanlar, alacaklılar vs.) göz önünde bulundurulması oldukça önem arz etmektedir¹³.

B. Yapay Zekânın Kurumsal Yönetimde Yönetici Olarak Kullanılması

Yapay zekâ teknolojileri hakkında birçok alanda uzun bir zamandır süre gelen çeşitli çalışmalar yapılmaktadır. 2014 yılında Hong Kong’daki bir şirketin yönetim kurulu üyeliğine atanan yapay zekâ algoritması Vital¹⁴, şirketlerde yönetici olarak yapay zekâ teknolojilerinin kullanılıp kullanılmayacağı sorusunu akıllara getirdi. Vital’in yönetim kurulu üyesi olarak atanmasının nedeni, geçmiş verileri kullanarak insanların hemen fark edemediği eğilimleri ortaya çıkarmak için durum tespiti yapabilmesiydi. Vital her ne kadar şirketin yönetim kuruluna atansa da Hong Kong şirketler hukuku kapsamında hiçbir zaman yönetici statüsünü kazanamamıştır ancak diğer yöneticiler tarafından “gözlemci statüsüne

FOOTNOTE

8 Cafer Eminoğlu, Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, p. 3.

9 The directors of such companies, however, being the managers rather of other people’s money than of their own, it can not well be expected, that they should watch over it with the same anxious vigilance with which the partners in a copartnership frequently watch over their own”. Adam Smith, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations (1723-1790), The Liberty Classics, Indianapolis, 1981, p. 741.

10 Ali Paslı, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2004, p. 7; Mehmet Helvacı/ Necdet Uzel/ Numan Sabit Sönmez/ Ahmet Özsoy, Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, p. 227.

11 Paslı, 2004, p. 228.

12 OECD’nin G20 Bakanlar ve Merkez Bankası Başkanlarına Raporu, G20/OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri, p. 9, <http://www.tkyd.org/tr/faaliyetler-haberler-g20oecd-kurumsal-yonetim-ilkeleri.html>, (accession date 02.04.2023).

13 İsmail Kırca/ Feyzan Hayal Şehirli Çelik/ Çağlar Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, Cilt:1, BETA Yayıncılık, Ankara, 2013, p. 250-251.

14 <https://www.businessinsider.com/vital-named-to-board-2014-5> (accession date 24.02.2023).

DİPNOT

8 Cafer Eminoğlu, Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 3.

9 The directors of such companies, however, being the managers rather of other people’s money than of their own, it can not well be expected, that they should watch over it with the same anxious vigilance with which the partners in a copartnership frequently watch over their own”. Adam Smith, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations (1723-1790), The Liberty Classics, Indianapolis, 1981, s. 741.

10 Ali Paslı, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2004, s. 7; Mehmet Helvacı, Necdet Uzel, Numan Sabit Sönmez, Ahmet Özsoy, Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 227.

11 Paslı, 2004, s. 228.

12 OECD’nin G20 Bakanlar ve Merkez Bankası Başkanlarına Raporu, G20/OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri, s. 9, <http://www.tkyd.org/tr/faaliyetler-haberler-g20oecd-kurumsal-yonetim-ilkeleri.html>, (erişim tarihi 02.04.2023).

13 İsmail Kırca/ Feyzan Hayal Şehirli Çelik/ Çağlar Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, Cilt:1, BETA Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 250-251.

14 <https://www.businessinsider.com/vital-named-to-board-2014-5> (erişim tarihi 24.02.2023).

PART 10

as “a board member with observer status”. Although today’s corporate law rules do not explicitly allow any artificial intelligence entity as a person to take part in the management of a company, the fact remains that if digitalization and the development of technology continue in this way, these artificial intelligence entities will find a place for themselves by becoming managers or consulting those who are already managers in companies¹⁵. Considering the speed at which artificial intelligence performs tasks as a result of automation activities and the accuracy rate of the task fulfilled in parallel, an artificial intelligence appointed as a manager in companies will bring a professional perspective to company management and speed up operations. Since the management of the company requires managers to use their time appropriately and efficiently, algorithms may be able to use this time appropriately, accurately and efficiently. For example, the board of directors of Apple, a global company, meets only four times a year. Since executives’ time is very limited, boards of directors can delegate the day-to-day management of the company to their employees. The appointment of an AI that will always be at the service of the management staff in the company will also strengthen the control mechanism of the company’s board of directors. In addition to all the possible benefits of AI, some issues need to be clarified and resolved in order for AI to have a say in company management.

For example, since the responsibilities to be attributed to artificial intelligence in all transactions and actions that it will perform or take part in must be legally determinable, it is necessary to attribute a personality to the artificial intelligence entity. However, in today’s legal systems in the world, it is not possible to attribute a legal personality to artificial intelligent beings. Indeed, under the United Kingdom Companies Act 2006, a partnership director must be a “person”¹⁶. Similarly, according to the Australian Companies Act, the director of the partnership must be a human being and according to Article 141 of the Delaware Companies Act, the director of the partnership must be a human being.

In addition to the fact that the legal personality of artificial intelligence is controversial, who will be held liable when artificial intelligent beings violate other people’s property, personal rights, or bodily integrity by going beyond the coding that their creator

sahip bir kurul üyesi” olarak nitelendirilmiştir. Her ne kadar günümüz şirketler hukuku kuralları, bir kişi olarak açık biçimde herhangi yapay zekâlı bir varlığın şirket yönetiminde yer almasına cevaz vermese de dijitalleşme ve teknolojinin gelişiminin bu şekilde devam etmesi durumunda söz konusu yapay zekâlı varlıkların yönetici olmak ya da şirketlerde halihazırda yönetici olanlara danışmanlık yapmak suretiyle kendilerine yer bulacağı gerçeği gözler önündedir¹⁵. Yapay zekânın otomasyon faaliyetleri neticesinde görevleri yerine getirmedeki hız ve buna paralel olarak yerine getirilen görevin doğruluk oranı göz önünde bulundurulduğunda, şirketlere yönetici olarak atanan bir yapay zekâ, şirket yönetimine profesyonel bir bakış açısı kazandıracak ve işlemleri hızlandıracaktır. Şirketin yönetimi, yöneticilerin vakitlerini doğru ve verimli kullanmalarını gerektirdiğinden algoritmaların bu vakti uygun, doğru ve verimli kullanabilecekleri oldukça olasıdır. Örneğin global bir şirket olan Apple’ın yönetim kurulu yılda sadece dört kez toplanmaktadır. Yöneticilerin zamanları oldukça sınırlı olduğundan, yönetim kurulları şirketin günlük yönetiminin sağlanması konusunda çalışanlarına yönetimin yürütülmesini teslim edebilir. Şirkette yönetim kadrolarının her zaman hizmetinde olacak bir yapay zekânın atanması, şirket yönetim kurulunun denetim mekanizmasını da güçlendirebilecektir. Yapay zekânın sözünü ettiğimiz tüm olası faydaların yanı sıra şirket yönetiminde söz sahibi olabilmesi için bazı hususların açıklığa ve çözüme kavuşturulması da gereklidir.

Örneğin yapay zekânın gerçekleştireceği ya da rol alacağı tüm işlem ve eylemlerde kendisine atfedilecek sorumlulukların hukuken belirlenebilir olması gerekeceğinden yapay zekâlı varlığa öncelikle bir kişilik atfedilmesi gereklidir. Ancak günümüzde dünyadaki hukuk sistemlerinde yapay zekâlı varlıklara bir hukuki kişilik atfedilmesi söz konusu değildir. Nitekim, 2006 İngiliz Şirketler Yasası’na göre ortaklık yöneticisinin bir “kişi” olması gerekmektedir¹⁶. Benzer biçimde Avustralya Şirketler Yasası’na göre de ortaklık yöneticisinin bir insan olması gerektiği ve yine Delaware Şirketler Yasası’nın 141.maddesine göre de ortaklık yöneticisinin insan olması gerektiği belirtilmiştir.

Yapay zekânın hukuki kişiliğinin tartışmalı olmasının yanı sıra yapay zekâlı varlıkların dahil olduğu eylemlerde yaratıcısının veya tasarlayanın kendisi için biçtiği kodlamanın ötesine çıkarak veya kendisini sınırlayan güvenlik

or designer has set for them in the actions in which they are involved, or by overcoming the security protocols that limit them and making decisions independent of their creator? Similarly, assuming that the AI entity becomes a manager in the company, who will be rewarded if the company’s profitability rate rises to a very high level, or who will be held accountable if the company’s financial situation deteriorates significantly?

Articles 553 and 555 of the Turkish Commercial Code No. 6102 (“TCC”) regulate the liability of board members of joint stock companies. Accordingly, pursuant to Article 553 of the TCC, the members of the board of directors of a joint stock company are liable to the company, shareholders and company receivables in the event that they cause a loss by negligently breaching their obligations arising from the law and the articles of association. However, in our law, artificial intelligence does not have a real or legal person to whom liability can be attributed. In this case, it is clear that the artificial intelligence to be appointed as a member of the board of directors must have a legal qualification; in other words, it must be a person capable of the rights and obligations recognized by the legal system. It is unjust and unethical for an artificial intelligence entity that cannot be held legally culpable to be designated as a corporate management, to sue other managers in the event of unfavorable results generated by itself, and to be held liable for damages. Furthermore, since each board member shall be liable only to the extent

protokollerini aşarak yaratıcısından bağımsız karar alarak diğer kişilerin malvarlıklarına, kişilik haklarına ya da vücut bütünlüklerine yönelik ihaller gerçekleştirdiğinde sorumluluk kime ait olacaktır? Benzer biçimde yapay zekâlı varlığın şirkette yönetici olması varsayımında şirketin kârlılık oranının çok üst düzeye çıkması durumunda kim ödüllendirilecek ya da şirketin finansal durumunun oldukça kötüye gitmesi durumunda bunun hesabını kim verecektir?

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (“TTK”) 553. ve 555. maddelerinde anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu düzenlenmiştir. Buna göre TTK m.553 uyarınca, anonim şirket yönetim kurulu üyeleri, kanun ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlu biçimde ihlal etmeleri suretiyle bir zarara sebebiyet vermesi halinde şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklarına karşı sorumludurlar. Ancak hukukumuzda yapay zekânın sorumluluk atfedilebilecek gerçek veya tüzel bir kişiliği mevcut değildir. Şu durumda, yönetim kurulu üyeliğine atanacak yapay zekâyâ ilişkin hukuki bir yeterliliğin; diğer bir deyişle, hukuk sisteminin kabul ettiği hak ve yükümlülüklerle ehil bir kişiliğin olması gerektiği açıktır. Hukuken sorumlu tutulamayacak bir yapay zekâlı varlığın, bir şirkete yönetici olarak atanması halinde kendisinin sebep olduğu olumsuz neticeler halinde diğer yöneticilere dava açılması ve zararlardan sorumlu tutulması haksız ve kabul edilemezdir. Ayrıca, farklılaştırılmış teselsül ilkesi gereğince her bir yönetim kurulu üyesi ancak kusuru ölçüsünde sorumlu olduğundan, yönetim



FOOTNOTE

¹⁵ Michael Hilb, “Toward An Integrated Framework For Governance Of Digitalization”, Haupt, Bern, 2017, p. 11.

¹⁶ “In the Companies Acts “director” includes any person occupying the position of director, by whatever name called.” < <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/250> > (accession date 03.04.2023).

DİPNOT

¹⁵ Michael Hilb, “Toward An Integrated Framework For Governance Of Digitalization”, Haupt, Bern, 2017, s. 11.

¹⁶ “In the Companies Acts “director” includes any person occupying the position of director, by whatever name called.” < <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/250> > (erişim tarihi 03.04.2023).

PART 10

of his/her fault pursuant to the principle of differentiated succession, in the event that there is an artificial intelligence entity in the board of directors, malicious persons may take advantage of the loopholes in the law and create companies where there is no responsible person.

In the context of the TCC, it is possible to find a solution to the liability issue in question. As a matter of fact, pursuant to Article 361 of the TCC, "If the damage that the members of the board of directors may cause to the company due to their faults while performing their duties is insured for an amount exceeding twenty-five percent of the company's capital and the company is thus secured, this matter shall be announced in the bulletin of the Capital Markets Board for publicly traded companies and also in the bulletin of the stock exchange if the shares are traded on the stock exchange and shall be taken into consideration in the assessment of compliance with corporate governance principles". Therefore, since it is possible to provide professional liability insurance to the members of the board of directors of joint stock companies, a theoretical approach can be obtained in this way to the issue of who will be responsible for the damages that may arise after the appointment of the artificial intelligence entity as a manager. The aim of this professional liability insurance is to provide a more transparent company profile by increasing the company's credibility towards its investors and third parties.

However, it should be noted that this right introduced by Article 361 of the TCC is an

kurulunda yapay zekâli varlığın bulunması halinde bu durumdan kötü niyetli kimseler yasadaki boşluklardan yararlanarak sorumlunun bulunmadığı şirketler oluşturabilirler.

TTK bağlamında söz konusu sorumluluk hususuna ilişkin bir çözüm yolu bulunabilmesi olasıdır. Nitekim TTK m.361'e göre, "Yönetim kurulu üyelerinin, görevlerini yaparken kusurlarıyla şirkete verebilecekleri zarar, şirket sermayesinin yüzde yirmibeşini aşan bir bedelle sigorta ettirilmiş ve bu suretle şirket teminat altına alınmışsa, bu husus halka açık şirketlerde Sermaye Piyasası Kurulunun ve ayrıca pay senetleri borsada işlem görüyorsa borsanın bülteninde duyurulur ve kurumsal yönetim ilkelerine uygunluk değerlendirmesinde dikkate alınır." Dolayısıyla anonim şirketlerde şirket yönetim kurulu üyelerine mesleki sorumluluk sigortası yapılabilmesi mümkün olduğundan yapay zekâli varlığın yönetici olarak atanmasının ardından ortaya çıkabilecek zararlardan kimin sorumlu olacağı hususunda teorik olarak çözümsel bir yaklaşım böylelikle elde edilebilir. Söz konusu mesleki sorumluluk sigortası ile amaçlanan husus, şirketin yatırımcılarına ve üçüncü kişilere karşı güvenilirliğini arttırarak daha şeffaf bir şirket profili sağlamaktır.

Ancak belirtilmelidir ki TTK m.361 ile getirilen bu hak, zorunlu değil isteğe bağlı bir hak ve kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere bu sigorta ülkemizde sıkça uygulanmamaktadır¹⁷. Bunun temel nedeni yönetim kurulu üyelerinin eylemlerinin ortaya çıkacağı zararların öngörülemez büyüklükte ve nitelikte olabileceği düşüncesiyle yerli

optional right, not a mandatory right, and as stated in the justification of the law, this insurance is not frequently practiced in our country¹⁷. The main reason for this is the unwillingness of local insurance companies to assume such a risk, considering that the damages caused by the actions of board members may be of unforeseeable magnitude and nature. Although not in widespread use at the moment, the existence of such a norm in the law can be considered an advantage for Turkish commercial law as the artificial intelligence debates flare up.

C. Potential Problems of Using Artificial Intelligence as a Manager in Corporate Governance

Let's imagine an ideal world in which the board of directors makes the right, fast and professional decisions in the company's business and operation and decision-making processes if the AI entity is appointed as a manager of the company. In such a world, company management may even become increasingly lazy. Board members may be directly influenced by the AI entity's super-human qualities, believing that any decision it may make is correct and feasible¹⁸. In this case, the responsibility will be solely on the AI entity, which may lead to very shallow and dangerous approaches from the perspective of liability law. Indeed, this gap paves the way for a paradox of accountability between natural person managers and company management if the AI entity cannot be held responsible for its actions¹⁹.

Corporate law rules are by their very nature designed for human beings and contain normative statements regarding this. In this context, boards of directors' function as the brain of a company, and decisions regarding the management of the company should be made as rationally as possible and risks should be managed correctly. Nevertheless, the company management is under the obligation to act in good faith and within the limits recognized by the law while subjecting these decisions to a certain risk management process. At the same time, such risk assessments may also require acting with a conscientious motive. However, it would not be realistic to expect this from an artificially intelligent being, because it would not be appropriate to expect a being that is coded by its very nature to make rational decisions as quickly as possible to act according to spiri-

sigorta şirketlerinin böylesi bir rizikoyu üstlenmek istememeleridir. Her ne kadar şu an için yaygın bir kullanım olmasa da kanunda böylesi bir normun varlığı, yapay zekâ tartışmaları alevlendikçe Türk ticaret hukuku açısından bir avantaj olduğu düşünülebilir.

C. Yapay Zekânın Kurumsal Yönetimde Yönetici Olarak Kullanılmasının Ortaya Çıkabilecek Olası Sorunlar

Yapay zekâli varlığın şirkete yönetici olarak atanması halinde şirket iş ve işleyişi ile karar alma süreçlerinde doğru, hızlı ve profesyonel kararların yönetim kurulunca alınmasını sağlayan ideal bir dünya hayal edelim. Böylesi bir dünyada şirket yönetimlerinde giderek tembelleşme dahi gerçekleşebilir. Yönetim kurulu üyeleri, yapay zekâli varlığın alabileceği her kararın doğru ve uygulanabilir olduğu düşüncesiyle insan üstü nitelikleri haiz olduğundan doğrudan onun görüşlerine kapılabilirler¹⁸. Bu halde sorumluluk da yalnızca yapay zekâli varlıkta olacak ve bu da sorumluluk hukuku perspektifinden oldukça sığ ve tehlikeli yaklaşımları beraberinde getirebilecektir. Nitekim bu boşluk, yapay zekâli varlığın eylemlerinden sorumlu tutulmaması halinde gerçek kişi yöneticiler ile şirket yönetimi arasında bir hesap verilebilirlik paradoksu oluşmasına zemin hazırlamaktadır¹⁹.

Şirketler hukuku kuralları doğası gereği insanlar için hazırlanmış olup buna ilişkin normatif ifadeler içermektedir. Bu bağlamda yönetim kurulları bir şirket için adeta bir beyin işlevi görmekte olup şirket yönetimine ilişkin hususlarda olabildiğince mantıklı kararlar alınmalı ve riskler doğru yönetilmelidir. Bununla beraber, şirket yönetimi söz konusu kararları belirli bir risk yönetiminden geçirirken kanunun tanıdığı sınırlar dahilinde ve iyi niyetle hareket etme yükümlülüğü altındadır. Aynı zamanda söz konusu risk değerlendirmeleri vicdani güdü ile davranmayı da gerektirebilir. Ancak yapay zekâli varlıktan bunu beklemek pek gerçekçi olmayacaktır çünkü fitratı gereği yalnızca rasyonel kararları olabildiğince hızlı bir şekilde almak uğruna kodlanan bir varlıktan manevi esaslara göre hareket etmesini beklemek uygun olmayacaktır.

FOOTNOTE

¹⁷ Justification of the Turkish Commercial Code No. 6102 published in the Official Gazette dated 14/2/2011 and numbered 27846.

¹⁸ Anat Alon-Beck, "Artificial Intelligence In The Corporate Boardroom", Forbes, 2021. <https://www.forbes.com/sites/anatonbeck/2021/02/08/artificial-intelligence-in-the-corporate-boardroom/?sh=5448cbd75a7a> (accession date 06.04.2023).

¹⁹ Sergio Alberto Gramitto Ricci, "Artificial Agents In Corporate Boardrooms", Cornell Law Review, Vol. 105, No. 3, New York, 2020, p. 873.



DİPNOT

¹⁷ 14/2/2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Gereği.

¹⁸ Anat Alon-Beck, "Artificial Intelligence In The Corporate Boardroom", Forbes, 2021. <https://www.forbes.com/sites/anatonbeck/2021/02/08/artificial-intelligence-in-the-corporate-boardroom/?sh=5448cbd75a7a> (erişim tarihi 06.04.2023).

¹⁹ Sergio Alberto Gramitto Ricci, "Artificial Agents In Corporate Boardrooms", Cornell Law Review, Vol. 105, No. 3, New York, 2020, s. 873.

PART 10

tual principles. In fact, it is still unclear whether, even in the event that the artificial intelligent being evolves and gains a conscience, this will create rights losses such as exploitation or abuse for stakeholders and those concerned. Therefore, such uncertainties may constitute a significant problem as they may not be compatible with the corporate governance understanding of companies.

D. Opinions on Determining the Legal Liability of Artificial Intelligence

Today, in Turkish Law, the principle of limited liability prevails in joint stock companies. The liability of the members of the board of directors is regulated as fault-based liability. Can the notions we use to assign credit to board members, however, be applied to artificial intelligence? This question brings us to the discussion of strict liability.

The legal liability of artificial intelligence is accepted as a strict liability in the doctrine²⁰. This idea is based on the liability of the slave owner in Roman Law. Liability without fault is generally classified in the law as equitable liability, duty of care and hazard liability. Duty of care: The legislator imagined this faultless liability in order to prevent damage to the property or personal assets of others, due to the fact that certain persons violate the objective duty of care and supervision in the legal framework, even if they are not at fault in the losses caused by others. In Turkish law; the liability of the employer of labour, the liability of the owner of animals, and the liability of the owner of the building can be counted.

We can start examining artificial intelligence as an auxiliary person and examine it in terms of the strict liability of the employer²¹. This type of liability is regulated under Article 66 of the Turkish Code of Obligations No. 6098 ("TCO") and an employment relationship is required. In addition, we are again confronted with the obstacle of "being a person". In terms of the liability of the employer, artificial intelligence is considered as a worker. "According to one opinion, there is no regulation that stipulates or obliges the use of the term "employee" only for human beings; as such, the term "employee" in Art. 66 of the TCO can be interpreted broadly and robots with artificial intelligence can be included"²². It can be said that this view is an exceptional view. According to the majority opinion in the

caktır. Öyle ki, yapay zekâlı varlığın evrim geçirerek vicdan kazanması durumunda dahi bu durumun menfaat sahipleri ve ilgililer nezdinde sömürü ya da istismar gibi hak kayıpları yaratıp yaratmayacağı hususu hala belirsizdir. Dolayısıyla bu tür belirsizlikler şirketlerin kurumsal yönetim anlayışı ile bağdaşamayacağından önemli bir problem teşkil edebilecektir.

D. Yapay Zekânın Hukuki Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Görüşler

Günümüzde Türk Hukukunda anonim şirketlerde sınırlı sorumluluk ilkesi hakimdir. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ise kusura dayalı sorumluluk olarak düzenlenmektedir. Ancak yönetim kurulu üyelerine kusur atfetmekte kullandığımız kavramlar yapay zekâyâ uygulanabilir mi? İşte bu soru karşımıza kusursuz sorumluluk tartışmasını çıkartmaktadır.

Yapay zekânın hukuki sorumluluğu, doktrinde kusursuz sorumluluk olarak kabul edilmiştir²⁰. Bu fikir Roma Hukukundaki köle sahibinin sorumluluğundan yola çıkarak kurgulanmıştır. Kusursuz sorumluluk, kanunda genel olarak hakkaniyet sorumluluğu, özen sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu şeklinde tasnif edilmiştir. Özen sorumluluğu: Kanun koyucu, başkalarının mal veya şahıs varlıklarının zarar görmemesi amacıyla, bazı kişilerin meydana getirdiği zararlarda kusurlu olmasalar dahi yasal düzenlemede yer alan objektif özen ve gözetim yükümlülüğünü ihlal etmeleri sebebiyle bu kusursuz sorumluluk halini öngörmüştür. Türk hukukunda; adam çalıştırmanın sorumluluğu, hayvan bulunduranın sorumluluğu, yapı malikinin sorumluluğu olarak sayılabilir.

Yapay zekânın yardımcı kişi gözüyle bakıp adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğu yönünden incelemeye başlayabiliriz²¹. Bu sorumluluk türü 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ("TBK") m.66'da düzenlenmiş olup çalışma ilişkisi aranmaktadır. Ayrıca karşımıza yine 'kişi olma' engeli çıkmaktadır. Adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından yapay zekânın işçi gibi düşünülmesi söz konusudur. "Bir görüşe göre; çalışan, ifadesinin günümüzde sadece insan için kullanılmasını öngören ya da zorunlu kılan bir düzenleme mevcut değildir; bu haliyle TBK m. 66 içerisinde geçen 'çalışan' ifadesi geniş yorumlanarak, yapay zekâ sahibi robotlar da dahil edilebilecektir"²². Bu görüşün istisnai bir görüş oldu-

doctrin; it is stated that the cases of strict liability such as the liability of the employer cannot be applied to artificial intelligence²³.

Within the scope of the liability of the animal keeper, according to one opinion, the buyer rather than the producer should be held liable²⁴. But AIs, unlike animals, can understand the consequences of their behaviour and act with the intent to harm. In this respect, it is not reasonable to characterize the responsibility of artificial intelligence as the responsibility of the animal keeper.

"Today, there is a tendency to hold the producer responsible for the damages caused by artificial intelligence"²⁵. The manufacturer's liability can be characterized as hazard liability pursuant to Article 71 of the TCO²⁶.

Another type of liability that comes to the fore at this point is the producer's liability. First of all, it should be evaluated whether artificial intelligence is a product or a service. Various opinions have been put forward in the doctrine on this issue. There are authors who argue that AI is both a product and a service, that it is only a product or only a service, and that it can vary according to the type of AI. However, it is widely accepted in the doctrine that artificial intelligence is a product within the meaning of Article 2 of the European Council Directive numbered 85/374 on the Liability of the Producer. Artificial intelligence can be patented if it meets the criteria of novelty, exceeding the state of the art, and industrial applicability.



ğu söylenebilir. Doktrinde çoğunluk görüşüne göre; istihdam edenin sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluk hallerinin yapay zekâyâ uygulanamayacağı belirtilmiştir²³.

Hayvan bulunduranın sorumluluğu kapsamında, bir görüşe göre, üreticiden ziyade alıcının sorumlu tutulması gerektiği belirtilmiştir²⁴. Ancak yapay zekâlar, hayvanların aksine, davranışlarının sonucunu anlayabilir ve zarar verme kastıyla hareket edebilir. Bu açıdan yapay zekânın sorumluluğunu, hayvan bulunduranın sorumluluğu gibi bir sorumluluk olarak nitelendirmek makul değildir.

"Günümüzde de yapay zekânın sebep olduğu zararlardan ötürü üreticinin sorumlu tutulması yönünde bir eğilim gözlemlenmektedir"²⁵. Üreticinin sorumluluğu TBK m.71 gereği tehlike sorumluluğu olarak nitelendirilebilir²⁶.

Bu noktada gündeme gelen bir diğer sorumluluk türü ise üreticinin sorumluluğudur. Öncelikle yapay zekânın bir ürün mü yoksa bir hizmet mi olduğu değerlendirilmesi yapılmalıdır. Bu konuda doktrinde çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Yapay zekânın hem ürün hem hizmet olduğu, sadece ürün veya sadece hizmet olduğu ve yapay zekânın türüne göre değişiklik gösterebileceğini savunan yazarlar olmuştur. Bununla birlikte doktrinde yapay zekânın 85/374 sayılı Üreticinin Sorumluluğuna İlişkin Avrupa Konseyi Direktifi m.2 bağlamında bir ürün olduğu ağırlıklı bir şekilde kabul görmektedir. Yapay zekâ; yenilik, teknolojinin bilinen durumunun aşılması, sanayiye uygulanabilirlik kriterlerini sağlıyorsa yapay zekâyâ patent alınabilir.

FOOTNOTE

20 Onur Sarı, "Yapay Zekânın Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluk", Sarı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart-Nisan 2020, No: 147, p. 266.

21 Başak Bak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Bak, Temmuz 2018, No: 35, p. 222.

22 Atakan Âdem Selanik, "Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Kapsamında Yapay Zekâ Robotun Sorumluluğu ve Sigortalıması Hususunun Değerlendirilmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan 2022, No: 50, p. 335.

23 Sinan Sami Akkurt, "Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", Sayıştay Dergisi, Ankara, 2019, No: 13, p. 48.

24 Sarı, by transfer from p. 90, Sam N. Lehman/ Wilzig, "Frankenstein unbound: towards a legal definition of artificial intelligence", p. 448.

25 Sarı, p. 275.

26 Bak, p. 222.

DİPNOT

20 Onur Sarı, "Yapay Zekânın Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluk", Sarı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart-Nisan 2020, S.147, s. 266.

21 Başak Bak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Bak, Temmuz 2018, S. 35, s. 222

22 Atakan Âdem Selanik, "Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Kapsamında Yapay Zekâ Robotun Sorumluluğu ve Sigortalıması Hususunun Değerlendirilmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan 2022, S.50, s. 335.

23 Sinan Sami Akkurt, "Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", Sayıştay Dergisi, Ankara, 2019, Sayı:13, s. 48.

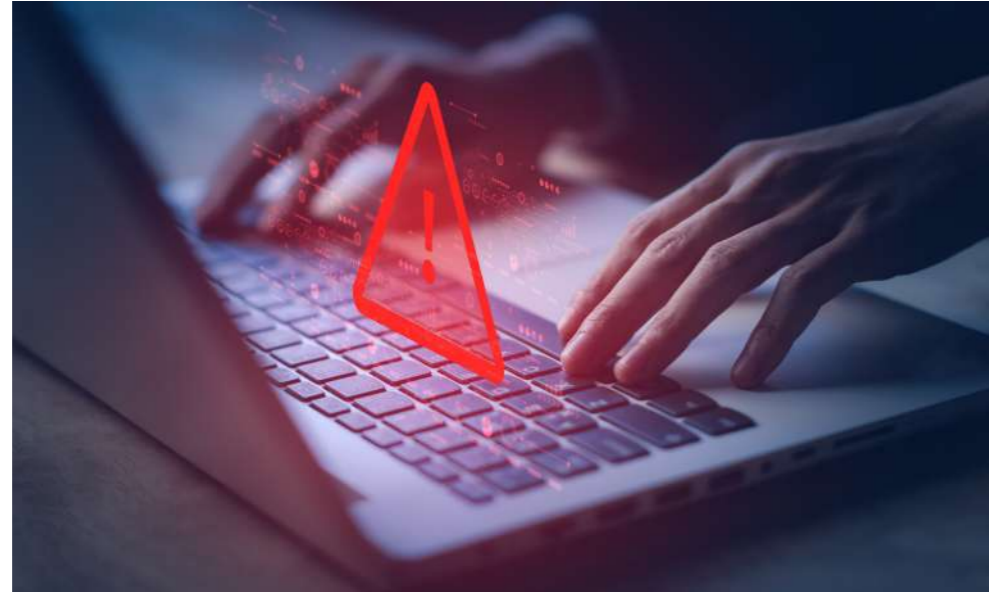
24 Sarı, s. 90'dan naklen, Sam N. Lehman - Wilzig, "Frankenstein unbound: towards a legal definition of artificial intelligence", s. 448.

25 Sarı, s. 275.

26 Bak, s. 222.

PART 10

Hazard liability has come to the fore due to the inadequacy of the types of strict liability mentioned above. Hazard liability is regulated under Article 71 of the TCO and the damage must be caused by a business activity that poses a significant danger. Again, in this type of liability, which seems applicable at first glance, the "damage" mentioned in the article should be "the typical damage caused by the typical danger phenomenon" as mentioned in the preamble of the article. In order to be a "significantly endangered enterprise", it must meet the conditions listed in Article 71/2 of the TCO and the conditions must be met. This renders the provision inadequate in the face of the breadth of application issues of artificial intelligence.



Yukarıda bahsettiğimiz kusursuz sorumluluk türlerinin yetersiz kalması sebebiyle tehlike sorumluluğu gündeme gelmiştir. Tehlike sorumluluğu TBK m. 71'de düzenlenmiş olup zarara önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme faaliyeti sebebiyet vermiş olmalıdır. Yine ilk bakışta uygulanabilir görünen bu sorumluluk tipinde, maddede belirtilen "zarar" ibaresi madde gerekçesinde bahsedildiği üzere "tipik tehlike olgusunun doğurduğu tipik zarar" olmalıdır. "Önemli ölçüde tehlike arz eden işletme" olabilmesi için ise TBK m. 71/2' de sayılan koşulları sağlaması gerekmektedir ve koşulların sağlanması gerekmektedir. Bu da yapay zekânın uygulama konularının genişliği karşısında hükmü yetersiz kılmaktadır.

type of strict liability. The person who harms another person with dangerous activities is liable even if he/ she has no fault in the occurrence of this damage. In cases of hazard liability, the only way to avoid liability is to sever the causal link.

"Another important and innovative view on how the legal status of artificial intelligence can be shaped is to recognize artificial intelligence in a company-like status and give it legal personality"²⁷. "The basic idea behind this idea is that artificial intelligence does not have the characteristics of a real person. For epistemological and ontological reasons, it does not seem possible for artificial intelligence, or more precisely for something other than a human being, to be a real person"²⁸. For this reason, the idea of legal personality is one of the reasonable ideas put forward. In addition, Turkish Law also allows legal entities to participate in the management of companies. However, it can be said that this view has not found many supporters due to the fact that the scope of rights and obligations is not fully defined and is open to abuse.

As a result, it is clear that there is a need for regulations that allow the board of directors to be held strictly liable for legal liability. In this respect, a compulsory insurance scheme should be adopted, as recommended by the European Parliament. First of all, when AI is involved in company management, managers at all levels will need to adapt to the world of intelligent machines. Of course, it seems unlikely that artificial intelligence, which operates only on the basis of data processing processes, can reach human judgment in processes that require emotional intelligence²⁹. At this point, although it is not possible to predict how the decision-making processes will progress in a board of directors where constructions and artificial intelligence coexist, it can be said that humans may participate in the decision of artificial intelligence by avoiding responsibility in the face of the data processing power of artificial intelligence. This may cause the company to run solely on data processing. At this point, the reliability of the data processed by artificial intelligence can also be questioned. For example, in the past, among the first concepts that Microsoft's artificial intelligence learned were racist rhetoric, profanity, genocide supporters and Nazi sympathizers. This example shows us that having an AI that learns by processing the wrong data can pose many dangers.

sorumluluk türüdür. Tehlikeli faaliyetler ile başkasına zarar veren, bu zararın oluşmasında kusuru olmasa bile sorumludur. Tehlike sorumluluğu hallerinde sorumluluktan kurtulmanın tek yolu illiyet bağının kesilmesidir.

"Yapay zekânın hukuki statüsünün nasıl şekillendirilebileceğine ilişkin bir diğer önemli ve yenilikçi görüş ise yapay zekânın şirket benzeri bir statüde kabul edilerek ona tüzel kişilik verilmesidir"²⁷. "Bu fikrin oluşmasındaki temel düşünce, öncelikle yapay zekânın gerçek kişi olma özelliklerini taşıyor olmasıdır. Yapay zekânın daha da doğrusu insan dışındaki bir şeyin gerçek kişi olması epistemolojik ve ontolojik sebeplerle mümkün görünmemektedir"²⁸. Bu sebeple tüzel kişilik fikri ortaya konmuş makul fikirlerden biridir. Ayrıca Türk Hukukunda da tüzel kişilerin şirket yönetiminde bulunmasına olanak tanınmıştır. Ancak bu görüşün de hak ve yükümlülüklerine ilişkin kapsamının tam belirlenemiyor olması ve kötüye kullanımının açık olması sebebiyle çok fazla taraftar bulamadığı söylenebilir.

Sonuç olarak yönetim kurulunun hukuki sorumluluğa ilişkin kusursuz sorumluluğa gidilebilmesine imkân tanıyan düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu açıktır. Bu doğrultuda Avrupa Parlamentosu'nun da tavsiye ettiği gibi bir zorunlu sigorta uygulaması benimsenmelidir. Her şeyden önce, yapay zekâ şirket yönetiminde yer aldığı anda, her seviyeden yöneticinin akıllı makinelerin dünyasına adapte olması gerekecektir. Tabii yalnızca veri işleme süreçlerine dayalı olarak işleyen yapay zekânın, duygusal zekâ gerektiren işlemlerde insan muhakemesine erişebilmesi ise mümkün görünmemektedir²⁹. Bu noktada insanların ve yapay zekânın birlikte bulunduğu bir yönetim kurulunda karar alma süreçlerinin nasıl ilerleyeceğinin şu anda öngörülmesi mümkün olmamakla birlikte, yapay zekânın veri işleme gücü karşısında insanların sorumluluktan kaçınarak yapay zekânın kararına katılabileceği söylenebilir. Bu da şirketin yalnızca veri işleme üzerinden yürütmesine sebebiyet verebilir. Bu noktada yapay zekânın işlediği verilerin güvenilirliği de tartışılabilir. Örneğin geçmişte Microsoft'un geliştirmiş olduğu yapay zekânın ilk öğrenmiş olduğu kavramlar arasında ırkçı söylemler, sinkaflı küfürler, soykırım destekçiliği ve Nazi sempatanlığı bulunmaktaydı. Bu örnek bize göstermektedir ki yanlış veri işleyerek öğrenen bir yapay zekânın şirket yönetiminde bulunması pek çok tehlike doğurabilir.

FOOTNOTE

27 Meltem Karatepe Kaya, "Yapay Zekânın Şirket Yönetimine Olası Katkılarının Türk Şirketler Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi ve Yapay Zekânın Hukuki Statüsünün Belirlenmesinde Şirketler Hukukundan Çıkarılabilecek Dersler", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, No.3, by transfer from p. 85, Mihailis Diamantis, Algorithms Acting Badly: A Solution from Corporate Law, p. 10.

28 Bak, p. 219.

29 Harun Eryiğit, "Güncel Tartışmalar Işığında Yapay Zeka ve A.Ş. Yönetim Kurullarının Yeniden Şekillendirilmesi", Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı, 2021, by transfer from p. 117, Petrin, p. 987-990.

One of the most recent opinions on the legal liability of artificial intelligence is the European Parliament's Recommendation of February 16, 2017 on Civil Law Rules on Robotics. It can be said that the decision proposes to give artificial intelligence "an electronic personality" and tries to impose a kind of strict liability. Again, the prominent opinion in this decision is that the responsibility should not be imposed on the robot, but on the person responsible for training and learning the robot. As a result, although the European Parliament recommended granting electronic personalities to robots, it did not recommend that these personalities be recognized as a subject of liability. The type of strict liability proposed here is the aforementioned hazard liability. Danger liability is the most severe

Yapay zekânın hukuki sorumluluğu kapsamında en güncel görüşlerden biri Avrupa Parlamentosu'nun yayınladığı 16 Şubat 2017 tarihli Robotik Hakkında Medeni Hukuk Kurallarına İlişkin Tavsiye Kararı'dır. Kararda yapay zekaya 'elektronik kişilik' verilmesi önerilip bir tür kusursuz sorumluluk yükletilmeye çalışıldığı söylenebilir. Yine bu kararda öne çıkan görüş; sorumluluğun robotta değil, robotu eğitiminden ve öğrenmesinden sorumlu kişiye yükletilmesi gerektiğidir. Sonuç olarak Avrupa Parlamentosu, her ne kadar robotlara elektronik kişilik tanınmasını tavsiye etse de bu kişiliklerin bir sorumluluk süjesi olarak tanınmasını tavsiye etmemiştir. Burada önerilen kusursuz sorumluluk türü ise yukarıda bahsettiğimiz tehlike sorumluluğudur. Tehlike sorumluluğu en ağır kusursuz

DİPNOT

27 Meltem Karatepe Kaya, "Yapay Zekânın Şirket Yönetimine Olası Katkılarının Türk Şirketler Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi ve Yapay Zekânın Hukuki Statüsünün Belirlenmesinde Şirketler Hukukundan Çıkarılabilecek Dersler", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, S. 3 s. 85' den naklen, Mihailis Diamantis, Algorithms Acting Badly: A Solution from Corporate Law, s. 10.

28 Bak, s. 219.

29 Harun Eryiğit, "Güncel Tartışmalar Işığında Yapay Zeka ve A.Ş. Yönetim Kurullarının Yeniden Şekillendirilmesi", Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı, 2021, s. 117' den naklen Petrin, s. 987-990.

PART 10

IV. CONCLUSION

Companies are the biggest actors in a country's economic activity. As the profitability and productivity of the companies in the country increase, the economy of the country will grow in parallel. Due to the direct impact of companies on the national economy, adherence to corporate governance principles and rules is essential for the continuity of their activities. This requires a transparent, fair, honest and accountable corporate governance approach. As a matter of fact, Turkish commercial law supports the progress of commercial life predictably with the specified qualities through legislation prepared in consideration of these needs and requirements. With the aforementioned requirements and corporate governance principles, existing shareholders and investors will continue their investments and activities in an environment of trust, which will directly contribute to the efficiency of the company.

While operating in financial markets, companies strive to comply with their obligations and aim to maximize their profitability. For this purpose, artificial intelligence technologies are likely to be utilized to the extent possible and legal regulations allow. Throughout our study, we have emphasized the contribution of artificial intelligence to corporate management and thus to the economy, but we have also pointed out that there are many dangers behind it, so it can be easily stated that there is still a long way to go in the legal world regarding the liability for the actions of artificial intelligent beings. At this point, as with all technological breakthroughs and industrial revolutions, the law should neither be too conservative and exclusionary and rigidly regulated, nor too fanciful and mischaracterized responsibilities.

As a result, while the need for the law to provide a framework for the reflection of technological developments on society is undeniable, the existence of strict regulations that block these developments may also harm economic dynamics. Accordingly, policymakers, experts, technical staff, academics and lawyers should find ways to properly realize the purpose of the law by following the right roadmap.

IV. SONUÇ

Bir ülkenin ekonomik hareketliliğinin en büyük aktörleri şirketlerdir. Ülkedeki şirketlerin kârlılıkları ve ekonomiye sağladıkları verimlilik arttıkça ülke ekonomisi de buna paralel olarak büyüyecektir. Şirketlerin ülke ekonomisine doğrudan sağladığı bu etki sebebiyle faaliyetlerinin devamlılığı için kurumsal yönetim ilkelerine ve kurallarına bağlılık elzemdir. Bu da şeffaf, adil, dürüst ve hesap verir bir kurumsal yönetim anlayışını gerektirir. Nitekim Türk Ticaret Hukuku, bu ihtiyaç ve gereklilikleri göz önünde bulundurularak hazırlanmış mevzuatlar ile ticari hayatın belirlenen nitelikler ile öngörülebilir şekilde ilerlemesini desteklemektedir. Çünkü söz konusu gereklilikler ve kurumsal yönetim ilkeleri ile mevcut pay sahipleri ve yatırımcılar güven ortamı içerisinde yatırımlarına, faaliyetlerine devam edecek; bu da şirketin verimliliğine doğrudan katkı sağlayacaktır.

Şirketler finansal piyasalarda faaliyet gösterirken yükümlülüklerine uygun davranma çabasıyla hareket etmekte ve bununla beraber kârlılıklarını en üst noktaya taşımaya amaçlamaktadırlar. Bunun için de yapay zekâ teknolojilerinden imkân olduğu ve yasal mevzuatlar el verdiği ölçüde yararlanılması muhtemeldir. Çalışmamız boyunca her ne kadar yapay zekânın şirket yönetimine ve dolayısıyla ekonomiye katkısına vurgular yapsak da ardında pek çok tehlikeyi barındırdığını da işaret ettiğimizden yapay zekâ varlıkların eylemlerinin sorumluluğuna ilişkin hukuk aleminde kat edilecek epey bir yolun var olduğu rahatlıkla ifade edilebilir. Bu noktada tüm teknolojik atılımlar ve endüstriyel devrimlerle karşılaştığı gibi hukuk, ne oldukça muhafazakâr kalarak dışlayıcı bir tavır ve katı regülasyonlar çizmeli ne de oldukça hayalperest yaklaşarak sorumlulukların yanlış sınıflandırılmasına mahal vermeli.

Sonuç olarak, teknolojik gelişmelerin topluma yansımalarında hukukun bir çerçeve çizme ihtiyacı yadsınamaz olmakla birlikte bu gelişmelerin önünü tıkayacak şekilde katı regülasyonların varlığı ekonomik dinamiklere de zarar verebilecektir. Bu doğrultuda, politika yapıcılar, uzmanlar, teknik kadrolar, akademisyenler ve hukukçular doğru bir yol haritası izleyerek hukukun amacını münasip bir şekilde gerçekleştirmenin yollarını bulmalılar.

BIBLIOGRAPHY

- ADAM SMITH, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations (1723-1790), The Liberty Classics, Indianapolis, 1981.
- ALİ PASLI, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2.Baskı, İstanbul, 2004.
- ANAT ALON-BECK, "Artificial Intelligence in The Corporate Boardroom", Forbes, 2021.
- ATAKAN ÂDEM SELANİK, "Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Kapsamında Yapay Zekâ Robotun Sorumluluğu ve Sigortalanması Hususunun Değerlendirilmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan 2022.
- BAŞAK BAK, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Temmuz 2018.
- CAFER EMİNOĞLU, Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- HARUN ERYİĞİT, "Güncel Tartışmalar Işığında Yapay Zeka ve A.Ş. Yönetim Kurullarının Yeniden Şekillendirilmesi", Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı, 2021.
- İSMAİL KIRCA/ FEYZAN HAYAL ŞEHİRALİ ÇELİK/ ÇAĞLAR MANAVGAT, Anonim Şirketler Hukuku, Cilt:1, BETA Yayıncılık, Ankara, 2013.
- M. HALİT KORKUSUZ, "Tehlike Sorumluluğunun Hukukumuzdaki Yeri", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15-16, No: 22-23-24-25, Year: 2010-2011.
- MARIJA CUBRIC, "Drivers, Barriers and Social Considerations for AI Adoption in Business and Management: A Tertiary Study", Technology in Society, Hertfordshire, 2020.
- MARK FENWICK/ WULF A KAAL/ ERIK P M VERMEULEN, "The 'Unmediated' and 'Tech-Driven' Corporate Governance of Today's Winning Companies", New York University Journal of Law & Business, New York, 2019.
- MELTEM KARATEPE KAYA, "Yapay Zekânın Şirket Yönetimine Olası Katkılarının Türk Şirketler Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi ve Yapay Zekânın Hukuki Statüsünün Belirlenmesinde Şirketler Hukukundan Çıkarılabilecek Dersler", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021.
- MICHAEL HILB, "Toward An Integrated Framework For Governance Of Digitalization", Haupt, Bern, 2017.
- ONUR SARI, "Yapay Zekânın Neden Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluk", TBB Dergisi, Mart-Nisan 2020
- SERGIO ALBERTO GRAMITTO RICCI, "Artificial Agents in Corporate Boardrooms", Cornell Law Review, Vol. 105, No: 3, New York, 2020.
- SİNAN SAMİ AKKURT, "Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", Sayıştay Dergisi, Ankara, No: 13, 2019.
- SİNAN SAMİ AKKURT, "Avrupa Parlamentosu'nun 'Robotik Hakkında Medeni Hukuk Kurallarına İlişkin 16 Şubat 2017 Tarihli Tavsiye Kararı'nın Genel Bir Tahliili Ve Yasalaştırma Öngörülerini", 2019.
- TIM FOUNTAINE/ BRIAN MCCARTHY/ TAMİM SALEH, "Getting AI to Scale" <https://hbr.org/2021/05/getting-ai-to-scale> (accession date 20.02.2023).
- UK Companies Act 2006 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/250> (accession date 03.04.2023).

KAYNAKÇA

- ADAM SMITH, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations (1723-1790), The Liberty Classics, Indianapolis, 1981.
- ALİ PASLI, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2.Baskı, İstanbul, 2004.
- ANAT ALON-BECK, "Artificial Intelligence In The Corporate Boardroom", Forbes, 2021.
- ATAKAN ÂDEM SELANİK, "Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Kapsamında Yapay Zekâ Robotun Sorumluluğu ve Sigortalanması Hususunun Değerlendirilmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan 2022.
- BAŞAK BAK, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Temmuz 2018.
- CAFER EMİNOĞLU, Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- HARUN ERYİĞİT, "Güncel Tartışmalar Işığında Yapay Zekâ ve A.Ş. Yönetim Kurullarının Yeniden Şekillendirilmesi", Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı, 2021.
- İSMAİL KIRCA/ FEYZAN HAYAL ŞEHİRALİ ÇELİK/ ÇAĞLAR MANAVGAT, Anonim Şirketler Hukuku, Cilt:1, BETA Yayıncılık, Ankara, 2013.
- M. HALİT KORKUSUZ, "Tehlike Sorumluluğunun Hukukumuzdaki Yeri", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15-16, Sayı:22-23-24-25, Yıl:2010-2011.
- MARIJA CUBRIC, "Drivers, Barriers and Social Considerations for AI Adoption in Business and Management: A Tertiary Study", Technology in Society, Hertfordshire, 2020.
- MARK FENWICK/ WULF A KAAL/ ERIK P M VERMEULEN, "The 'Unmediated' and 'Tech-Driven' Corporate Governance of Today's Winning Companies", New York University Journal of Law & Business, New York, 2019.
- MELTEM KARATEPE KAYA, "Yapay Zekânın Şirket Yönetimine Olası Katkılarının Türk Şirketler Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi ve Yapay Zekânın Hukuki Statüsünün Belirlenmesinde Şirketler Hukukundan Çıkarılabilecek Dersler", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021.
- MICHAEL HILB, "Toward An Integrated Framework For Governance Of Digitalization", Haupt, Bern, 2017.
- ONUR SARI, "Yapay Zekânın Neden Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluk", TBB Dergisi, Mart-Nisan 2020
- SERGIO ALBERTO GRAMITTO RICCI, "Artificial Agents In Corporate Boardrooms", Cornell Law Review, Vol. 105, No. 3, New York, 2020.
- SİNAN SAMİ AKKURT, "Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", Sayıştay Dergisi, Ankara, Sayı:13, 2019.
- SİNAN SAMİ AKKURT, "Avrupa Parlamentosu'nun 'Robotik Hakkında Medeni Hukuk Kurallarına İlişkin 16 Şubat 2017 Tarihli Tavsiye Kararı'nın Genel Bir Tahliili Ve Yasalaştırma Öngörülerini", 2019.
- TIM FOUNTAINE/ BRIAN MCCARTHY/ TAMİM SALEH, "Getting AI to Scale" <https://hbr.org/2021/05/getting-ai-to-scale> (erişim tarihi 20.02.2023).
- UK Companies Act 2006 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/250> (erişim tarihi 03.04.2023).



PART 11

**LEGAL PROCESS FOR THE
INSTALLATION OF LICENSED
SOLAR POWER PLANTS**

LİSANSLI GÜNEŞ ENERJİSİ
SANTRALLERİNİN KURULUMUNDA
HUKUKSAL SÜREÇ

CEREN BALCI

PART 11

ABSTRACT | ÖZET

In this study, what energy sources are and their types, why solar energy, a renewable energy resource, is an important alternative among renewable energy types and solar power plants will be discussed.

Bu çalışmada, enerji kaynaklarının ne olduğuna ve türlerine, yenilenebilir enerji kaynağı olan güneş enerjisinin neden yenilenebilir enerji türleri arasında önemli bir alternatif olduğuna ve güneş enerji santrallerine değinilecektir.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELELER

Renewable Energy, Solar, Solar Energy, Solar Power Plant, Spp, Licensed, Unlicensed.

Yenilenebilir Enerji, Güneş, Güneş Enerjisi, Güneş Enerjisi Santrali, Ges, Lisanslı, Lisanssız.

I. INTRODUCTION

The threat of non-renewable energy resources running out as a result of rising energy demand brought on by technological advancement, accelerating industrial and population growth globally, environmental issues they cause, and developing countries' reliance on developed nations due to their importation of energy from those nations have all increased the trend toward renewable energy resources. Solar energy is one of the renewable energy sources mentioned, but it is also an important energy resource compared to other types. In response to such problems that our country is experiencing in terms of energy, regulations including incentives have been made for natural or legal entities to carry out solar energy-based electricity generation activities. With the implementation of the necessary legislation and the benefit of being geographically suited for the use of solar energy, there are a rising number of solar power plants that produce electricity using solar energy. It is possible to install a solar power plant with or without a license. The legal process for the installation of licensed solar power plants will be explained in detail in line with the relevant legislation.

FOOTNOTE

¹ Narin Arslan, "AB'de Yenilenebilir Enerji İkili Elektrik Tedarik Sözleşmeleri (PPA'lar) (Bağlantı ve Sistem Kullanım Anlaşmaları) ve AB'ye Uyum Sürecinde Türkiye'deki İlgili Mevzuatlara Entegrasyonu", Master's Thesis, İzmir 2021, p. 4.

I. GİRİŞ

Dünyada teknolojinin gelişmesi, sanayinin hızlanması ve nüfus artışıyla beraber enerjiye talebin yükselmesi neticesinde kullanılan yenilenebilir enerji kaynaklarının tükenme tehlikesi, yol açtığı çevresel sorunlar ve gelişmekte olan ülkelerin enerji kaynaklarını dış ülkelere ithal etmesi ile dışa bağımlı hale gelmesi, yenilenebilir enerji kaynaklarına yönelimi artırmıştır. Güneş enerjisi, bahsedilen yenilenebilir enerji kaynaklarından biri olmakla beraber diğer türlere kıyasen önem arz eden bir enerji kaynağıdır. Ülkemizin de enerji bakımından yaşadığı bu gibi sorunlara karşılık, gerçek ya da tüzel kişiler açısından güneş enerjisine dayalı elektrik üretimi faaliyetinin gerçekleştirilebilmesi için teşvikler içeren düzenlemeler yapılmıştır. Coğrafi açıdan güneş enerjisinin kullanılmasına elverişli olma avantajı da göz önünde tutularak yapılan ilgili düzenlemeler ile birlikte güneş enerjisine dayalı elektrik üretimi yapan güneş enerjisi santrallerinin sayısı çoğalmaktadır. Güneş enerji santrali kurulumunun lisanslı ya da lisanssız şekilde yapılabilmesi mümkündür. Lisanslı güneş enerjisi santrallerinin kurulumunda hukuksal süreç, ilgili mevzuat doğrultusunda detaylandırılacaktır.



II. RENEWABLE ENERGY

Energy, which is used in almost every field in daily life, is obtained from resources such as chemical, mechanical (potential energy and kinetic energy), nuclear, thermal, geothermal, hydraulic, solar, wind, electricity¹ and is classified in different ways. This classification is based on the convertibility and renewability of energy resources.

In terms of convertibility, energy resources are divided into primary energy sources such as solar, wind, wave, hydraulic, biomass, nuclear, natural gas, coal and petroleum, which do not require any energy conversion, and secondary energy resources such as electricity, gasoline, diesel oil, diesel fuel, coking coal, petroleum coke, LPG and air gas, which are obtained by converting primary energy sources. According to another classification made in terms of renewability, energy resources are divided into two as renewable energy resources and non-renewable energy resources. Renewable energy resources are energy resources such as hydraulic, biomass, solar, wind, geothermal, wave and hydrogen, which do not diminish or run out even if they are used. Fossil-based energy resources such as coal, petroleum and natural gas, and core-sourced energy resources such as

II. YENİLENEBİLİR ENERJİ

Günlük hayatta neredeyse her alanda kullanılan enerji; kimyasal, mekanik (potansiyel enerji ve kinetik enerji), nükleer, termal, jeotermal, hidrolik, güneş, rüzgâr, elektrik gibi¹ kaynaklardan elde edilmekte ve farklı şekillerde sınıflandırılmaktadır. Bu sınıflandırma, enerji kaynaklarının dönüştürülebilirlik ve yenilenebilirlik özelliklerine göre yapılmaktadır.

Dönüştürülebilirlik açısından enerji kaynakları; güneş, rüzgâr, dalga, hidrolik, biyokütle, nükleer, doğal gaz, kömür ve petrol gibi herhangi bir enerji dönüşümünden geçmeyen birincil enerji kaynakları ve birincil enerji kaynaklarının dönüştürülmesi ile elde edilen elektrik, benzin, mazot, motorin, kok kömürü, petrokok, LPG ve hava gazı gibi ikincil enerji kaynakları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Yenilenebilirlik özelliği bakımından yapılan diğer bir sınıflandırmaya göre ise enerji kaynakları, yenilenebilir enerji kaynakları ve yenilenebilir enerji kaynakları olmak üzere ikiye ayrılır. Yenilenebilir enerji kaynakları; hidrolik, biyokütle, güneş, rüzgâr, jeotermal, dalga ve hidrojen gibi kullanılsa dahi azalmayan ve tükenmeyen enerji kaynaklarıdır. Kullanıldığı anda azalan ve tükenen fosil kaynaklı kömür, petrol, doğal gaz ve çekirdek kaynaklı uranyum ile toryum gibi enerji kaynakları ise yenilenebilir enerji kaynaklarıdır².

DİPNOT

¹ Narin Arslan, "AB'de Yenilenebilir Enerji İkili Elektrik Tedarik Sözleşmeleri (PPA'lar) (Bağlantı ve Sistem Kullanım Anlaşmaları) ve AB'ye Uyum Sürecinde Türkiye'deki İlgili Mevzuatlara Entegrasyonu", Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2021, s. 4.

² Kadir Kaya/ Erdem Koç, "Enerji Kaynakları-Yenilenebilir Enerji Durumu", Mühendis ve Makina Dergisi, C. 56, S. 668, 2015, s. 37. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1099827> (Erişim Tarihi: 13.04.2023).

PART 11

uranium and thorium are non-renewable energy resources which can be diminished and depleted when used².

The need for energy has increased as industrialization has picked up and global population has grown. As a result, the use of renewable energy resources has become important due to reasons such as the inability to meet the necessary energy needs, the environmental damage and the danger of depletion of fossil fuels, and the import of most of the necessary energy for foreign-dependent countries³.

III. SOLAR ENERGY

Solar energy is a radiant energy emerged by fusion reactions in the core of the sun. Sun is among primary energy resources in terms of convertibility and among renewable energy resources in terms of renewability. It is one of the most important energy resources as it is directly or indirectly effective in the emergence of all other energy resources. However, it should be noted that the amount of energy contained in fossil fuels used in a year is less than the amount of energy that reaches the earth from the sun in a minute, and therefore, if solar energy were fully utilized, the world's entire energy needs would be met. Additionally, using ecologically friendly solar energy to produce energy causes less harm to the environment⁴. For these reasons, solar energy is an important alternative among renewable energy resources compared to non-renewable energy resources.

Sanayileşmenin hızlanması ve dünya nüfusunun artması ile birlikte enerjiye yönelik talep yükselmiştir. Bunun sonucunda, gerekli enerjinin karşılanamaması, fosil yakıtın çevreye verdiği zararlar ve tükenme tehlikesi, dışa bağımlı ülkeler bakımından gerekli enerjinin büyük kısmının ithal edilmesi gibi sebepler ile yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanılması önem arz etmeye başlamıştır³.

III. GÜNEŞ ENERJİSİ

Güneş enerjisi, Güneş'in çekirdeğinde gerçekleşen füzyon reaksiyonları sebebiyle ortaya çıkan ışınım enerjisidir. Dönüştürülebilirlik bakımından birincil enerji kaynakları; yenilenebilirlik bakımından ise yenilenebilir enerji kaynakları arasında yer alır. Diğer tüm enerji kaynaklarının ortaya çıkmasında doğrudan ya da dolaylı olarak etkili olduğundan en önemli enerji kaynaklarından biridir. Bununla birlikte, bir yılda kullanılan fosil yakıtlarda bulunan enerji miktarının, bir dakikada güneşten yeryüzüne ulaşan enerji miktarından daha az olduğunu ve dolayısıyla güneş enerjisinin tamamen kullanılması halinde dünyanın bütün enerji ihtiyacının karşılanacağını belirtmek gerekir. Ayrıca, çevre dostu olan güneş enerjisinden enerji üretilirken çevreye verilen zarar en az düzeydedir⁴. Bu nedenlerle, güneş enerjisinin yenilenemez enerji kaynaklarına kıyasla yenilenebilir enerji kaynakları arasında önemli bir alternatif olduğunu söylemek gerekir.



FOOTNOTE

2 Kadir Kaya/ Erdem Koç, "Enerji Kaynakları-Yenilenebilir Enerji Durumu", Journal of Engineers and Machinery, Volume 56, No. 668, 2015, p.37. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1099827> (Date of Access: 13.04.2023).

3 Arslan, p. 1-2.

4 Sefa Civri, Güneş Elektrik Santrali (GES) İşletilmesinden Doğan Kusursuz Sorumluluk Halleri, Master's Thesis, Ankara 2022, p. 9-10.

5 İbrahim Murat Bicil, Elektrik Piyasasında Fiyatlandırma ve Türkiye Elektrik Piyasasında Fiyat Tahmini, https://dSPACE.balikesir.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12462/2816/C4%B-Obrahim_Murat_Bicil.pdf?sequence=1&isAllowed=y, (Date of Access: 08.06.2023).

6 Civri, p. 24.

7 Regulation on Technical Evaluation of Solar Energy Based Electricity Generation Applications Art. 1, Official Gazette dated 30.06.2017, and numbered 30110 (OG).

IV. SOLAR POWER PLANT (SPP)

The electricity market consists of generation, transmission, distribution, wholesale, retail, market operation, import, export and aggregation activities and transactions related to these activities. Matters related to the electricity market are carried out within the framework of the Electricity Market Law No. 6446 ("Electricity Market Law"). The regulation aims to ensure that electricity is provided to consumers at low cost, continuously and with high quality, to create a stable and transparent electricity energy market, and to ensure independent regulation and supervision in the electricity market.

Power plants use a variety of resources to generate electric energy⁵. According to the Electricity Market Law, solar energy is one of these resources. In the Electricity Market License Regulation published in the Official Gazette dated 02.11.2013 and numbered 28809 ("Electricity Market License Regulation"), and in the Regulation on Technical Evaluation of Solar Energy Based Electricity Generation Applications published in the Official Gazette dated 30.06.2017 and numbered 30110 ("Regulation on Technical Evaluation of Solar Energy Based Electricity Generation Applications"), SPP is defined as "Solar Energy Based Electricity Generation Plant". In line with this definition, it can be said that solar power plants have two elements: generating electricity based on solar energy and being an electricity generation plant⁶.

The Article 1 titled "Purpose and Scope" of the Regulation on Technical Evaluation of Solar Energy Based Electricity Generation Applications contains the provision of⁷:

"The purpose of this Regulation is to determine the procedures and principles for the technical evaluation of solar energy-based pre-license or unlicensed electricity generation activity applications and the evaluation of modification requests within the scope of pre-license, generation license or unlicensed generation activity."

When this provision in the Electricity Market License Regulation, Article 14 of the Electricity Market Law titled "Activities That Can Be Carried Out Without A License" and the Regulation on Unlicensed Electricity Gener-

IV. GÜNEŞ ENERJİ SANTRALİ (GES)

Elektrik piyasası; üretim, iletim, dağıtım, toptan satış, perakende, piyasa işletim, ithalat, ihracat ve toplayıcılık faaliyetleri ile bu faaliyetlere dair işlemlerden oluşan piyasadır. Elektrik piyasasına ilişkin hususlar, 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ("Elektrik Piyasası Kanunu") çerçevesinde yürütülmektedir. Söz konusu düzenleme, elektriğin tüketicilere düşük maliyetle, sürekli ve kaliteli şekilde sunulmasını, istikrarlı ve şeffaf olan bir elektrik enerji piyasasının meydana getirilmesini, elektrik piyasasında bağımsız düzenleme ile denetimin sağlanmasını amaçlamaktadır.

Elektrik enerji üretimi, değişik kaynaklar kullanılarak elektrik santrallerinde gerçekleştirilmektedir⁵. Elektrik Piyasası Kanunu uyarınca güneş enerjisi bu kaynaklardan biridir. 2 Kasım 2013 tarihli 28809 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nde ("Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği") ve 30 Haziran 2017 tarihli 30110 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Güneş Enerjisine Dayalı Elektrik Üretimi Başvurularının Teknik Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmelik'te ("Güneş Enerjisine Dayalı Elektrik Üretimi Başvurularının Teknik Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmelik") GES, "Güneş Enerjisine Dayalı Elektrik Üretim Tesis" şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanım doğrultusunda, güneş enerji santrallerinin güneş enerjisine dayalı elektrik üretimi yapması ve elektrik üretim tesisi olması şeklinde iki unsuru bulunduğunu söylenebilir⁶.

Güneş Enerjisine Dayalı Elektrik Üretimi Başvurularının Teknik Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmelik'in "Amaç ve Kapsam" başlıklı 1. maddesi⁷:

"Bu Yönetmeliğin amacı, güneş enerjisine dayalı önlisans veya lisanssız elektrik üretim faaliyeti başvurularının teknik değerlendirmeleri ile önlisans, üretim lisansı veya lisanssız üretim faaliyeti kapsamındaki tadil taleplerinin değerlendirilmelerinin yapılmasına yönelik usul ve esasları belirlemektir."

hükümünü havidir. Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nde yer alan bu hüküm, 6446 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun "Lisanssız Yürütülebilecek Faaliyetler" başlıklı 14. maddesi ve 12 Mayıs 2019 tarihli 30772 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretimi Yö-

DİPNOT

3 Arslan, s. 1-2.

4 Sefa Civri, Güneş Elektrik Santrali (GES) İşletilmesinden Doğan Kusursuz Sorumluluk Halleri, "Yüksek Lisans Tezi", Ankara 2022, s. 9-10.

5 İbrahim Murat Bicil, Elektrik Piyasasında Fiyatlandırma ve Türkiye Elektrik Piyasasında Fiyat Tahmini, https://dSPACE.balikesir.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12462/2816/C4%B0brahim_Murat_Bicil.pdf?sequence=1&isAllowed=y, (Erişim Tarihi: 08.06.2023)

6 Civri, s. 24.

7 Güneş Enerjisine Dayalı Elektrik Üretimi Başvurularının Teknik Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmelik m. 1, 30.06.2017 tarihli, 30110 sayılı Resmi Gazete (RG).

PART 11

ation in the Electricity Market published in the Official Gazette dated 12.05.2019 and numbered 30772 ("Regulation on Unlicensed Electricity Generation in the Electricity Market") are assessed together, it can be said that electricity generation activities based on solar energy can be carried out in two ways, with or without a license.

License refers to the permission granted to legal entities to operate in the market in accordance with the Electricity Market Law⁸. Upon obtaining a license, it is possible to carry out generation, transmission, distribution, wholesale and retail sales, market operation, export and import activities in the electricity market. As stated in the Electricity Market Law, licenses can be granted for a maximum of 49 years, but the minimum term for generation, transmission and distribution licenses is 10 years. Licensed generation has the advantages of being able to use the free-market price or EMRERSM (Electricity Market Renewable Energy Resources Support Mechanism) price, having low operating costs, enabling direct sales to eligible consumers, and having easy and short-term installation works. It is also important to keep in mind that there are certain drawbacks because the project's profitability depends on the contribution fee for the tender and getting a license is challenging. On the contrary, unlicensed SPP installation is more preferred in Türkiye. The reason for this is that the procedure is short compared to a licensed installation and there is no obligation to establish a company and have a production capacity⁹.

According to Article 1 of the Regulation on Unlicensed Electricity Generation in the Electricity Market, consumers can generate electricity without obtaining a license or being required to establish a company in order to meet their electricity needs from their own generation plant, to bring small-scale generation plants to the national economy in order to ensure supply security, and to ensure the effective use of small-scale generation resources¹⁰. In this context, Article 5 of the aforementioned regulation specifies which generation plants can be installed exempt from obtaining pre-licenses and licenses and from the obligation to establish a company. Within this framework; "a) Distress groups, b) Generation plants operating in isolation without establishing a connection with the transmission or distribution system, c) Generation plants based on renewable energy resources with an installed capacity of

netmeliği ("Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretimi Yönetmeliği") birlikte değerlendirildiğinde, güneş enerjisine dayalı elektrik üretimi faaliyetinin lisanslı ya da lisanssız olmak üzere iki şekilde yapılabileceği söylenebilir.

Lisans, Elektrik Piyasası Kanunu uyarınca piyasada faaliyet gösterebilmeleri amacıyla tüzel kişilere verilen izni ifade etmektedir⁸. Lisansın alınması ile birlikte elektrik piyasasında üretim, iletim, dağıtım, toptan ve perakende satış, piyasa işletim ile ihracat ve ithalat faaliyetlerinin elektrik piyasasında yürütülmesi mümkündür. Anılan kanunda da belirtildiği üzere, en çok 49 sene için lisans verilmesi mümkün olmakla birlikte üretim, iletim ve dağıtım lisansları için geçerli asgari süre 10 senedir. Lisanslı üretimin, serbest piyasa fiyatı ya da YEKDEM (Yenilenebilir Enerji Kaynaklarını Destekleme Mekanizması) fiyatı kullanılabilmesi, düşük işletme giderlerine sahip olması, serbest tüketicilere doğrudan satış imkânı sağlaması ve kolay ve kısa süreli montaj işlerine sahip olması gibi avantajları bulunmaktadır. Bununla birlikte, projenin karlılığının ihale katkı payı bedeline bağlı olmasından ve lisans almanın zor olmasından dolayı bazı dezavantajlarının olduğunu belirtmek gerekir. Buna karşılık ise Türkiye'de lisanssız şekilde GES kurulması daha çok tercih edilmektedir. Bunun sebebi, lisanslı şekilde kurulmasına kıyasla prosedürünün kısa olması, şirket kurma ve üretim kapasite mecburiyetinin bulunmamasıdır⁹.

Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretimi Yönetmeliği'nin 1. maddesinde, tüketicilerin elektrik ihtiyaçlarını kendine ait üretim tesisinden karşılaması, arz güvenliğinin sağlanmasında küçük ölçekli üretim tesislerinin ülke ekonomisine kazandırılması ve küçük ölçekli üretim kaynaklarının etkin kullanımının sağlanması için lisans almadan ve şirket kurma yükümlülüğü altında bulunmadan elektrik enerjisini üretebileceği belirtilmiştir¹⁰. Bu kapsamda hangi üretim tesislerinin ön lisans ve lisans almaktan ve şirket kurma mecburiyetinden muaf şekilde kurulabilmesinin mümkün olduğu, anılan yönetmeliğin 5. maddesinde belirtilmiştir. Bu çerçevede; "a) İmdat grupları, b) İletim ya da dağıtım sistemiyle bağlantı tesis etmeden izole çalışan üretim tesisleri, c) Kurulu gücü bir megavat veya Kanununun 14 üncü maddesi çerçevesinde Cumhurbaşkanı tarafından belirlenmiş kurulu güç üst sınırına kadar olan yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim tesisleri, ç) Ürettiği enerjinin tamamını iletim veya da-

one megawatt or up to the upper limit of installed capacity determined by the President within the framework of Article 14 of the Law, ç) Generation plants based on renewable energy resources that use all of the energy they produce without giving it to the transmission or distribution system, whose production and consumption are at the same measurement point, d) Cogeneration plants in the category that meets the efficiency value to be determined by the Ministry, e) Micro cogeneration plants, f) Solid waste plants of municipalities and production plants established for the disposal of treatment plant sludge, g) Generation plants established by legal entities, more than half of the capital of which directly or indirectly belongs to the municipality, on water transmission lines and waste water transmission lines operated by the municipalities, based on hydraulic resources, if technically feasible and approved by SHW (State Hydraulic Works), ğ) Generation plants based on renewable energy resources established and operated by the General Directorate of State Hydraulic Works in order to meet the electricity needs of agricultural irrigation plants whose electricity subscription belongs to the General Directorate of State Hydraulic Works, provided that the installed power is limited to the contract power in the connection agreement of the agricultural irrigation plant and the total contract power of the plants for more than one plant"¹¹ can be established exempt from the obligation to obtain a preliminary license, license or form a company.

ğıtım sistemine vermeden kullanan, üretimi ve tüketimi aynı ölçüm noktasında olan, yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim tesisleri, d) Bakanlıkça belirlenecek verimlilik değerini sağlayan kategorideki kojenerasyon tesisleri, e) Mikrokojenerasyon tesisleri, f) Belediyelerin katı atık tesisleri ile arıtma tesisi çamurlarının bertarafında kullanılmak üzere kurulan üretim tesisleri, g) Sermayesinin yarısından fazlası doğrudan veya dolaylı olarak belediyeye ait olan tüzel kişilerce, belediyeler tarafından işletilen su isale hatları ile atık su isale hatları üzerinde, teknik imkanın olması ve DSİ tarafından uygun bulunması halinde hidrolik kaynağa dayalı kurulan üretim tesisleri, ğ) Elektrik aboneliği Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğüne ait tarımsal sulama amaçlı tesislerin elektrik ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla, kurulu gücü tarımsal sulama tesisinin bağlantı anlaşmasındaki sözleşme gücü, birden fazla tesis için tesislerin sözleşme güçleri toplamı ile sınırlı olmak koşuluyla Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü tarafından kurulan ve işletilen yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim tesisleri."¹¹ ön lisans, lisans alma ve şirket kurma yükümlülüğünden muaf olarak kurulabilecektir.

FOOTNOTE

⁸ Electricity Market Law No. 6446, Art.3/t, Official Gazette dated 30.03.2013, and numbered 28603 (OG).

⁹ Muhammed Oral, "Türkiye'nin Güneş Enerjisi Potansiyeli ve PV2 Uygulamalarının Yerel Ölçekte Değerlendirilmesi: Karabük İli Örneği", International Journal of Geography and Geography Education, No. 42, 2020, p. 488.

¹⁰ Regulation on Unlicensed Electricity Generation in the Electricity Market Art. 1, Official Gazette dated 12.05.2019, and numbered 30772 (OG).

¹¹ Regulation on Unlicensed Electricity Generation in the Electricity Market Art. 5/1, Official Gazette dated 12.05.2019, and numbered 30772 (OG).



DİPNOT

⁸ 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu m.3/t.

⁹ Muhammed Oral, "Türkiye'nin Güneş Enerjisi Potansiyeli ve PV2 Uygulamalarının Yerel Ölçekte Değerlendirilmesi: Karabük İli Örneği", Marmara Coğrafya Dergisi, S. 42, 2020, s. 488

¹⁰ Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretimi Yönetmeliği m. 1, 12.05.2019 tarihli, 30772 sayılı, Resmi Gazete (RG).

¹¹ Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretimi Yönetmeliği m. 5/1, 12.05.2019 tarihli, 30772 sayılı, Resmi Gazete (RG).

PART 11

V. LEGAL PROCESS FOR THE INSTALLATION OF LICENSED SOLAR POWER PLANTS

The legal entity that will apply for a license to engage in generation activities must obtain the documents required by the legislation in order to commence its activities, and must obtain a preliminary license in order to have the right of ownership or use of the area where the plant will be established. In this context, preliminary license is defined in the Electricity Market License Regulation as "Permission granted to legal entities wishing to engage in generation activities for a certain period of time in order to obtain the necessary approvals, permits, licenses and so forth for the commencement of generation plant investments" and license is defined as "Permission certificate granted by the Authority to the legal entity wishing to operate in the market". Except for the exceptions in the Electricity Market License Regulation, if the activity is carried out in more than one plant, a separate license must be obtained for each facility.

The petition for pre-license application and the supporting documentation are filed to the Energy Market Regulatory Authority by the individuals who will engage in generation operations. Although the persons who will apply for a preliminary license must be legal entities, legal entities must be established in the form of a joint stock company or limited liability company, and if established in the form of a joint stock company, all shares must be in the name of the holder except for the shares traded on the stock exchange in accordance with the capital market legislation.

Once it is determined that the applications have been made in whole, the application will be assumed to have been taken into consideration as of the application or the documents demonstrating that the deficiencies have been completed within the Energy Market Regulatory Authority's documentation. If the preliminary license application is evaluated, the information regarding the application is announced on the website of the Energy Market Supervisory Authority. In case of violation of the personal rights of third parties, it is possible to file a written objection within 10 working days. For the preliminary license application, the opinion of Turkish Electricity Transmission Corporation (TETC) and/or the legal entity holding the distribution license in

V. LİSANSLI GÜNEŞ ENERJİSİ SANTRALLERİNİN KURULUMUNDA HUKUKİ SÜREÇ

Üretim faaliyetinde bulunmak üzere lisans başvurusunda bulunacak tüzel kişinin, faaliyetine başlayabilmesi için mevzuattan kaynaklı belgeleri edinmesi ve tesisin kurulacağı alanın mülkiyet ya da kullanım hakkına sahip olabilmesi için ön lisans temin etmesi gerekmektedir. Bu kapsamda ön lisans, Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nde "Üretim faaliyetinde bulunmak isteyen tüzel kişilere, üretim tesisi yatırımlarına başlamaları için gerekli onay, izin, ruhsat ve benzerlerinin alınabilmesi için belirli süreli verilen izin"; lisans, ise "Piyasada faaliyet göstermek isteyen tüzel kişiye Kurumca verilen izin belgesi" şeklinde tanımlanmıştır. Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nde bulunan istisnalar dışında, faaliyetin birden çok tesiste yürütülmesi durumunda, her bir tesis için ayrı lisans alınması gereklidir.

Üretim faaliyetinde bulunacak kişiler tarafından, ön lisans başvuru dilekçesi ile ön lisans başvurusunda sunulması gereken belgeler ibraz edilerek Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'na başvurulur. Ön lisans başvurusunda bulunacak kişilerin tüzel kişi olması gerekmele birlikte, tüzel kişiliklerin anonim şirket veya limited şirket şeklinde kurulması, anonim şirket şeklinde kuruldu ise sermaye piyasası mevzuatı uyarınca borsada işlem gören payları dışında payların tümünün nama yazılı olması mecburidir.

Başvuruların eksiksiz olarak yapıldığının tespit edilmesi üzerine başvuru itibarıyla ya da eksikliklerin tamamlandığına dair belgelerin Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu evrakları içerisine girmesi itibarıyla başvuru değerlendirilmeye alınmış sayılacaktır. Ön lisans başvurusunun değerlendirmeye alınması durumunda başvuruya dair bilgiler Enerji Piyasası Denetleme Kurumu'nun internet sitesinde ilan edilir. Üçüncü kişilerin kişisel haklarına ihlal olması durumunda 10 iş günü içinde yazılı biçimde itirazda bulunabilmesi mümkündür. Ön lisans başvurusu için TEİAŞ ve/veya güneş enerjisi santralinin yer aldığı dağıtım bölgesinde bulunan dağıtım lisansına sahip tüzel kişiden görüş istenir. Görüşün 45 gün içinde Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'na sunulması gerekecektir.

the distribution region where the solar power plant is located is requested. The opinion will have to be submitted to the Energy Market Regulatory Authority within 45 days.

If the appropriate connection opinion is not given or if the owner of the site where the solar power plant will be established makes an application, other applications made for the same site will be rejected by the Energy Market Regulatory Authority. Also, if a positive opinion cannot be formed regarding the connection of the solar power plant to the transmission or distribution system and the use of the system, or if the Energy Market Regulatory Authority is notified before the decision to abandon the application, or if the Ministry of Energy and Natural Resources General Directorate of Renewable Energy is notified that the technical evaluation is not appropriate, the pre-license application will be rejected. If the obligations are fulfilled in accordance with the Energy Market License Regulation, the Energy Market Regulatory Board shall grant a preliminary license to the relevant legal entity and information regarding the preliminary license shall be announced on the website. The duration of the preliminary license shall be determined by the Energy Market Regulatory Board not to exceed 36 months, excluding force majeure circumstances.

Legal entities wishing to obtain a generation license by the Energy Market Regulatory Authority and to operate in the market must apply to the Energy Market Regulatory Authority by submitting the license application petition and the documents required to be submitted in the license application. The applicant legal entity must be established as a joint stock company or a limited liability company; if it is established as a joint stock company, all of its shares must be in the name of the holder, except for the shares traded on the stock exchange in accordance with the capital market legislation; within the framework of Article 5/8 of the Electricity Market Law, the chairman and members of the board of directors, including those who resigned from office within one year prior to the date the license is revoked, as well as natural or legal entities who directly or indirectly hold 10% or more shares of the legal entity and 5% or more shares in publicly traded companies, must not be prohibited. The pre-license holder is required to apply for a license while the pre-license period proceeds. Otherwise, it will be deemed to have failed

Uygun bağlantı görüşünün verilmemesi ya da güneş enerjisi santralinin kurulacağı sahanın malikinin başvuru yapması durumunda aynı sahaya yönelik yapılmış diğer başvurular Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu tarafından reddedilecektir. Ayrıca güneş enerjisi santralinin iletim veya dağıtım sistemine bağlantısına ve sistemin kullanımına dair olumlu görüş oluşturulamazsa, başvurudan vazgeçilmesine ilişkin Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'na karardan önce bildirim yapılırsa ya da Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Yenilenebilir Enerji Genel Müdürlüğü'nün teknik değerlendirmeye ilişkin uygun olmadığına dair bildirim yapılırsa da ön lisans başvurusu reddedilecektir. Enerji Piyasası Lisans Yönetmeliği doğrultusunda yükümlülüklerin yerine getirilmesi halinde ise Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu tarafından ilgili tüzel kişiye ön lisans verilir ve internet sitesinde ön lisansa ilişkin bilgiler ilan edilir. Ön lisansın süresi, mücbir sebep halleri hariç olmak üzere 36 ayı geçmeyecek şekilde Enerji Piyasası Düzenleme kurulu tarafından belirlenir.

Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından üretim lisansı alıp piyasada faaliyet göstermek isteyen tüzel kişiler ise lisans başvuru dilekçesi ile lisans başvurusunda sunulması gereken belgeleri ibraz ederek Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'na başvurmalıdır. Başvuruda bulunacak tüzel kişinin anonim şirket veya limited şirket şeklinde kurulması, anonim şirket şeklinde kuruldu ise sermaye piyasası mevzuatı uyarınca borsada işlem gören payları dışında payların tümünün nama yazılı olması, kendisi ile tüzel kişinin %10 ve üstünde, halka açık olan şirketlerde %5 ve üstünde doğrudan ya da dolaylı paya sahip gerçek veya tüzel kişilerin, lisansın iptal edildiği tarihten önceki bir yıl içinde görevden ayrılmış olanlar dâhil, yönetim kurulu başkan ve üyelerinin, Elektrik Piyasası Kanunu m. 5/8 çerçevesinde yasaklı olmaması gerekmektedir. Ön lisans sahibi kişinin, ön lisans süresi devam ederken lisans başvurusunda bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde ön lisans kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmediği kabul edilecektir¹². Yönetmeliğin 17'inci maddesindeki yükümlülüklerin tamamlandığına dair belgelerin sunulması şartı ile ön lisans alınmadan doğrudan lisans başvurusu yapılabilmesi mümkündür¹³. Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği'nin 22. maddesi uyarınca üretim lisansı başvuruları değerlendirilirken ön lisans kapsamındaki yükümlülüklerin ön lisans süreci içerisinde tamamlanmış olup olmadığı dikkate alınmaktadır. Bu yükümlülüklerin tamamlanmaması

DİPNOT

¹² Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği m. 20/5, 2 Kasım 2013 tarihli 28809 sayılı Resmi Gazete (RG).

¹³ Elektrik Piyasasında Önlisans Ve Üretim Lisansına İlişkin Lisanslama Süreci <https://enerji.gov.tr//Media/Dizin/EIGM/tr/YenilenebilirEnerji/%C3%9C-retimFaaliyetleri/Lisans%C4%B1Elektrik%C3%9Cretimi/LisanslamaS%C3%BCreci.pdf> (Erişim Tarihi: 18.04.2023).

PART 11

to fulfill its obligations under the pre-license requirements¹². If the necessary paperwork proving that the responsibilities outlined in Article 17 of the Energy Market License Regulation have been fulfilled is supplied, it is possible to apply for a license directly without first receiving a preliminary license¹³. Pursuant to Article 22 of the Electricity Market License Regulation, while evaluating generation license applications, it is taken into consideration whether the obligations under the preliminary license have been completed within the preliminary license process. If these obligations are not completed, the application of the legal entity is rejected. If it is concluded that the foreseen obligations have been completed within the period, the application of the legal entity will be accepted by the Energy Market Regulatory Board. The type and duration of the license held by the licensee is published in the Official Gazette and announced on the website of the Energy Market Regulatory Board.

VI. CONCLUSION

The negative impact of non-renewable energy resources on both the environment and the country has increased the demand for renewable energy resources. The fact that solar energy is a good alternative among renewable energy resources with its environmentally friendly feature has positively affected the tendency towards electricity generation from solar energy. Electricity generation from solar energy is provided by solar power plants and the energy in sunlight is converted into electrical energy. In

halinde tüzel kişinin başvurusu reddedilir. Öngörülen yükümlülüklerin süre içerisinde tamamlandığı sonucuna varıldığı takdirde ise Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu tarafından tüzel kişinin başvurusu kabul edilecektir. Lisans verilen kişinin sahip olduğu lisans türü ve süresi Resmi Gazete'de yayımlanır ve Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'nun internet sitesinde ilan edilir.

VI. SONUÇ

Yenilenemez enerji kaynaklarının gerek çevreyi gerekse ülkeyi olumsuz yönde etkilemesi, yenilenebilir enerji kaynaklarına olan talebi artırmıştır. Güneş enerjisinin çevre dostu özelliği ile yenilenebilir enerji kaynakları içerisinde iyi bir alternatif olması, güneş enerjisinden elektrik üretimi faaliyetine yönelimi olumlu yönde etkilemiştir. Güneş enerjisinden elektrik üretimi, güneş enerjisi santralleri ile sağlanmakta ve güneş ışığındaki enerji elektrik enerjisine çevrilmektedir. Tüketicilerin kendine ait olan üretim tesislerinden

order for consumers to meet their electricity needs from their own production plants and to bring small-scale production resources to the national economy, it is possible to install a solar power plant without obtaining a pre-license and license in exceptional cases listed in the Regulation on Unlicensed Electricity Generation in the Electricity Market. In this case, there are no obligations such as the establishment of a company and production capacity as in the installation of a licensed solar power plant. However, since there is no licensing procedure, it should be said that unlicensed installation can work faster and is therefore preferable. On the other hand, the advantages of licensed generation, such as the ability to use the free-market price or EMRERSM price, low operating costs, direct sales to eligible consumers, and easy and short-term installation works, may also be a reason for preference.

elektrik ihtiyaçlarını karşılaması ve küçük ölçekli üretim kaynaklarının ülke ekonomisine kazandırılması amacıyla Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretimi Yönetmeliği'nde sayılan istisnai durumlarda ön lisans ve lisans almaksızın güneş enerjisi santralının kurulabilmesi mümkündür. Bu durumda lisanslı güneş enerjisi santralının kurulumunda olduğu gibi şirket kurulması, üretim kapasitesi gibi zorunluluklar da bulunmaktadır. Bununla birlikte, lisans prosedürü olmadığından lisanssız kurulumun daha hızlı işleyebileceğini ve bu nedenle de tercih sebebi olduğunu söylemek gerekir. Buna karşılık, lisanslı üretimin ise serbest piyasa fiyatı ya da YEKDEM fiyatı kullanılabilmesi, düşük işletme giderlerine sahip olması, serbest tüketicilere doğrudan satış imkânı sağlaması ve kolay ve kısa süreli montaj işlerine sahip olması gibi avantajları da yine tercih sebebi olabilecektir.

FOOTNOTE

¹² Electricity Market License Regulation Art. 20/5, Official Gazette dated 02.11.2013, and numbered 28809 (OG).

¹³ Energy Market Regulatory Authority (EMRA), Elektrik Piyasasında Ön Lisans ve Üretim Lisansına İlişkin Lisanslama Süreci <https://enerji.gov.tr//Media/Dizin/EIGM/tr/YenilenebilirEnerji/C3%9CretimFaaliyetleri/Lisans/C4%B1Elektrik/C3%9Cretim/LisanslamaS%C3%BCreci.pdf> (Date of Access: 18.04.2023).



BIBLIOGRAPHY

KADIR KAYA/ ERDEM KOÇ, "Enerji Kaynakları-Yenilenebilir Enerji Durumu", Journal of Engineers and Machinery, Volume 56, No. 668, 2015.

MUHAMMED ORAL, "Türkiye'nin Güneş Enerjisi Potansiyeli ve PV2 Uygulamalarının Yerel Ölçekte Değerlendirilmesi: Karabük İli Örneği", International Journal of Geography and Geography Education, No. 42, 2020.

NARİN ARSLAN, "AB'de Yenilenebilir Enerji İkili Elektrik Tedarik Sözleşmeleri (PPA'lar) (Bağlantı ve Sistem Kullanım Anlaşmaları) ve AB'ye Uyum Sürecinde Türkiye'deki İlgili Mevzuatlara Entegrasyonu", Master's Thesis, İzmir 2021.

SEFA CİVRİ, Güneş Elektrik Santrali (GES) İşletilmesinden Doğan Kusursuz Sorumluluk Halleri, Master's Thesis, Ankara 2022.

İBRAHİM MURAT BİCİL, Elektrik Piyasasında Fiyatlandırma ve Türkiye Elektrik Piyasasında Fiyat Tahmini, https://dspace.balikesir.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12462/2816/%C4%B0brahim_Murat_Bicil.pdf?sequence=1&isAllowed=y, (Date of Access: 08.06.2023).

ENERJİ PİYASASI DÜZENLEME KURUMU, Elektrik Piyasasında Ön Lisans ve Üretim Lisansına İlişkin Lisanslama Süreci <https://enerji.gov.tr//Media/Dizin/EIGM/tr/YenilenebilirEnerji/C3%9CretimFaaliyetleri/Lisans/C4%B1Elektrik/C3%9Cretim/LisanslamaS%C3%BCreci.pdf> (Date of Access: 18.04.2023).

KAYNAKÇA

KADIR KAYA/ ERDEM KOÇ, "Enerji Kaynakları-Yenilenebilir Enerji Durumu", Mühendis ve Makina Dergisi, C. 56, S. 668, 2015.

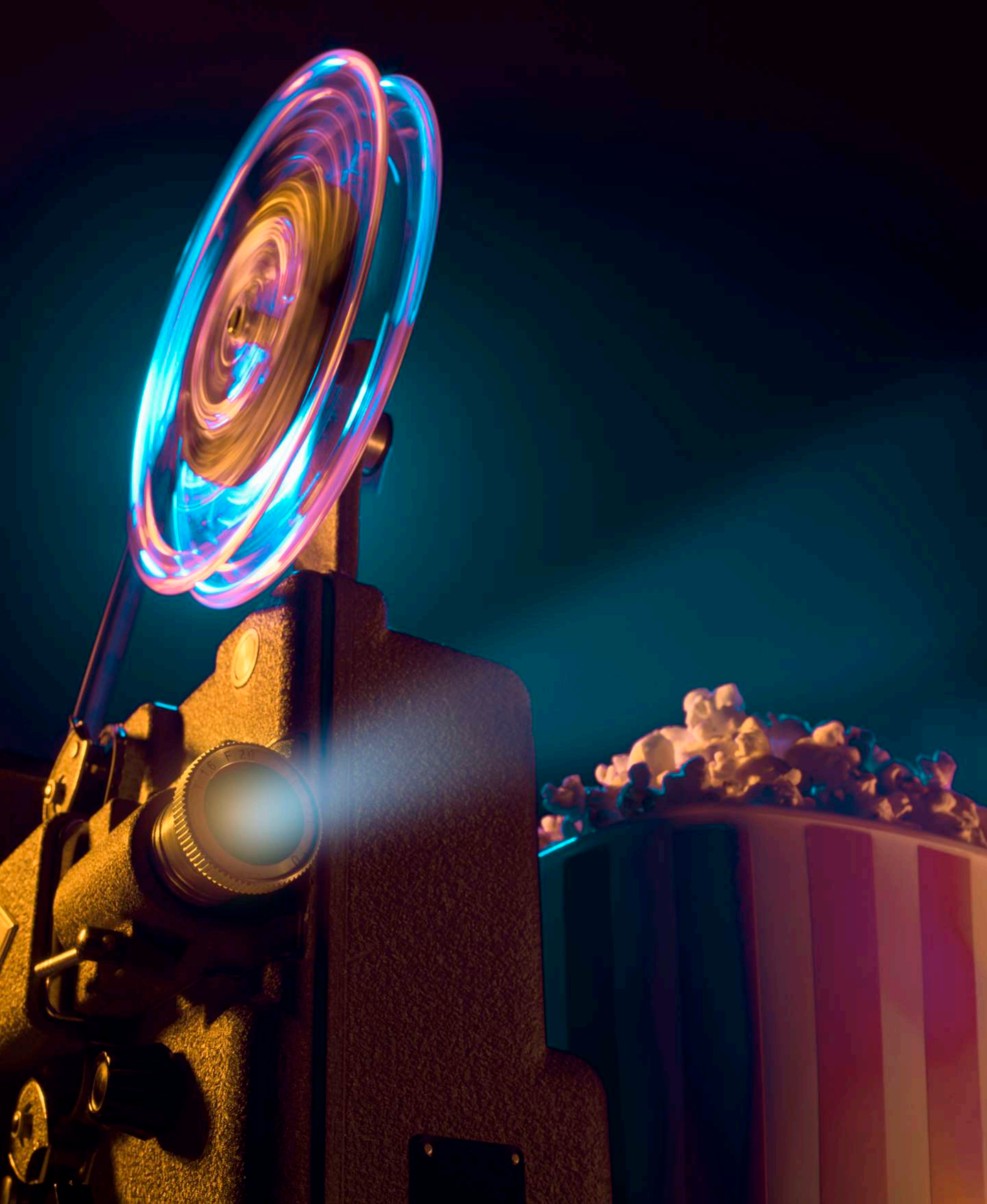
MUHAMMED ORAL, "Türkiye'nin Güneş Enerjisi Potansiyeli ve PV2 Uygulamalarının Yerel Ölçekte Değerlendirilmesi: Karabük İli Örneği", Marmara Coğrafya Dergisi, S. 42, 2020.

NARİN ARSLAN, "AB'de Yenilenebilir Enerji İkili Elektrik Tedarik Sözleşmeleri (PPA'lar) (Bağlantı ve Sistem Kullanım Anlaşmaları) ve AB'ye Uyum Sürecinde Türkiye'deki İlgili Mevzuatlara Entegrasyonu", Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2021.

SEFA CİVRİ, Güneş Elektrik Santrali (GES) İşletilmesinden Doğan Kusursuz Sorumluluk Halleri, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2022.

İBRAHİM MURAT BİCİL, Elektrik Piyasasında Fiyatlandırma ve Türkiye Elektrik Piyasasında Fiyat Tahmini, https://dspace.balikesir.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12462/2816/%C4%B0brahim_Murat_Bicil.pdf?sequence=1&isAllowed=y, (Erişim Tarihi: 08.06.2023).

ENERJİ PİYASASI DÜZENLEME KURUMU, Elektrik Piyasasında Ön Lisans ve Üretim Lisansına İlişkin Lisanslama Süreci <https://enerji.gov.tr//Media/Dizin/EIGM/tr/YenilenebilirEnerji/C3%9CretimFaaliyetleri/Lisans/C4%B1Elektrik/C3%9Cretim/LisanslamaS%C3%BCreci.pdf> (Erişim Tarihi: 18.04.2023).



PART 12

EVALUATION OF THE
FILM J'ACCUSE

J'ACCUSE FİLM
DEĞERLENDİRİLMESİ

SUNA SELEN YAMAN
ZEYNEL KUTLAY ALPEREN BULUT

PART 12

ABSTRACT | ÖZET

The film titled "J'accuse" delves into the narrative surrounding Alfred Dreyfus, a military officer serving in the French armed forces, who faced allegations of espionage, subsequent expulsion from the military, and enduring a life sentence.

J'accuse filmi, Fransız ordusunda görevli bir subay olan Alfred Dreyfus'un muhbir olduğu suçlamasına maruz bırakılarak ordudan ihraç edilip, hakkında müebbet hapis cezası hükmü verilmesi ve sonrasında gelişen olayları konu almaktadır.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELELER

Right To Fair Trial, Prohibition Of Torture, Echr, The Dreyfus Incident, France, Emile Zola, I Accuse.

Adil Yargılanma Hakkı, Eziyet Yasağı, Aihm, Dreyfus Olayı, Fransa, Emile Zola, Suçluyorum.

I. INTRODUCTION

The primary focus of this cinematic endeavor, which brings Emile Zola's written proclamation, "I Accuse," to life, centers around the narrative of Alfred Dreyfus. Dreyfus, a Jewish individual who held the position of a staff captain within the French army in 1894, became entangled in an accusation of treason. Subsequently, after enduring a trial phase and the subsequent exoneration of an innocent officer, Dreyfus was subjected to a gross miscarriage of justice, receiving an unjust life imprisonment sentence. The film meticulously portrays the events that unfolded thereafter, shedding light on the profound injustices suffered by Dreyfus. Emile Zola's letter to the President of France during the relevant historical era is structured into three distinct sections, a configuration faithfully adhered to in the film adaptation. The film adeptly chronicles the sequence of events by organizing them into discrete temporal segments, meticulously marked by specific dates. This meticulous portrayal captures the evolving narrative as articulated through Zola's epistolary correspondence.

The Dreyfus Incident, a significant incident that reverberated throughout Europe, sparked extensive discussion in French legal circles, and has gone down in history as

I. GİRİŞ

Emile Zola tarafından yazılan Suçluyorum isimli deklarasyonun filme çevrildiği bu eserin ana konusu 1984 yılında Fransız ordusunda kurmay yüzbaşı olarak görev yapan ve Yahudi Alfred Dreyfus'un vatan hainliği ile suçlanarak yargılama aşaması sonrasında haksız yere müebbet hapis cezasına çarptırılması ve sonrasında gelişen olaylar neticesinde suçsuz olan bir subayın aklanma hikayesidir. Emile Zola'nın dönemin Fransız cumhurbaşkanına mektubu üç kısımdan oluşmakla beraber film içerisinde de bu süreç tarihlere bölünerek işlenmiştir.

Avrupa'da büyük yankı uyandıran ve Fransız hukukunda önemli tartışmalara yol açan ve tarihe adını Dreyfus Olayı olarak geçiren bu olay temeline Fransız toplumunda Yahudi karşıtlığını, toplumda oluşan çürüme ve yozlaşmayı anlatmaktadır.



the "Dreyfus Incident," has its roots in the anti-Semitism that pervaded French society and the general moral and societal decay.

II. THE COURSE OF THE FILM

In the year 1894, Madame Marie Bastian, who was initially employed as a maid at the German Embassy but also clandestinely operated as a secret agent within the French Intelligence Centre, discovers a torn letter discarded within the waste receptacle of Maximilian von Schwartzkoppen, the German Military Attaché stationed in Paris. The contents of this document pertain to advancements undertaken within the artillery division of the French army. Originally discovered fragmented and discarded in the trash bin, the reconstructed letter was subsequently presented to General Mercier, the Minister of War at that time, in the form of a "borderau" for examination and consideration. Despite the presence of numerous skilled soldiers within the military who possessed the ability to compose this correspondence, the focal point of suspicion was directed towards Captain Alfred Dreyfus, an accomplished Jewish individual of Jewish lineage, who had achieved resounding success in his chosen vocation. The responsibility of investigating this affair was entrusted

II. FİLMİN SEYRİ

İlk olarak Almanya Büyükelçiliği'nde hizmetçi olarak çalışan ancak aynı zamanda Fransız Haber Alma Merkezi'nde gizli ajan olan Madam Marie Bastian 1894 yılında, Paris'te bulunan Alman Askeri Ateşesi Maximilian von Schwartzkoppen'in çöp kutusunda parçalanmış bir mektup bulur. Bu kâğıdın içerisinde yer alan bilgiler Fransız ordusu topçu birliğinde gerçekleştirilen yenilikler ile ilgilidir. Çöp kutusunda parçalanmış şekilde yer alan bu mektup birleştirilerek dönemin Savaş Bakanı General Mercier'in önüne bir "borderau" olarak getirilir. Ordu içerisinde bu mektubu yazabilme kapasitesi olan birçok asker bulunmasına rağmen oklar tamamen mesleğinde başarılı olan Yahudi kökenli Yüzbaşı Alfred Dreyfus'a çevrilir. Konunun irdelenmesi amacıyla Binbaşı Du Paty Clam görev başına getirilir. Mektupta yer alan yazı ile Dreyfus'un yazısının eşleştiği kanaatine varıldığında Dreyfus ne ile suçlandığından bihaber 22 Aralık 1894 tarihinde apar topar tutuklanır. Halihazırda Yahudiler için Fransa'da zor bir dönem olan 1890'lı yıllarda bu tutuklamanın akabinde sağcı basın, Yahudilere

PART 12

to Commander Du Paty Clam. Upon reaching the determination that the script in the aforementioned letter bore resemblances to Dreyfus' penmanship, he was apprehended on the 22nd of December, 1894, oblivious to the nature of the charges brought against him. In the wake of this apprehension during the 1890s, a challenging era for the Jewish population in France, the conservative press initiated a campaign to galvanize public sentiment against Jews and Jewish communities. On the 1st of November 1894, the headlines, notably the headline featured in the La Libre Parole Newspaper, proclaimed "Arrest of Jewish Captain Dreyfus, a betrayer of the nation." Captain Alfred Dreyfus underwent a trial in a closed military court, resulting in his expulsion from the profession and a life-long exile. As a consequence, his epaulettes were removed, his gold buttons were unfastened, and his sword was broken before being sent into exile to Devil's Island, located in French Guiana. During the ceremony of his demotion, Dreyfus declared, "Soldiers! A man unjustly accused is being deprived of his military status. An innocent man is being subjected to dishonor. May France endure, may the army endure!" In the year 1896, Colonel Georges Picquart, who had previously served as Captain Alfred Dreyfus's instructor at the military academy, was assigned to assume the position of Colonel Sandherr, the director of the French Intelligence Center, who was incapacitated due to illness and unable to fulfill his professional duties. It was during Colonel Sandherr's tenure as head of the investigation that his known anti-Semitic and prejudiced inclinations became apparent. While conducting an examination of the

ve Yahudi topluluklarına karşı halkı galeyana getirmeye başlar. 1 Kasım 1894 tarihinde atılan manşetlerde, özellikle La Libre Parole Gazetesi manşetinde, "Yurt haini Yahudi Yüzbaşı Dreyfus tutuklandı" şeklinde söylemler yer almaktadır. Yüzbaşı Alfred Dreyfus'un yargılanması halka kapalı bir savaş mahkemesinde gerçekleştirilerek meslekten menedilmesine ve ömür boyu sürgün edilmesine karar verilir. Toplum önünde apoletleri, altın düğmeleri sökülerek ve kılıcı kırılarak sürgüne yollanmak üzere Fransız Guayanası'nda yer alan Şeytan Adası'na gönderilir. Rütbe sökmeye töreninde Dreyfus "Asker! Bir masumun rütbesi sökülüyor. Bir masumun onuru kirleniyor. Yaşasın Fransa, yaşasın ordu!" diye bağırılmaktadır. Bu sırada harp okulunda Yüzbaşı Alfred Dreyfus'un öğretmeni olan Albay Gerge Picquart, mesleğini gerçekleştiremeyecek derecede hasta olan Fransız Haber Alma Merkezi'nin başındaki Albay Sandherr yerine 1896 yılında Haber Alma Merkezi'nde göreve getirilir. Soruşturma döneminde Albay Sandherr görev başındadır ve Yahudi karşıtı, yanlı biri olarak anılmaktadır. Gerge Picquart, Dreyfus davasına ilişkin gizli dosyayı incelerken yine orduda yer alan Macar asıllı bir asker olan Esterhazy'nin yazısı ile Madam Marie Bastian'ın Maximilian von Schwartzkoppen'in çöp kutusunda bulunduğu parçalanmış mektupta yer alan yazının aynı olduğunu fark eder. Gerge Picquart bu duruma sessiz kalamaz ve durumun çözülmesi için gerekli yerlere başvurur. Öncelikle yazıların karşılaştırılması konusunda başarılı olan ve aynı zamanda Dreyfus'un davasında mektuptaki yazının Dreyfus'a ait olduğunu tasdikleyen el yazısı uzmanı Bertillion'un yanına gider ve bu konunun gerçekliği hak-



confidential dossier pertaining to the Dreyfus Case, Colonel Georges Picquart becomes aware that the handwriting of Esterhazy, a soldier of Hungarian origin who also served in the military, bears a striking resemblance to the script on the torn letter discovered by Madame Marie Bastian in Maximilian von Schwartzkoppen's discarded refuse. Compelled by a sense of obligation, Colonel Picquart cannot withhold this information and takes the necessary steps to address the situation by approaching the relevant authorities. In the initial stages, Colonel Picquart sought the expertise of Bertillion, a proficient graphologist renowned for his expertise in comparing manuscripts, and who had previously affirmed during Dreyfus's trial that the writing on the letter belonged to Dreyfus. Colonel Picquart respectfully requested Bertillion to compose an article elucidating the veracity of this particular issue. During Dreyfus' trial before the military tribunal, Bertillion, who was recognized to hold anti-Semitic views at the time, asserted that the writing in the letter and Dreyfus' handwriting exhibited significant similarities. He contended that any discrepancies were the result of Dreyfus intentionally altering his writing in an effort to deceive the investigators. However, subsequent to being presented with the evidence by Colonel Picquart, Bertillion came to the realization that his initial assessment was erroneous. Subsequently, Colonel Georges Picquart pursued official channels to present his findings and clarify the matter. Regrettably, his superiors expressed the viewpoint that a closed case could not be revisited, emphasizing the paramount concern of safeguarding the reputation of the army. Despite Colonel Picquart's persistent efforts, he encountered resistance from his superiors, each contending that reopening the case would undermine public confidence in the army's ability to make sound judgments and administer fair punishment. The inherent risk associated with such an action deterred them from providing a favorable response. The unresolved nature of this situation was largely attributed to the fact that Dreyfus, being of Jewish heritage, was held as a prisoner. Evidenced by numerous instances depicted in the film, each unit scrutinized the soldiers' files in their pursuit of the perpetrator, consistently placing Dreyfus' file at the forefront of their investigation. In contrast, Colonel Picquart, despite being the sole instructor who assigned Dreyfus a lower grade in school due to his Jewish background, remained resolute in his refusal to turn a blind eye to this injustice.

kında bir yazı yazıp yazamayacağını sorgular. Bertillion, o dönemde bilinen bir Yahudi düşmanı olmakla beraber Dreyfus'un savaş mahkemesindeki yargılamasında mektupta yer alan yazı ile Dreyfus'un yazısının çok benzer olduğu farklılıkların kaynağının ise Dreyfus'un kasten yazısını değiştirip soruşturmacıları yanılttığı amacı taşıdığını beyan etmiştir. Ancak Gerge Picquart'ın elindeki kanıtları göstermesi üzerine Bertillion yanıldığını anlamıştır. Daha sonra ise konuyu açıklamak için üstlerine başvurur. Ancak üstleri kapanmış bir davanın tekrar açılmayacağını ve burada önemli olan konunun ordunun zarar görmemesi olduğunu söylerler. Albay Gerge Picquart her ne kadar denese de üstlerinden olumlu cevap alamaz çünkü her biri bu davanın tekrar açılması söz konusu olması halinde halkın ordunun yanlış karar verdiğini, yanlış yargılama yaptığını ve haksız yere birini cezalandırdığını düşüneneğini savunur ve bu riski almak istemezler. Mahkûm olan Dreyfus'un Yahudi kökenli olması bu durumun çözülmemesinde en büyük etkenidir. Filmin birçok sahnesinde de görüleceği üzere her bir birim suçluyu ararken askerlerin dosyalarını incelemiş ve her birinin eli ilk ve tek olarak Dreyfus'un dosyasına gitmiştir. Gerge Picquart ise her ne kadar Yahudi kökenli olmasından kaynaklı olarak Dreyfus'a okul döneminde tek düşük not veren hocası olsa da bu haksızlığa göz yummamaya kararlıdır.

Tüm bunlar yaşanırken Alfred Dreyfus'un yargılanması ve cezalandırılması süreci ile ilgili yazılar halk arasında elden ele dolaşır. Hatta Senato Başkanı Kestner, Alfred Dreyfus'un masumiyetine inanır ve bu fikrini 14 Temmuz 1897'de Senato'da açıklar. Gerge Picquart bu sırada elinden gelen çabayı gösterip Alfred Dreyfus'un suçsuzluğunu kanıtlamak istese de durumların karışacağına bilincinde olan üstleri, Picquart'ın istihbarat biriminde görevli olmasından kaynaklı elinde bulundurduğu ve Alfred Dreyfus lehine olan kanıtları Gerge Picquart'ın elinden alırlar. Esterhazy bu durum üzerine Yüce Divan'da yargılansa da beraat eder çünkü H.J. Henry ve Du Paty Clam, Alfred Dreyfus aleyhine sahte belge düzenlerler. H.J. Henry her ne kadar Dreyfus aleyhine sahte belge düzenlemiş olsa da Dreyfus'un sivil mahkemede yargılandığı ve Esterhazy'nin yurtdışına kaçtığı esnada yargılamanın saptırılmasındaki suçunu kabul eden bir mektup yazıp hayatına son vermiştir. Aynı esnada *borderau*'nun aslı bir gazetede yayımlanır. Tüm bu kanıtların elinden alınmasının yanı sıra Gerge Picquart gizli

PART 12

While these events unfolded, news articles regarding Alfred Dreyfus' trial and punishment circulated among the public. Even Senate President Kestner, on July 14, 1897, voiced his belief in Dreyfus' innocence, expressing this opinion in the Senate. Meanwhile, Colonel Picquart diligently endeavors to establish Alfred Dreyfus' innocence. However, his superiors, cognizant of the potential complications that could arise, confiscate the exonerating evidence in Colonel Picquart's possession, owing to his role within the intelligence unit. Although Esterhazy faces trial in the Supreme Court, he is ultimately acquitted due to the illicit actions of H.J. Henry and Du Paty Clam, who fabricated documents against Alfred Dreyfus. During Dreyfus' trial in a civilian court, H.J. Henry, despite having fabricated a document against Dreyfus, tragically concluded his life by penning a letter confessing his involvement in distorting the course of justice. Simultaneously, Esterhazy had absconded overseas. Concurrently, the original *borderau*, a crucial piece of evidence, found its way into the public domain via newspaper publication. In addition to having all the aforementioned evidence seized from him, Colonel Picquart faces accusations of disclosing the confidential *borderau*, which was intended to remain undisclosed. In light of the rekindling of events, Colonel Picquart is dispatched to Tunisia as a form of exile, ostensibly under the guise of performing inspection duties. Following his tenure in Tunisia, he embarks on travels to various countries, ultimately concluding his journey in Africa before returning to France. Upon his return to France, his initial encounter is with his trusted confidant, Louis the Lawyer. Despite the growing awareness of this unfolding situation, the prevailing sentiment among the populace remains unsupportive, primarily due to the perceived necessity of preserving the reputation and dignity of the military institution. However, with the assistance of George, Louis facilitates an introduction between Colonel Picquart and Dreyfus' brother and his long-suffering family, who have tirelessly sought justice throughout the years. Notably, Emile Zola is present during this encounter, during which Colonel Picquart confides in Zola, divulging the complete account of the events that transpired. Subsequent to Colonel Picquart's apprehension about potentially jeopardizing his position, which hindered his ability to personally disclose the unfolding events, he conveyed his circumstances to Emile Zola. In response, Emile Zola boldly published "*J'Accuse*" in *L'Aurore* (Dawn) on

kalması gereken bu *borderau*'yu yayınlaması ile suçlanır. Olayların yeniden alevlenmesiyle beraber Gerge Picquart Tunus'a denetleme görevi adı altında bir nevi sürgüne gönderilir. Tunus'un ardından ülkeleri gezer ve en son Afrika'dan Fransa'ya geri döner. Fransa'ya dönüşünde ilk olarak yakın arkadaşı olan Avukat Louis ile görüşür. Bu durum her ne kadar yayılmaya başlasa da konu ordunun onurunu korumak olduğu için kimse destek çıkmaz. Ancak Louis, George sayesinde Gerge Picquart'ı Dreyfus'un yıllardır adalet arayan kardeşi ve ailesiyle tanıştır. Tanıştığı ortamda Emile Zola da bulunmaktadır ve Gerge Picquart tüm olan biteni Emile Zola'ya anlatır. Görevinden atılmamak için olayları kendi anlatamayan Gerge Picquart durumunu Emile Zola'ya açıkladıktan sonra Emile Zola, 13 Ocak 1898 tarihinde *L'Aurore* (Şafak) Gazetesi'nde *Suçluyorum*'u yayınlar. Dönemin Cumhurbaşkanı Felix Faure'ye hitaben yazdığı bu mektupta Emile Zola, Alfred Dreyfus'un yargılanmasında suçu bulan herkesi itham etmiştir. Bunun sonucunda karşıt yazarlar ve halk tarafından fazlaca eleştirilir ve hakarete uğrar, tüm bu olayların akabinde Fransa'da halk Yahudilere karşı iyice ayaklanmış. Halk bu süreçte bir aydınlanma yaşar ve sonucunda Alfred Dreyfus davası sivil mahkemelerde devam etmek üzere tekrar açılır. Alfred Dreyfus'un tekrar yargılanması sonucunda Esterhazy'nin ondan intikam almak isteyen yeğeni ve orduda hala yer alan dürüst insanlar sayesinde Alfred Dreyfus'un önceki cezası kaldırılır. Dreyfus 10 (on) yıl cezaya çarptırıldıktan sonra bağışlama kararını imzalayarak 1906 yılında özgürlüğüne kavuşmuştur. Binbaşı rütbesini geri alarak ordudaki görevine tekrar atanır ve haksız yere suçlanmasından ötürü *Legion d'Honneur* nişanı kendisine takdim edilir. Her ne kadar bazı yargıçlar Alfred Dreyfus'un suçlu olduğuna dair kanaatlerini sürdürmeye devam etseler de 1930 yılında bazı gizli bilgilerin açığa çıkmasıyla beraber Alfred Dreyfus'un masumiyeti tam anlamıyla kanıtlanmıştır.

the 13th of January, 1898. Within the contents of the missive directed to the President of the Republic at that time, Félix Faure, Emile Zola held accountable all those responsible for the unjust trial of Alfred Dreyfus. As a consequence of his courageous action, he faced severe criticism and derogatory treatment from dissenting writers and the general public. Subsequently, these events led to a surge of public sentiment in France characterized by hostility towards the Jewish community. Following the illumination of the public, the case of Alfred Dreyfus is reopened in civilian courts. The earlier sentence imposed on Alfred Dreyfus is subsequently reversed through the retrial procedure, which was aided in part by the nephew of Esterhazy's desire for retribution and the honesty of others who persisted in the military. Alfred Dreyfus executed a pardon order after being given a ten-year prison sentence, and he was subsequently freed in 1906. He was subsequently reinstated in the army, attaining the rank of Major, and bestowed with the *Legion d'Honneur* as a symbol of redress for the unjust accusations leveled against him. Notwithstanding certain judges' persistent adherence to their conviction of Dreyfus' guilt, the year 1930 witnessed the disclosure of classified information, ultimately establishing Alfred Dreyfus' absolute innocence.

III. LEGAL ANALYSIS OF THE FILM

The Dreyfus Case had a profound and enduring legal influence. From a legal perspective, the fundamental principle that arises is that of a fair trial. The right to a fair trial is a constitutional entitlement extended to all individuals, guaranteeing them the right to have their case heard by an impartial and autonomous court within a reasonable timeframe, conducted in a just, public, and equitable manner. This principle serves as a cornerstone in ensuring justice and safeguarding the rights of the accused. In light of this delineation, upon examining the Alfred Dreyfus case, it becomes evident that the trial was manifestly deficient. Primarily, Alfred Dreyfus stood as the sole suspect due to his Jewish heritage, while other soldiers who should have been implicated alongside him from the outset were overlooked. The commencement of the trial against Alfred Dreyfus prior to the matter being presented before the judicial authorities stands as a glaring testament to the inherent injustice of the proceedings. Furthermore, it is imperative to consider that the

III. FİLMİN HUKUKİ TAHLİLİ

Dreyfus olayı hukuki olarak büyük bir etki yaratmış ve bu etkisini uzun süre sürdürmüştür. Hukuki açıdan bu durumu incelediğimizde aklımıza ilk gelen kavram adil yargılanma olacaktır. Adil yargılanma hakkı her vatandaşa tanınan anayasal bir hak olup, suçlanan bir birey hakkında açılan davanın makul sürede, tarafsız ve bağımsız bir mahkeme tarafından, hakkaniyetli ve kamuya açık bir şekilde görülmesidir. Bu tanımdan yola çıkarak Alfred Dreyfus olayını incelediğimizde yargılamanın eksik bir şekilde gerçekleştiğini açıkça görmekteyiz. Çünkü ilk olarak Alfred Dreyfus, olayların henüz en başında kendisi ile birlikte suçlanması gereken askerler varken sırf Yahudi kökenli olduğundan yalnızca o şüpheli olarak gösterilmiştir. Henüz mesele yargı mercilerine taşınmadan Alfred Dreyfus'un yargılanmış olması hakkaniyete aykırı davranıldığına en büyük kanıtlardan biridir. Ayrıca yargılamanın amacının, suçun gerçek failini bulmaktan ziyade ordunun onurunu korumak olduğuna dair hareketler sergilediği de göz önünde bulundurulmalıdır. Tüm

PART 12

objective of the trial was primarily centered around safeguarding the reputation of the military institution rather than ascertaining the actual culprit of the offense. Additionally, it is also notable that Alfred Dreyfus was given the chance to be tried in a civilian court for the first time when he was exonerated during the trial. This scenario highlights the significance of the principle of a fair trial conducted by an impartial and autonomous court. Notably, when Alfred Dreyfus was subjected to a trial overseen by an independent court, the objective examination of evidence revealed a distressing reality. Despite the conclusive demonstration of Alfred Dreyfus' innocence throughout the trial proceedings, the lamentable fact remains that he endured unjust punishment for a period spanning twelve years on Devil's Island. This serves as a poignant testament to the notion that delayed justice fails to epitomize true justice. The public recognition of such circumstances is poised to precipitate a substantial erosion of trust in the legal system and the judiciary. This loss of confidence has the potential to culminate in the disintegration of social order over time.

Throughout the depicted events in the film, it becomes unmistakably evident that Alfred Dreyfus' inherent human rights are repeatedly violated. Foremost among these violations is the prohibition of torture, a fundamental pillar of rights and liberties, enshrined by Article 17, paragraph 3 of the Constitution and Article 3 of the European Convention on Human Rights (ECHR).

bunlara ilaveten Alfred Dreyfus beraat ettiği yargılamada ilk kez sivil bir mahkemede yargılanma şansını elde edebilmiştir. Bu durum adil yargılanma kavramının tarafsız ve bağımsız bir mahkeme tarafından yargılanma ilkesine dikkat çekmektedir. Alfred Dreyfus ilk defa bağımsız bir mahkemede yargılandığında delillerin objektif şekilde değerlendirilmesi hususunda, Alfred Dreyfus'un yargılanma sürecinin sonunda her ne kadar masumiyeti kanıtlanmış olsa da Şeytan Adası'nda kaldığı 12 (on iki) yıl boyunca haksız yere ceza çekmiş olması geç gelen adaletin adalet sayılmayacağına kanıttır. Bu durumun halkın gözü önünde gerçekleştirilmesi de aynı zamanda hukuka ve yargıya olan güvenin ciddi derecede azalmasına neden olacaktır. Bu güvenin sarsılması da eninde sonunda toplum düzeninin bozulmasına yol açacaktır.

Filmin genelinde birçok kez Alfred Dreyfus'un temel insan haklarının ihlal edildiğini açık bir şekilde görmekteyiz. Bunlardan ilki anayasamızın 17. maddesinin 3. fıkrası ve AIHS'nin 3. maddesi ile hüküm altına alınan ve temel hak ve özgürlüklerin temel taşlarından birisi olan işkence yasağıdır.

Anayasamızın 17. maddesinin 3. fıkrası;

"Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz."

Turkish Convention Article 17/3 states that;

"No one shall be subjected to torture or mal-treatment; no one shall be subjected to penalties or treatment incompatible with human dignity."

Also, ECHR Article 3 states that;

"No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment."

Inflicting physical or mental suffering on a victim that results in a loss of volition or sensory perception as a result of such suffering is considered torture, as defined by both the Constitution and the ECHR. While there exists no universal consensus in legal scholarship regarding the constituent elements of the crime of torture, the generally recognized elements of the offense can be outlined as follows:

- The intentional infliction of severe physical and/or mental pain and/or suffering upon an individual,

- The involvement of a perpetrator who holds an official capacity or who actively encourages the commission of the offense,

- The commission of acts designed to induce pain and suffering with a specific purpose in mind. These elements are typically encompassed within legal doctrine and scholarship on the subject¹.

The constitutional and ECHR guarantees regarding the prohibition of torture impose not only a negative duty on states to refrain from torture but also a positive duty to prevent torture and, in cases of violation, to conduct thorough and effective investigations². Throughout the period of Alfred Dreyfus' confinement on Devil's Island, the French state flagrantly infringed upon the absolute prohibition of torture. The act of restraining Alfred Dreyfus by handcuffing his feet to the bed while he was lying down at night, with the intention of extracting a confession from individuals implicated in his letter, and the subsequent deterioration of his physical condition, present undeniable evidence of a violation of the prohibition against torture. It is noteworthy that the European Court of Human Rights (ECtHR) has consistently ruled in cases concerning the mistreatment

hükümünü, AIHS'nin 3. maddesi ise;

"Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz."

hükümünü havidir. Hem anayasa hem de AIHS ile güvence altına alınan işkence yasağı esasında mağdurun fiziksel veya ruhsal olarak acı çekmesi ve bu acıdan dolayı irade yeteneğini ve algılama yeteneğini yitirmesidir. İşkence suçunun unsurlarına ilişkin doktrinde bir yeknesaklık bulunmasa da işkence suçunun unsurlarını şu şekilde örnek verebiliriz;

- Kişide kuvvetli şekilde bedensel ve/ veya ruhsal açıdan acı ve/ veya ızdıraba yol açması,

- Failin resmi göreve sahip bir kimse olarak hareket etmesi veya azmettirmesi,

- Acı ve ıstırap veren fiillerin belirli amaç doğrultusunda yapılması, olarak doktrinde yer verilmiştir¹.

Anayasa ve AIHS ile güvence altına alınan işkence yasağı devletlere sadece negatif bir yükümlülük olarak işkence etme yasağı yüklemeyi aynı zamanda pozitif yükümlülük olarak işkence yasağını önleme ve ihlal halinde ise söz konusu ihlali etkili soruşturmayı yüklemektedir². Alfred Dreyfus'un Şeytan Adası'nda hapisanede kaldığı günlerde Fransız devletinin açıkça işkence yasağını ihlal ettiği görülmektedir. Dreyfus'un mektubu ile bağlantılı kişileri ele vermesi amacıyla geceleri yatarken ayaklarının yatağa kelepçelenmesi ve bunun sonucu olarak Dreyfus'un git gide zayıflaması işkence yasağının ihlal edildiğinin en net kanıtıdır. Nitekim AIHM aynı yönde itiraf elde edebilme amacıyla devlet görevlileri tarafından sanığa yapılan kötü muameleleri işkence kapsamında değerlendirerek ihlal kararı vermiştir³.

Film kapsamında Alfred Dreyfus'un ihlal edilen bir diğer hakkı adil yargılanma olmuştur. Adil yargılanma hakkı anayasamızın 36. maddesinde ve AIHS'nin 6. maddesi ise düzenlenerek hüküm altına alınmıştır. Anayasamızın 36. maddesi;

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

FOOTNOTE

¹ Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Oğuz Sancakdar/ Rifat Murat Önok, Human Rights Handbook, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, p. 131.

² Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/ Önok, p. 135.



DİPNOT

¹ Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Oğuz Sancakdar/ Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 131.

² Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/ Önok, s. 135.

³ Öktem/ Türkiye, Başvuru No: 74306/01.

PART 12

of accused individuals by state officials to obtain confessions, categorizing such acts as torture and deeming them in violation of human rights³.

Alfred Dreyfus, as depicted in the film, was further subjected to the violation of his right to a fair trial. This right, enshrined in Article 36 of our Constitution and Article 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR), outlines the legal protections and guarantees that must be afforded to individuals during judicial proceedings. Turkish Convention Article 36 states that;

"Everyone has the right of litigation either as plaintiff or defendant and the right to a fair trial before the courts through legitimate means and procedures.

No court shall refuse to hear a case within its jurisdiction."

ECHR Article 6 states that;

"In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.

Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.

Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

a) to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;

b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;

c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz."

hükümü, AİHS'nin 6. maddesiye;

"Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esasını konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, adil ve kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar aleni olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çek-tirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak."

hükümünü havidir. Hem anayasamız hem de AİHS ile güvence altına alınan adil yargılama hakkı ve en çok ihlal edilen ve hakkında AİHM'e en çok başvuru yapılan temel insan

has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;

d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

e) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court."

The right to a fair trial, safeguarded by both our Constitution and the European Convention on Human Rights (ECHR), represents one of the most frequently violated fundamental human rights and is a recurring subject brought before the European Court of Human Rights (ECtHR). Within the context of the right to a fair trial, the presence of impartial judges and independent courts stands as one of its fundamental pillars. From the outset of the film, it becomes apparent that the court in which Alfred Dreyfus is being tried is a military tribunal, thus indicating the infringement of the right to a fair trial right from the start. In fact, the initial paragraph of Article 6 of the European Convention on Human Rights explicitly stipulates that individuals must be judged "by an independent and impartial tribunal established by law." Given Alfred Dreyfus's military rank as a captain in the French army and the charges of treason brought against him, the lack of an impartial court and an independent judge would unequivocally establish the infringement of the right to a fair trial.



haklarından birisidir. Adil yargılama hakkının en temel unsurlarından birisi bağımsız hâkim ve mahkemelerin bulunmasıdır. Alfred Dreyfus'un filmin başından itibaren yargılandığı mahkemenin askeri mahkeme olduğu anlaşılmalı ve esasında adil yargılama hakkının ihlali filmin en başında başlamaktadır. Nitekim AİHS'nin 6. maddesinin ilk bendinde kişilerin "kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde" yargılanması gerektiği açık bir şekilde belirtilmiştir. Alfred Dreyfus'un yüzbaşı olarak Fransız ordusunda görev yaptığı ve vatana ihanet suçundan yargılandığı göz önüne alındığında bağımsız bir mahkeme ve hâkimin bulunması adil yargılama hakkının ihlalini açık bir şekilde ortaya koyacaktır.

Adil yargılama hakkı kapsamında adil bir kararın varlığı veya verilip verilmediği değil, adil bir karar verilebilmesi amacıyla gerekli standartların bulunup bulunmadığı önem kazanmaktadır. Alfred Dreyfus'un yargılandığı sahneler incelendiği zaman onun adına sahne olarak yazılarak imzalanmış delillere yönelik hakimlerin yeterli inceleme yapmadığı, tüm itirazlara rağmen sadece bir uzmandan destek alındığı görülmektedir. AİHM'e göre mahkemeler önyargı taşımaksızın taraflarca sunulmuş mütalaalar, savlar ve delilleri iyi incelemek yükümlülüğü altındadır. Açık bir şekilde hatalı bulgu ve delillere dayanılarak bir karar verilmesi, hakkaniyetli yargılama yapılmadığı anlamında gelecek yani adil yargılama hakkının ihlalini oluşturacaktır⁴.

Alfred Dreyfus'un yargılama sürecinde silahların eşitliği ilkesinin de açık bir şekilde ihlal

FOOTNOTE

³ Öktem/ Türkiye, Application No: 74306/01.

DİPNOT

⁴ Fouquet/ France, Başvuru No: 20398/92, 12.10.1994.

PART 12

Under the purview of the right to a fair trial, the essential focus lies not merely on the outcome of a just decision, but on whether the essential requisites for rendering a fair judgment are in place. A close investigation of the trial proceedings in the case of Alfred Dreyfus exposes deficiencies in the judicial review of the falsified evidence that was used against him, as well as a disdain for stated concerns, leading to the use of only one expert's opinion. In accordance with the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECHR), it is the duty of courts to examine the submissions, arguments, and evidence presented by the parties in an impartial manner, free from bias or prejudice. The right to a fair trial would be violated if a decision was made based on facts and evidence that were obviously false, and thus would violate the promise of a fair trial⁴.

The principle of equality of arms was evidently breached during the trial of Alfred Dreyfus. While anyone was permitted to pose questions to Alfred Dreyfus during the trial, Dreyfus and his legal counsel were precluded from interrogating the witnesses who testified against him. In fact, the court-imposed restrictions on the ability to ask questions at certain junctures, further exacerbating the infringement of this fundamental principle. Article 6(3)(d) of the European Convention on Human Rights (ECHR) stipulates that the accused or suspects possess the entitlement to "examine or have examined witnesses against them and to obtain the attendance and examination of witnesses on their behalf under the same conditions as witnesses against them".

edildiği görülmektedir. Yargılama esnasında Alfred Dreyfus'a herkes istediği gibi soru sorabilirken, Dreyfus ve avukatı, aleyhine tanıklık yapan kişilere soru yönelmemektedir. Nitekim mahkeme de bazı noktalarda soru sorulmasına müsaade etmemektedir. AİHS'nin 6/3-d maddesi ile, sanık veya şüphelilerin "iddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek" hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır.

Gerçeğin ortaya çıkması hususunda tanığın dinletilmesinin zorunlu olduğu durumlarda, mahkemenin bu istemi reddetmesi ve bunu kararında açık olarak belirtmesi gerekmele beraber film sahnelerinde de görüleceği üzere gerekçe gösterilmeden bu talebin reddedilmesi Alfred Dreyfus'un adil yargılanma hakkının açıkça ihlal edildiğini göstermektedir⁵.

In situations where it is crucial to elicit testimony from a witness for the purpose of ascertaining the truth, the court ought to dismiss such requests explicitly and provide clear justification for its decision. However, the film portrays instances where the rejection of such a request occurs without proper justification, which starkly demonstrates a flagrant violation of Alfred Dreyfus' right to a fair trial⁵.

IV. CONCLUSION

In conclusion, the trial of Alfred Dreyfus has left an indelible imprint not only on its contemporary era but has also significantly influenced the present-day legal framework. This court action, which is rife with concerns about human rights and the concept of a fair trial, shows the development of the legal system's inadequacies over time while also shining light on how the idea of justice has evolved. Notably, it becomes evident that the social fabric has undergone an adverse transformation as a result of the manipulation of public opinion by oppressive elements within the judicial and communication systems.

IV. SONUÇ

Sonuç olarak, Alfred Dreyfus'un yargılanma süreci sadece döneminde büyük bir etki yaratmakla kalmamış günümüz hukuk sistemini de derinden etkilemiştir. Temelinde insan haklarına ve adil yargılanma kavramına dair problemler barındıran bu yargılama süreci, geçmişten bugüne gelişen ve değişen hukuk sistemini, hukuk düzeni içerisindeki boşlukları ve adalet kavramının gelişimini gözler önüne sermektedir. Özellikle yargı ve haberleşme sistemindeki baskıcı yapının halkı yanlış yönlendirmesi dolayısıyla toplum yapısının olumsuz anlamda bir dönüşüme maruz bırakıldığı gözler önüne serilmektedir.



FOOTNOTE

⁴ Fouquet/ France, Application No: 20398/92, 12.10.1994.

⁵ Vidal/ Belgium, Application No: 12351/86, 22.04.1992.

BIBLIOGRAPHY

DURMUŞ TEZCAN/ MUSTAFA RUHAN ERDEM/ OĞUZ SANCAKDAR/ RIFAT MURAT ÖNOK, (2014). İnsan Hakları El Kitabı [Handbook of Human Rights]. 9th Edition, Ankara.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, FOUQUET/ FRANCE CASE, Application No: 20398/92, Date: 31.01.1996, <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57973> (Accessed: 01.05.2023).

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, ÖKTEM/ TÜRKİYE CASE, Application No: 74306/01, Date: 19.10.2006, <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-77587> (Accessed: 01.05.2023).

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, VIDAL/ BELGIUM CASE, Application No: 12351/86, Date: 22.04.1992, <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57798> (Accessed: 01.05.2023).

KAYNAKÇA

DURMUŞ TEZCAN/ MUSTAFA RUHAN ERDEM/ OĞUZ SANCAKDAR/ RIFAT MURAT ÖNOK, İnsan Hakları El Kitabı, 9. Baskı Ankara 2014.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ FOUQUET/FRANCE KARARI, Başvuru No: 20398/92, T. 31.01.1996, <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57973> (Erişim Tarihi: 01.05.2023).

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ ÖKTEM/ TÜRKİYE KARARI, Başvuru No: 74306/01, T. 19.10.2006, <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-77587> (Erişim Tarihi: 01.05.2023).

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VIDAL/ BELGIUM KARARI, Başvuru No: 12351/86, T. 22.04.1992, <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57798> (Erişim Tarihi: 01.05.2023).

DİPNOT

⁵ Vidal/ Belgium, Başvuru No: 12351/86, 22.04.1992.



PART 13

PATENTING SOFTWARE IN TERMS OF TURKISH LAW

TÜRK HUKUKU AÇISINDAN YAZILIMLARIN PATENTLENEBİLMESİ

ŞEVAL ŞEN ÇOLAK

PART 13

ABSTRACT | ÖZET

Nowadays, it is seen that information technologies are accelerating rapidly due to many reasons such as increase in computer use, the need to establish communication in the world in a fast and effective way, and the fact that the activities to be carried out by people in many sectors are directed towards digitalization.

Günümüzde özellikle bilgisayar kullanımının artması, dünya üzerinde iletişimin hızlı ve etkin bir şekilde kurulabilmesi ihtiyacının doğması, kişiler tarafından herhangi bir sektörde yapılacak faaliyetlerin dijitale yönelmesi gibi birçok sebeple bilişim teknolojilerinin hızlı bir şekilde ivmelendiği görülmektedir.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELER

Software, Computer Program, Patent, Codde 5846, Code No 6769.

Yazılım, Bilgisayar Programı, Patent, Fsek, Smk.

I. INTRODUCTION

Many new concepts and products/inventions such as software, databases, open-source codes have entered our lives, so much so that they have become widely used even in daily language. Even in our social lives, the majority of the digital items we use are software-based. It also entails unlawful actions like copying them and infringing the owner's rights. Currently, no special protection has been arranged, apart from the regulations within the scope of the Law on Intellectual and Artistic Works No. 5846¹ ("Code No 5846") on the protection of software. In addition, it is unclear whether the products in question can be protected within the framework of industrial property law, and if protection exists, how it will be protected. On the contrary, in the Industrial Property Law No. 6769² ("Code No 6769"), software is among the non-patentable products. In our study, it will be evaluated whether the software can benefit from the patent law protection in Code No 6769.

In today's world, computers and smartphones enable us to easily perform many operations in all areas of our lives and has become a part of our daily lives. Accordingly, studies in this field have increased, and start-up companies that develop software-based

I. GİRİŞ

Yazılımlar, veri tabanları, açık kaynak kodları gibi birçok yeni kavram ve ürün/buluş hayatımıza girmiş, öyle ki günlük dilde dahi çok fazla kullanılır olmuştur. Sosyal yaşamımızda dahi kullandığımız tüm dijital ürünlerin çoğu yazılım temelli olup bunların kopyalanması, hak sahipliğinin ihlal edilmesi gibi hukuka aykırılıklar da beraberinde gelmektedir. Halihazırda yazılımların korunmasına dair 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu¹ ("FSEK") kapsamındaki düzenlemeler dışında özel bir koruma düzenlenmemiştir. Ayrıca bahse konu ürünlerin sınai mülkiyet hukuku çerçevesinde korunup korunamayacağı, koruma mevcut olur ise nasıl korunacağı belirsizdir. Aksine 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda² ("SMK") patentlenemez ürünler arasında yazılımlar yer almaktadır. Çalışmamızda yazılımların, SMK'da yer alan patent hukuku korumasından yararlanıp yararlanamayacağı değerlendirilecektir.

Günümüz dünyasında bilgisayarlar ve akıllı telefonlar hayatımızın her alanında pek çok işlemi kolayca gerçekleştirmemizi sağlamakta ve günlük hayatımızın birer parçası haline gelmektedir. Buna bağlı olarak da bu alanda yapılan çalışmalar artmış, yazılım tabanlı buluşlar geliştiren start up şirketleri ticari hayatta önemli birer aktör olmaya



inventions have become important actors in commercial life. In the meantime, the protection of software has gained importance for the rights holders. In recent years, applications for software-based inventions have increased. So much so that the number of applications in the world has doubled in six years, and in our country, the number of applications has tripled in four years³. This raised the issues of software protection and right ownership, and how infractions and confusion will be judged in certain contexts. Because it is possible for the software creators to create products/ procedures serving the same purpose by using the same/ similar methods. In this case, it will be necessary to answer questions such as whether actions such as copying have been carried out, which product/ procedure was created primarily, and whether their differences and similarities are in the copying dimension. Again, it is not clear in what way the protection will be provided in case of malicious copying of the entire/ certain part of the software itself.

In Turkish Law, there are basically two regulations for the protection of intellectual products as Code No 5846 and Code No 6769. Protection of products subject to intellectual property within the scope of copyright is regulated in Code No 5846,

başlamışlardır. Hal böyleyken yazılımların korunması da hak sahibi kişiler açısından önem kazanmıştır. Son yıllarda yazılım kaynaklı buluşlara dair başvurular artmıştır. Öyle ki dünyada başvuru sayısı altı yılda iki katına, ülkemizde ise başvuru sayısı dört yılda üç katına çıkmıştır³. Bu da yazılımların ve hak sahipliğinin korunması, ihlallere ve iltibasa dair belirlemenin hangi koşullar ile yapılacağı sorularını gündeme getirmiştir. Zira yazılım meydana getiren kişilerin aynı/ benzer usul ve yöntemleri kullanarak aynı amaca hizmet eden ürün/ usuller meydana getirilmesi söz konusu olabilecektir. Bu takdirde kopyalama vb. eylemlerin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği, hangi ürün/ usulün öncelikli olarak meydana getirildiği, farklılıkları ve benzerliklerinin kopyalama boyutunda olup olmadığı gibi hususların cevaplanması gerekecektir. Yine kötü niyetli olarak bizzat yazılımın tamamı/ belirli bir kısmının kopyalanması halinde korumanın hangi şekilde sağlanacağı belirli değildir.

Türk Hukuku'nda fikri ürünlerin korunması için temelde FSEK ve SMK olarak iki düzenleme bulunmaktadır. Fikri mülkiyete konu ürünlerin telif hakkı kapsamında korunması FSEK, sınai mülkiyet (marka, patent, coğrafi işaret, tasarım vb.) haklarının korunması ve kapsamı ise SMK'da düzenlenmektedir. Çalışmamızın konusunu oluşturan "yazi-

DİPNOT

1 13.12.1951 tarih, 5846 sayılı Resmî Gazete (RG).

2 22.12.2016 tarih, 6769 sayılı RG.

3 Mustafa Güney Çalışkan, TÜRK-PATENT'te Bilgisayar Tabanlı Buluşların Değerlendirilme Kriterleri I, https://ipgezgini.org/2021/02/08/turkpatentte-bilgisayar-tabanlı-buluşların-değerlendirilme-kriterleri-bolum-i/#_edn3 (Erişim Tarihi: 17.05.2023).

FOOTNOTE

1 Dated 13.12.1951, Official Gazette No: 5846 (OG).

2 Dated 22.12.2016, OG No: 6769.

3 Mustafa Güney Çalışkan, TÜRK-PATENT'te Bilgisayar Tabanlı Buluşların Değerlendirilme Kriterleri I, https://ipgezgini.org/2021/02/08/turkpatentte-bilgisayar-tabanlı-buluşların-değerlendirilme-kriterleri-bolum-i/#_edn3 (Erişim Tarihi: 17.05.2023).

PART 13

and protection and scope of industrial property (trademark, patent, geographical indication, design, etc.) rights are regulated in Code No 6769. The “software” that constitutes the subject of our work are protected in the sense of copyright law if they meet the conditions of the work within the scope of Code No 5846. However, no protection is foreseen for the software under the Code No 6769. Because within the scope of Code no 6769; although there are exceptions for the protection of industrial property rights, protection is envisaged by the registration of the products/procedures under the categories such as trademark, patent, design, etc., at the Turkish Patent and Trademark Office (“**The Office**”). Although these protections have different terms and durations for trademark, patent, design titles. However, as a common goal, it is requested to determine the owner of the industrial property right, to register it in the registry, and to prevent third parties from benefiting from this industrial property right illegally and/or against consent. The registration process with The Office also ensures that the owner of the industrial property right becomes public.

When the protection organized within the scope of Code No 5846 is examined, it is remarkable that the owner of the work has the financial and moral rights arising from the work, together with the creation of the work. However, we would like to say that there is no compulsory registration system for works other than a few specific works such as movies and computer games. As with industrial property rights, an institution like The Office has not been regulated in Code No 5846. A registration certificate is issued by the Ministry of Culture and Tourism, General Directorate of Copyrights, after the owners of the works declare their will. These documents, however, are the ones that try to record the work without performing a similarity analysis or providing a thorough description of the work’s content. This causes problems in terms of identifying the owner of the work in terms of copyright law and protecting its rights (*identification of the right owner, whether there is an existing violation due to the inability to determine the date of creation of the work, etc.*).

The software that is the subject of our study, on the other hand, cannot benefit from the protection in the sense of Code No 6769,

lımlar” FSEK kapsamında eser şartlarını taşıdığı takdirde telif hukuku anlamında korunmaktadır. Ancak yazılımlar için SMK kapsamında koruma öngörülmemiştir. Zira SMK kapsamında; sınai mülkiyet haklarının korunması için istisnaları olmakla birlikte marka, patent, tasarım vb. kategoriler altındaki şartları taşıyan ürünlerin/ usullerin Türk Patent ve Marka Kurumu (“**TürkPatent**”) nezdinde tesciliyle koruma öngörülmektedir. Her ne kadar bu korumaların marka, patent, tasarım başlıkları için farklı farklı şartlar ve süreleri bulunsu da ortak bir gaye olarak sınai mülkiyet hakkı sahibinin belirlenmesi, sicile kaydedilmesi, üçüncü kişilerin bu sınai mülkiyet hakkından hukuka ve/ veya rızaya aykırı olarak yararlanmasının önüne geçilmesi istenmektedir. TürkPatent nezdinde yapılan tescil işlemi de sınai mülkiyet hakkı sahibinin alenileşmesini sağlamaktadır.

FSEK kapsamında düzenlenen koruma incelendiğinde ise eserin meydana gelmesi ile birlikte eser sahibinin, eserden doğan mali ve manevi haklara sahip olduğu kabulü dikkat çekmektedir. Ancak sinema, bilgisayar oyunları gibi özellikli birkaç eser haricindeki eserler için zorunlu bir kayıt – tescil sisteminin bulunmadığını söylemek isteriz. Sınai mülkiyet haklarında olduğu üzere TürkPatent benzeri bir kurum FSEK’te düzenlenmemiştir. Kültür ve Turizm Bakanlığı Telif Hakları Genel Müdürlüğü tarafından eser sahiplerinin iradelerini beyan etmeleri akabinde kayıt – tescil belgesi düzenlenmektedir. Ancak bu belgeler benzerlik incelemesi yapılmaksızın, eser içeriğine dair detaylı bir izahat de içermeyen, eserin kayıt altına alınmasını amaçlayan dokümanlardır. Bu da telif hukuku anlamında eser sahibinin belirlenmesi, haklarının korunması açısından problemlere (*hak sahibinin teşhisi, eserin meydana getirildiği tarihin belirlenememesi sebebiyle mevcut bir ihlalin bulunup bulunmadığı vb.*) sebebiyet vermektedir.

Çalışmamızın konusu olan yazılımlar ise sınai mülkiyet çerçevesinde koruma kapsamında kabul edilmediği, hatta SMK kapsamında patentlenemez ürünler arasında sayıldığı için SMK anlamında korumadan yararlanamamaktadır. Türk Hukuku’nda yazılımların FSEK’te yer alan eser kriterlerini taşıması halinde ancak telif hukuku çerçevesinde korunabileceğini söylemek mümkündür. İlgili yazılımların Telif Hakları Genel Müdürlüğü’ne ibraz edilmek suretiyle tescil altına alınması mümkündür. SMK kapsamındaki patent koruması bu açıdan hak

since it is not considered within the scope of protection within the context of industrial property and is even counted among the products that cannot be patented within the scope of Code No 6769. In Turkish Law, it is possible to say that software can only be protected within the context of copyright law if it carries the work criteria in Code No 5846. It is possible to register the related software by submitting it to the General Directorate of Copyrights. Patent protection within the scope of Code No 6769 provides great convenience and safe space to the right holder in this respect. The claims of the patents are recorded in the patent application in a clear and detailed manner before The Office, as will be discussed in more depth below. This ensures that the claims of the invention are copied and used by third parties, and the protection of right ownership is carried out faster and more securely.

Although the issue of protection of software within the context of patent law is controversial in the doctrine, as will be explained in detail below, it is regulated within the scope of Code No 6769 that software cannot benefit from patent protection because they are not inventive.

II. PATENTING SOFTWARE

There is no clear definition of the concept of invention in the legislation. However, in its simplest form, it can be defined as “*the idea of a human being who solves a technical problem and has an innovative feature*”. The basis of the patent, which is an industrial property product, is the invention. While the concept of patent refers to the industrial product, it also refers to the official document issued by The Office to the right owner of the invention⁴. While this concept was referred to as “invention certificate” during the Ottoman Empire, it was changed to the concept of “patent” with the post-republican regulations⁵.

Patent protection is provided by registration. A registered invention gives exclusive powers to its owner. Patentability criteria and exceptions are regulated in Article 82 of the Code No 6769. In the first paragraph of the article, the provision “*Inventions in all fields of technology are granted a patent on the condition that they are new, contain*

sahibine büyük kolaylık ve güvenli alan tanımaktadır. Aşağıda detaylı şekilde inceleneceği üzere patent müracaatında patentlerin istemleri açık, detaylı bir şekilde TürkPatent nezdinde tescil edilmektedir. Bu da üçüncü kişiler tarafından buluşun istemlerinin kopyalanması, kullanılması halinde hak sahipliğine dair korumanın hızlı ve daha güvenli olarak gerçekleştirilmesini sağlamaktadır.

Yazılımların patent hukuku çerçevesinde korunması hususu doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, aşağıda detaylı şekilde izah edileceği üzere SMK kapsamında yazılımların kendilerinin buluş niteliği olmaması sebebiyle patent korumasından yararlanamayacağı düzenlenmektedir.

II. YAZILIMLARIN PATENTLENEBİLMESİ

Buluş kavramının mevzuatta açık bir tanımı bulunmamakla birlikte en yalın haliyle “*teknik bir problemi çözen ve yenilik özelliği taşıyan insan fikri*” şeklinde tanımlanabilecektir. Sınai mülkiyet ürünü olan patentin temelini de buluş oluşturmaktadır. Patent kavramı sınai ürünü ifade etmekle birlikte, buluşun hak sahibine TürkPatent tarafından düzenlenen resmi belgeyi de ifade etmektedir⁴. Bu kavram Osmanlı Devleti döneminde “*ihтира beratı*” olarak geçmekteyken cumhuriyet sonrası düzenlemeler ile “*patent*” kavramı olarak değiştirilmiştir⁵.

Patent hakkında koruma, tescille sağlanmaktadır. Tescil edilmiş bir buluş, sahibine münhasır yetkiler vermektedir. SMK’nın 82. maddesinde patentlenebilirlik kriterleri ve istisnaları düzenlenmiştir. Anılan maddenin ilk fıkrasında “*Teknolojinin her alanındaki buluşlara yeni olması, buluş basamağı içermesi ve sanayiye uygulanabilir olması şartıyla patent verilir*” hükmü yer almaktadır. Bu maddeden de anlaşılacağı üzere SMK

FOOTNOTE

4 Cahit Suluk, Tescilsiz Fikri Ürünlerin Haksız Rekabet Hükümleri ile Korunması, <https://fikrimulkiyet.com/tescilsiz-fikri-urunlerin-haksiz-rekabet-hukumleri-ile-korunmasi/> (Erişim: 17.05.2023).

5 Sıla Şahin, Osmanlı Devleti’nde Patent Uygulaması: İhtira Beratı Kanunu, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, p. 1.

DİPNOT

4 Cahit Suluk, Tescilsiz Fikri Ürünlerin Haksız Rekabet Hükümleri ile Korunması, <https://fikrimulkiyet.com/tescilsiz-fikri-urunlerin-haksiz-rekabet-hukumleri-ile-korunmasi/> (Erişim: 17.05.2023).

5 Sıla Şahin, Osmanlı Devleti’nde Patent Uygulaması: İhtira Beratı Kanunu, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 1.

PART 13

an inventive step and be applicable to industry". As it can be understood from this article, the following criteria must be found in order for a product/procedure to benefit from patent protection within the scope of the law.

- Innovation

- Including the invention step

- To be applicable to industry

The "innovation" criterion, which is one of the patentability criteria, refers to the fact that the invention is "not included in the known state of the technique". Therefore, it refers to the fact that "it was put forward by written or oral promotion anywhere in the world before the application date, or it was not disclosed for use or in any other form". In other words, the relevant patent application must be a different invention that was not developed for the same technique in the world before the application date.

The "inventive step", which is counted among the patentability criteria, means that the invention was realized by an expert in the related technical field, as a result of an activity that cannot be clearly deduced from the known state of the art.

Finally, in order for an invention to be considered "applicable to industry", it refers to the fact that that invention can be produced or applied in any branch of industry⁶. For an invention that contains features expressed

kapsamında bir ürünün/ usulün patent korumasından yararlanabilmesi için,

- Yeni olması

- Buluş basamağı içermesi

- Sanayiye uygulanabilir olması

kriterlerinin bulunması gerekmektedir. Patent verilebilirlik kriterlerinden olan "yenilik" kriteri buluşun "teknik bilinen durumuna dahil olmaması"nı dolayısıyla "başvuru tarihinden önce dünyanın herhangi bir yerinde, yazılı veya sözlü tanım yoluyla ortaya konulmuş veya kullanım ya da başka herhangi bir biçimde açıklanmamış olması"nı ifade etmektedir. Bir başka deyişle dünya üzerinde ilgili patent başvurusunun, başvuru tarihinden önce aynı tekniğe yönelik olarak geliştirilmemiş farklı bir buluş olması gerekmektedir.

Patent verilebilirlik kriterleri arasında sayılan "buluş basamağı içermesi" ise buluşun ilgili olduğu teknik alandaki bir uzman tarafından, tekniğin bilinen durumundan aşikâr bir şekilde çıkarılmayan bir faaliyet sonucunda gerçekleştirilmiş olmasını ifade etmektedir.

Nihai olarak buluşun, "sanayiye uygulanabilir" olarak kabul edilebilmesi için, o buluşun sanayinin herhangi bir dalında üretilebilir veya uygulanabilir olmasını ifade etmektedir⁶. Genel mahiyette ifade edilen özellikleri içeren bir buluş için, SMK'da öngörülen sair şekli şartlar da sağlanarak patent başvurusunda bulunulabilmekte, yasal prosedür çerçevesinde buluş patentlenebilmektedir. Bun-

in a general nature, a patent application can be filed by providing other form conditions stipulated in the Code No. 6769, and an invention can be patented within the framework of a legal procedure. It has also been stated by the German Federal Court that the most basic and distinctive feature for an invention to be patented is the technical element⁷.

In Code No 6769 Article 82; scientific theories, mathematical methods, computer programs, mental activities, etc. are regulated among those that cannot be patented because they are "doesn't include technical character"/ "non-technical" products. The text of the Code No 6769 is exactly as follows: "The following are not considered as inventions. If the patent application or the patent is related to the following subjects or activities, only these subjects or activities themselves are excluded from patentability." In other words, "computer programs (as such)" cannot be patented.

Computer software does not have a clear definition in Code No 6769⁸, but computer software is also referred to as computer-based inventions⁹. In the dictionary of the European Patent Office, "computer-based inventions"; it is defined as "inventions that work using a computer, computer network, or other programmable device. To be patentable they must have a technical character and solve a technical problem, be new and contain a creative technical contribution to prior art". The importance and details of the issues in the definition will be explained in detail in the following parts of the study¹⁰.

For this reason, in the continuation of our study, the concepts of "computer program" and/ or "computer-based inventions/software" will be used in order to use the language of law. According to the regulation of Code No 6769, computer programs (as such) will not be able to benefit from patent protection. The articles of the Code No 6769 contain similar expressions as they are same with the European Patent Convention. There is no clarity on what is meant by the phrase "kendisi (as such)" in the Code No 6769 and the phrase "as such" in the European Patent Convention. In the justification of Code No 6769; it is stated that computer programs cannot benefit from protection, but if it is related to the work of an invention that will be entitled to patent protection, it can be protected within this invention¹¹. According

ların yanı sıra bir buluşun patentlenebilmesi için en temel unsurlardan bir tanesi de yukarıda saydığımız her bir unsurun izahatında de yer verdiğimiz "buluşun teknik karaktere sahip olması"dır. Alman Federal Mahkemesi tarafından da bir buluşun patentlenebilmesi için en temel ve ayırt edici özelliğin teknik unsur olduğu ifade edilmiştir⁷.

SMK madde 82'de bilimsel teoriler, matematiksel yöntemler, bilgisayar programları, zihni faaliyetler, vs. "teknik karaktere sahip olmadığı"/ "teknik olmayan" ürünler oldukları için patentlenemeyecekler arasında düzenlenmektedir. Kanun metni aynen şu şekildedir: "Aşağıda belirtilenler buluş niteliğinde sayılmaz. Patent başvurusu veya patentin aşağıda belirtilen konu veya faaliyetlerle ilgili olması hâlinde, sadece bu konu veya faaliyetlerin kendisi patentlenebilirliğin dışında kalır". Yani sarıh bir ifadeyle "bilgisayar programları (as such / sadece kendisi)" patentlenemeyecektir.

Bilgisayar programı SMK'da açık bir tanıma sahip değildir⁸, ancak bilgisayar yazılımları, bilgisayar tabanlı buluşlar olarak da ifade edilmektedir⁹. Avrupa Patent Ofisi sözlüğünde ise "bilgisayar tabanlı buluşlar"; "Bilgisayar, bilgisayar ağı veya diğer programlanabilir cihazlar kullanılarak çalışan buluşlar. Patentlenebilir olabilmeleri için teknik karaktere sahip olmaları ve teknik bir sorunu çözmeleri, yeni olmaları ve önceki sanata yaratıcı bir teknik katkı içermeleri gerekmektedir." şeklinde tanımlanmaktadır. Tanımda yer alan hususların önemi ve detayları çalışmanın devamındaki kısımları detaylı şekilde izah edilecektir¹⁰.

Bu sebeple çalışmamızın devamında kanun dilini kullanmak amacıyla "bilgisayar programı" ve/ veya "bilgisayar tabanlı buluşlar/ yazılımlar" kavramları kullanılacaktır. SMK'nın düzenlemesi gereği bilgisayar programları (kendisi/as such) patent korumasından yararlanamayacaktır. SMK'nın ilgili hükümleri Avrupa Patent Sözleşmesi ile paralel olması hasebiyle benzer ifadeleri içermektedir. SMK'da yer alan "kendisi" ibaresi ve Avrupa Patent Sözleşmesi'nde yer alan "as such" ibaresi ile neyin kastedildiği hususunda bir açıklık yoktur. SMK'nın gerekçesinde ise; bilgisayar programlarının bizatihi korumadan yararlanamayacağı, ancak patent korumasına hak kazanacak bir buluşun çalışması ile ilgili ise bu buluş dahilinde koruma alabileceği ifade edilmektedir¹¹. Avrupa Patent Sözleşmesi'ne göre de "bilgisayar tabanlı bir

FOOTNOTE

6 Fülürya Yusufoglu, Patent Verilebilirlik Şartları, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008, s. 245.

7 Uğur Çolak, Patent Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, p. 156.

8 In the definition made by the World Intellectual Property Organization, computer programs are expressed as "a set of instructions that, when in a machine-readable environment, enables a machine capable of information processing to achieve, perform or display a particular function, task or result". In American Law, a computer program is defined as "a sequence of commands given to a computer to produce a particular result". (Andrés Guadamuz González, Software Patent Debate <https://era.ed.ac.uk/bitstream/handle/1842/2264/softwarepatentdebate.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Access Date: 17.05.2023).

9 In terms of Patent Law, the terms "computer programs" and "computer software" can be used synonymously and interchangeably. EPO, EBoA 12 Mayıs 2010 ve G 0003/08 sayılı Karar, paragraf 9.1., WIPO Telif Hakları Sözleşmesi, m. 4.

10 Avrupa Patent Ofisi, Sözlük <https://www.epo.org/service-support/glossary.html> (Erişim Tarihi: 30.05.2023).

11 Çolak, p. 152.



DİPNOT

6 Fülürya Yusufoglu, Patent Verilebilirlik Şartları, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008, s. 245.

7 Uğur Çolak, Patent Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 156.

8 Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü tarafından yapılan tanımda ise bilgisayar programları "makine tarafından okunabilir bir ortamda olduğunda, bilgi işleme yeteneğine sahip bir makinenin, özel bir fonksiyonu, görevi veya sonucu elde etmesi, icra etmesi veya göstermesini sağlayan talimatlar seti" şeklinde ifade edilmiştir. Amerikan Hukukunda bilgisayar programı "belirli bir sonucu meydana getirmek için bilgisayara verilen komutlar silsilesi" olarak tanımlanmaktadır. (Bknz. Andrés Guadamuz González, Software Patent Debate <https://era.ed.ac.uk/bitstream/handle/1842/2264/softwarepatentdebate.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Erişim Tarihi: 17.05.2023).

9 Patent Hukuku bakımından "bilgisayar programları" ve "bilgisayar yazılımı" terimleri eş anlamlı olarak ve birbiri yerine kullanılabilir. EPO, EBoA 12 Mayıs 2010 ve G 0003/08 sayılı Karar, paragraf 9.1., WIPO Telif Hakları Sözleşmesi, m. 4.

10 Avrupa Patent Ofisi, Sözlük <https://www.epo.org/service-support/glossary.html> (Erişim Tarihi: 30.05.2023).

11 Çolak, s. 152.

PART 13

to the European Patent Convention, it is possible to patent “software by turning it into a computer-based invention”¹².

Contrary to the European and Turkish practice; there is no provision in the United States¹³ and Japan patent law that computer programs or computer-compatible applications and inventions cannot be patented. For this reason, computer programs (*software*) can be patented in two countries. For the first time in the United States of America, a software was granted a patent registration certificate in 1968 and today the software is within the scope of patent protection. Again, there are no provisions prohibiting patent protection in the provisions of the World Trade-Related Intellectual Property Agreement (“TRIPS”)¹⁴. However, what is currently controversial is how software should be patented, rather than whether software can be patented.

According to Article 82 of the Code No 6769, if the patent application to be filed with The Office covers only the computer program/software itself, it will not be considered an invention and, accordingly, it will not be patented¹⁵. “The computer program (as such)” cannot be patented due to the fact that computer programs do not contain individual technical characters. In other words, the acceptance of computer programs is that they do not offer a technical solution to a technical problem.

Whether the invention contains a technical character or not requires detailed examination. We would like to express that this review is an independent review of the invention from the elements of innovation, applicability to industry and the invention stage. Since it will not be possible to qualify as an invention, it will not be essential to analyze if a product or technique that lacks these three characteristics comprises technical elements. However, it is especially important from the point of view of computer programs, whether the mentioned conditions exist and whether a product that can be considered an invention has a technical element. The technical specification of each of the patent requests should be evaluated in terms of the technical element, and it should be determined whether there is an impact and contribution to the invention. If there are parts in the claims that do not meet the patentability criteria, these parts are requested to be changed and/or removed by notifying the patent applicant.

buluşa dönüştürülmek suretiyle yazılımların patentlenebilmesi söz konusudur¹².

Avrupa ve Türkiye uygulamasının aksine Amerika Birleşik Devletleri¹³ ve Japonya patent hukukunda bilgisayar programlarının ya da bilgisayar uyumlu uygulamaların ve buluşların patentlenemeyeceğine dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple iki ülke nezdinde bilgisayar programları (*yazılımlar*) patentlenebilmektedir. Amerika Birleşik Devletleri nezdinde 1968 yılında ilk defa bir yazılıma patent tescil belgesi verilmiştir ve günümüzde de yazılımlar patent koruması dahilindedir. Yine Dünya Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (“TRIPS”) hükümlerinde de patent korumasını yasaklayıcı herhangi bir hüküm bulunmamaktadır¹⁴. Ancak halihazırda tartışmalı olan husus yazılımların patentlenip patentlenemeyeceğinden çok nasıl patentleneceğidir.

SMK’nın 82. maddesine göre Türk Patent nezdinde gerçekleştirilecek patent müracaatı sadece bilgisayar programının/ yazılımın kendisini kapsıyor ise buluş niteliğinde sayılmayacak ve buna bağlı olarak da patentlenemeyecektir¹⁵. “Bilgisayar programının kendisinin” patentlenemeyecek olmasının nedeni, bilgisayar programlarının münferiden teknik karakter içermemeleridir. Yani bilgisayar programlarına dair kabul; teknik bir soruna dair teknik bir çözüm sunmadığı şeklindedir.

Buluşun teknik karakter içerip içermediği ise ayrıcalıklı ve detaylı bir inceleme gerektirmektedir. Bu incelemenin buluşun yenilik, sanayiye uygulanabilirlik ve buluş basamağı unsurlarından bağımsız bir inceleme olduğunu ifade etmek isteriz. Öyle ki bu üç unsuru taşımayan bir ürünün/ usulün buluş olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacağı için teknik unsur içerip içermediği araştırılması gereksiz olacaktır. Ancak anılan koşulların mevcut olduğu ve buluş olarak kabul edilebilecek bir ürünün teknik unsur taşıyıp taşımadığı özellikle bilgisayar programları açısından önem arz etmektedir. Patent istemlerinin her birinin, teknik şartnamesinin teknik unsur bakımından değerlendirilmeli, buluşa etki ve katkısının mevcut olup olmadığının tespiti yapılmalıdır. İstemlerde patentlenebilirlik kriterlerini haiz bulunmayan kısımlar mevcut ise bu kısımlar patent müracaat sahibine bildirilmek suretiyle değiştirilmesi ve/ veya çıkarılması istenmektedir.

SMK’nın ilgili maddelerinin Avrupa Patent Sözleşmesi ile paralel olması sebebiyle Av-

Since the relevant articles of the Code No 6769 are in parallel with the European Patent Convention, the decisions of the European Patent Office (“EPO”) have a great impact. This issue was put on the agenda by the EU Commission in 2002, and a study was carried out that paved the way for patenting. However, the study and the draft directive were rejected by the European Parliament¹⁶. Despite this, it is seen that computer programs have been patented by the EPO in recent years.

The principle of “whole content approach” was adopted by the EPO Appeals Board in the VICOM decision¹⁷. And if the computer program makes a “contribution to the state of the art”, it can be patented. “In the context of the principle of approach to the whole content, if the first technical effect of the invention is a normal effect, if it does not have a new and/or distinctive feature, it is ignored. For example, the electrical current generated by plugging a computer program into a computer is considered the first technical effect for a request to the computer program and is not considered. In such a case, if the invention can create a second technical effect, it will be patentable”¹⁸.

In addition, in the decision of the EPO Appeals Board “Computer Program Product”¹⁹, it was stated that computer programs cannot benefit from protection only because they are abstract products, because they lack technical character. In this decision, it was emphasized that the important criterion in the patentability of computer-based inventions is the “technical character”²⁰. If it contains technical character, it can be interpreted that computer-based inventions/ computer programs can be patented. In the “Computer Program Product” decision of the EPO, computer programs alone do not carry a “technical” criterion, but the effect between the computer (hardware) and the program (software) has a technical character, “a technical problem with a technical and new tool from a technical point of view”. It is stated that it can be patented provided that it is dissolved.

According to the EPO decision, in order for the software to be technically acceptable, it must be computer-based/integrated with the computer, but this technical effect must be above the known. In other words, the software stored on any computer-readable device or the software as such can be protected

rupa Patent Ofisi (“EPO”) kararlarının etkisi büyüktür. 2002 tarihinde AB Komisyonu tarafından bu husus gündeme alınmış, patentlenebilmenin önünü açan bir çalışma da gerçekleştirilmiştir. Ancak çalışma ve taslak Direktif, Avrupa Parlamentosu tarafından reddedilmiştir¹⁶. Buna rağmen son yıllarda EPO tarafından bilgisayar programlarına patent verildiği görülmektedir.

EPO Temyiz Kurulu tarafından VICOM¹⁷ kararında “bütünsel yaklaşım/ içeriğin bütününe dair yaklaşım” (*whole content approach*) ilkesi benimsenmiş ve bilgisayar programı “teknik bilinen durumuna bir katkı” sağlıyor ise patentlenebilecektir şeklinde hükmedilmiştir. “İçeriğin bütününe dair yaklaşım ilkesi çerçevesinde, buluşun teknik olarak gösterdiği ilk etki olağan bir etki ise, yeni ve/ veya ayırt edici bir özelliği yoksa ise göz ardı edilmektedir. Örneğin bir bilgisayar programının bilgisayara takılmasıyla oluşan elektrik akımı bilgisayar programına yönelik bir istem için ilk teknik etki olarak kabul edilir ve dikkate alınmaz. Böyle bir durumda buluş ikinci bir teknik etki yaratabiliyorsa patentlenebilirliği söz konusu olacaktır”¹⁸.

Bunun yanı sıra EPO Temyiz Kurulu “Computer Program Product”¹⁹ kararında da bilgisayar programlarının yalnızca kendisinin soyut ürünler olması sebebiyle korumadan yararlanamayacağı, zira teknik karakterden yoksun olduğu ifade edilmiştir. Bu karar ile *bilgisayar tabanlı buluşların* patentlenebilirliğinde önemli olan kriterin “teknik karakter” olduğu vurgulanmıştır²⁰. Teknik karakter içermesi halinde bilgisayar tabanlı buluşlar/ bilgisayar programlarının patentlenebileceği şeklinde yorum yapılabilecektir. EPO “Computer Program Product” kararında, bilgisayar programları tek başlarına “teknik” bir kriter taşımadığı, ancak bilgisayar (*hardware*) ile program (*software*) arasındaki etkinin teknik bir karaktere sahip olması, “teknik bir problemi teknik bir açıdan teknik ve yeni bir araçla” çözmesi şartlarıyla patentlenebileceği ifade edilmiştir.

EPO kararına göre yazılımların teknik olarak kabul görebilmeleri için bunların bilgisayar altyapılı/ bilgisayar ile entegre bir şekilde olmalı, ancak bu teknik etki bilinenin üzerinde olmalıdır. Yani herhangi bir bilgisayar tarafından okunabilen cihaz üzerinde depolanan yazılım veya yazılımın kendisi beklenen teknik etkinin ötesinde ileri teknik etki göstermesi halinde patent ile korunabilmektedir²¹. Özetle; ilkin başvurunun patent koruması için

DİPNOT

12 Çolak, s. 152.

13 Amerika Birleşik Devletleri nezdinde I-phone telefonları için geliştirilen tuş kılıdının açılmasını sağlayan sistem için Amerika Patent ve Marka Ofisi nezdinde 2011 yılında patent koruması sağlanmıştır.

14 Çolak, s. 155.

15 Berber, s. 219.

16 Çolak, s. 160.

17 EPO Temyiz Kurulu, 15 Temmuz 1996 tarih 0208/84/97 sayılı “Computer - related invention” kararı. <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t840208ep1.html> (Erişim Tarihi: 17.05.2023).

18 Çalışkan, https://iprgezgini.org/2021/02/08/turkpatentte-bilgisayar-tabanlı-bulusların-değerlendirilme-kriterleri-bolum-i/#_edn3 (Erişim Tarihi: 17.05.2023).

19 EPO Temyiz Kurulu, 1 Temmuz 1998 tarih 1173/97 sayılı “Computer Program Product/IBM” kararı. <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t971173ex1.html> (Erişim Tarihi: 17.05.2023).

20 Çolak, s. 228.

21 Çolak, s. 157.

FOOTNOTE

12 Çolak, p. 152.

13 Patent protection was provided by the United States Patent and Trademark Office in 2011 for the system that enables the unlocking of keys for I-phone phones developed in the United States of America.

14 Çolak, p. 155.

15 Berber, p. 219.

16 Çolak, p. 160.

17 EPO Temyiz Kurulu, 15 Temmuz 1996 tarih 0208/84/97 sayılı “Computer - related invention” kararı. <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t840208ep1.html> (Access Date: 17.05.2023).

18 Çalışkan, https://iprgezgini.org/2021/02/08/turkpatentte-bilgisayar-tabanlı-bulusların-değerlendirilme-kriterleri-bolum-i/#_edn3 (Access Date: 17.05.2023).

19 EPO Temyiz Kurulu, 1 Temmuz 1998 tarih 1173/97 sayılı “Computer Program Product/IBM” kararı. <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t971173ex1.html> (Access Date: 17.05.2023).

20 Çolak, p. 228.

PART 13

by a patent if it has an advanced technical effect beyond the expected technical effect²¹. In summary; first of all, it will be examined whether the application is a valid subject for patent protection. After that, it will be determined whether this innovation satisfies the three requirements outlined in Article 82 of Code No. 6769 and whether it has a technological impact.

As in EPO, the prerequisite for an invention to be patentable in The Office is that the invention has a technical character. Providing this feature, or technical character, is possible by including the software in a technical element such as a computer, database, etc. Applications whose technical character consists only of performing non-technical operations of the common technical elements listed above; in EPO and The Office, they often easily provide the criterion of innovation. However, it has serious difficulties in meeting the invention step criterion²².

As a result, it is not possible for software, that is, "computer programs" (as such) in the words of the law, to be registered and receive patent protection within the framework of Turkish Law. Because, as explained above, it has been stated that it cannot be patented by the express provision of the law. However, it is accepted by EPO that the invention can be patented if it has a "technical" element, in other words, if it is a computer-based software. In a similar vein, it is obvious that The Office is looking into the technological component and that software proposals without technical components would be rejected. Because it is thought that inventions such as software are abstract and do not contain a feature that exceeds the known state of the art, and they are not different from a mathematical formula. This creates an obstacle to software in terms of patent protection. In the context of Turkish Law, if the software meets the conditions in Code No 5846, it can be said that it has the quality of "work" and therefore it will be protected within the framework of the rights arising from the work.

III. CONCLUSION

Intellectual property rights are a controversial area with almost every development in this field due to developments related to technology. New age products such as software, computer programs and databases constitute one of the critical points of this dis-

geçerli bir konu olup olmadığı incelenecektir. Akabinde ise bu buluşun SMK madde 82'de düzenlenen üç kriteri taşıyıp taşımadığı incelenecek ve teknik bir etkisinin olup olmadığı değerlendirilecektir.

EPO'da olduğu gibi TürkPatent'te de bir buluşun patentlenebilir olması için ön koşul buluşun teknik karaktere sahip olmasıdır. Bu özelliğin, yahut teknik karakterin sağlanması, yazılımın bilgisayar, veri tabanı vb. bir teknik unsura dahil edilmesi ile mümkündür. Teknik karakteri sadece yukarıda sayılan yaygın teknik unsurların teknik olmayan işlemleri gerçekleştirmekten ibaret olan başvurular genellikle içerdikleri detaylarla EPO'da ve TürkPatent'te çoğu zaman yenilik kriterini de kolaylıkla sağlamakla birlikte buluş basamağı kriterini karşılamada ciddi zorluk yaşamaktadır²².

Netice itibarıyla yazılımların yani kanun lafzıyla "bilgisayar programlarının" (*kendisi*) Türk Hukuku çerçevesinde tescil edilmesi ve patent koruması alması mümkün değildir. Zira yukarıda izah edildiği üzere kanunun açık hükmü ile patentlenemeyeceği ifade edilmiştir. Ancak "teknik" unsuru taşıyor olması halinde, bir başka deyişle bilgisayar tabanlı bir yazılım olması halinde buluşun patentlenebileceği EPO tarafından kabul edilmektedir. TürkPatent nezdinde de benzer şekilde teknik unsurun araştırıldığı ve teknik unsur taşımayan istemlerle müracaat edilmiş yazılımların reddedileceği açıktır. Zira yazılım vb. buluşların soyut olmaları ve tekniğin bilinen durumunu aşan bir özellik ihtiva etmedikleri, birer matematik formülünden farksız olmadığı düşünülmektedir. Bu da patent koruması açısından yazılımların önündeki engeli oluşturmaktadır. Türk Hukuku çerçevesinde yazılımların FSEK'te yer alan şartları sağlıyor olması halinde "eser" niteliği taşıdığı bu sebeple de eserden doğan haklar çerçevesinde korunacağı söylenebilecektir.

III. SONUÇ

Fikri mülkiyet hakları, teknolojiyle ilgili gelişmeler nedeniyle bu alandaki hemen hemen her gelişmeye dair tartışmalı bir alandır. Yazılımlar, bilgisayar programları, veri tabanları gibi yeni çağın ürünleri de bu tartışmanın kritik noktalarından birini oluşturmaktadır.

cussion. It is essentially clear how the products in question will be protected according to the regulations in Turkish Law. However, it is debatable whether this protection is sufficient and whether it fully meets the rights/demands of the idea/ product owners.

We may state that every component of the software is protected since it complies with Code No. 5846 in terms of its source codes, themselves, interfaces, etc. However, within the scope of the Code No 6769, software/computer programs (as such) are considered among the products that cannot be patented on the grounds that they are not an invention. Applications submitted through the EPO are significant in terms of applications submitted through The Office since the relevant clause of the European Patent Convention and Code No. 6769 are comparable. It is also seen in the various decisions of the EPO on this matter that computer programs are considered patentable provided that they contain a technical element and are integrated with a computer. More specifically, "computer-based inventions" can be patented if they have a technical element. However, there is no concrete definition for this term, and the evaluation criteria are not explained in a concrete way.

BIBLIOGRAPHY

AYBIKE BERBER, "Yazılımlar Nasıl Korunur?, Yazılımlar Patentlenebilir Mi?", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 94, Sayı 6, İstanbul 2020.

BAYRAM DAŞBAŞI, Bilgisayar Tabanlı Buluşların ve İş Metotlarının Patentlenebilirliği: Dünyadaki Uygulamalar ve Ülkemizdeki Durum, Uzmanlık Tezi, Ankara 2013.

FATMA SÜMEYRA DOĞAN, The Patentability of Computer Implemented Inventions Under European Union Law, İstanbul Medeniyet University Institute Of Graduate Studies Department of Private Law, Master of Law Thesis, May 2021.

KERİM ASLAN, Bilişim ve Yazılım Teknolojilerinin Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları Açısından Türkiye ve Uluslararası Alandaki Görünümü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018.

MUSTAFA GÜNEY ÇALIŞKAN, TÜRK PATENT'te Bilgisayar Tabanlı Buluşların Değerlendirilme Kriterleri I, II, III (Son Erişim Tarihi: 17.05.2023 https://iprgezgini.org/2021/02/08/turkpatentte-bilgisayar-tabanlı-buluslarin-degerlendirilme-kriterleri-bolum-i/#_edn3).

UĞUR ÇOLAK, Patent Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

Bahse konu ürünlerin Türk Hukuku'ndaki düzenlemelere göre nasıl korunacağı esasen bellidir. Ancak bu korumanın yeterli olup olmadığı ve fikir/ ürün sahiplerinin haklarını/ isteklerini tam anlamıyla karşılayıp karşılamadığı tartışmalıdır.

Yazılımların, FSEK kapsamında eser mahiyetinde olduğu, kaynak kodlar, nesne kodları, bizatihi kendileri, ara yüzleri vb. her bir unsurunun korunduğunu söyleyebiliriz. Ancak SMK kapsamında yazılımlar/ bilgisayar programları (*kendisi*) buluş niteliği olmadığı gerekçesiyle patentlenemeyecek ürünler arasında sayılmıştır. Avrupa Patent Sözleşmesi ile SMK'nın ilgili hükmünün paralel olması sebebiyle EPO uygulamaları TürkPatent uygulamaları açısından önem arz etmektedir. EPO'nun bu husustaki çeşitli kararlarında da görülmektedir ki, bilgisayar programları teknik bir unsur içermesi, bir bilgisayar ile entegre edilmiş olması şartıyla patentlenebilir olarak kabul edilmektedir. Daha sarıh bir ifadeyle "bilgisayar tabanlı buluşlar" teknik unsuru taşıyor olmaları halinde patentlenebilmektedir. Ancak bu terim için somut bir tanım yapılmamakla birlikte, değerlendirme kriterleri de somut bir şekilde izah edilmemiştir.

KAYNAKÇA

AYBIKE BERBER, "Yazılımlar Nasıl Korunur?, Yazılımlar Patentlenebilir Mi?", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 94, Sayı 6, İstanbul 2020.

BAYRAM DAŞBAŞI, Bilgisayar Tabanlı Buluşların ve İş Metotlarının Patentlenebilirliği: Dünyadaki Uygulamalar ve Ülkemizdeki Durum, Uzmanlık Tezi, Ankara 2013.

FATMA SÜMEYRA DOĞAN, The Patentability of Computer Implemented Inventions Under European Union Law, İstanbul Medeniyet University Institute Of Graduate Studies Department of Private Law, Master of Law Thesis, May 2021.

KERİM ASLAN, Bilişim ve Yazılım Teknolojilerinin Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları Açısından Türkiye ve Uluslararası Alandaki Görünümü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018.

MUSTAFA GÜNEY ÇALIŞKAN, TÜRK PATENT'te Bilgisayar Tabanlı Buluşların Değerlendirilme Kriterleri I, II, III (Son Erişim Tarihi: 17.05.2023 https://iprgezgini.org/2021/02/08/turkpatentte-bilgisayar-tabanlı-buluslarin-degerlendirilme-kriterleri-bolum-i/#_edn3).

UĞUR ÇOLAK, Patent Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

DİPNOT

22 Çalışkan, https://iprgezgini.org/2021/02/08/turkpatentte-bilgisayar-tabanlı-buluslarin-degerlendirilme-kriterleri-bolum-i/#_edn3 (Erişim Tarihi: 17.05.2023).

FOOTNOTE

²¹ Çolak, p. 157.

²² Çalışkan, https://iprgezgini.org/2021/02/08/turkpatentte-bilgisayar-tabanlı-buluslarin-degerlendirilme-kriterleri-bolum-i/#_edn3 (Access date: 17.05.2023).



PART 14

THE PROCESS OF TRADEMARK APPLICATION WITH THE WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO) AND MATTERS TO BE CONSIDERED

DÜNYA FİKRİ MÜLKİYET
ÖRGÜTÜ (WIPO) NEZDİNDE
MARKA MÜRACAATINA İLİŞKİN
SÜREÇ VE DİKKAT EDİLMESİ
GEREKEN HUSUSLAR

MERYEM SOLMAZ BİLİCİ

PART 14

ABSTRACT | ÖZET

As with the trademark application, it can be essential to follow the procedure up until a decision is reached. In some nations, additional steps might also be necessary once a decision has been made to register a trademark.

Marka başvurusu öncesinde olduğu gibi karar tesis edilene kadar sürecin takip edilmesi ve bazı ülkeler açısından tescil kararı sonrasında da birtakım işlemlerin yapılması gerekebilmektedir.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELELER

Wipo, World Intellectual Property Organization, International Trademark Application.

Wipo, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü, Uluslararası Marka Başvurusu.

I. INTRODUCTION

The increase in international trade requires the protection of trademarks at the international level. There are some points to be considered before and after trademark applications before the World Intellectual Property Organization, which enables trademark applications to be made in many countries at the same time through a single center. In applications to be made through this organization, to which Türkiye is a party, it is obligatory to apply through a country of origin and the trademark must be registered or applied in that country. The part that requires the most attention in international trademark applications is the writing of the classes. However, no matter how well written, it is possible for the classification to be contrary to the legislation or internal functioning of the country applied for. In this case, it is obligatory to make the necessary correction after the provisional refusal decision established by the relevant country. As with the trademark application, it can be essential to follow the procedure up until a decision is reached. In some nations, additional steps might also be necessary once a decision has been made to register a trademark. For example, some countries may request payment of a second part fee after registration, while some countries require the submission of a trademark

I. GİRİŞ

Uluslararası ticaretin artması, markaların uluslararası düzlemde korunmasını da zorunlu kılmaktadır. Bu çerçevede tek merkez üzerinden pek çok ülkede aynı anda marka müracaatı yapılmasını sağlayan Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü nezdinde yapılacak marka başvurularının öncesinde ve sonrasında dikkat edilmesi gereken hususlar vardır. Türkiye'nin de taraf olduğu bu örgüt üzerinden yapılacak başvurularda, bir menşe ülke üzerinden başvurunun yapılması ve markanın söz konusu ülkede tescilli veya müracaat edilmiş olması zorunludur. Uluslararası marka başvurularının en fazla dikkat gerektiren kısmı ise emtia listesinin yazılmasıdır. Ancak ne kadar iyi kaleme alınırsa alınsın, emtia listesinin müracaat edilen ülkenin mevzuatına veya iç işleyişine aykırı olabilmesi mümkündür. Bu durumda ilgili ülke tarafından tesis edilen geçici ret kararı sonrası gerekli düzeltmenin yapılması zorunludur. Marka başvurusu öncesinde olduğu gibi karar tesis edilene kadar sürecin takip edilmesi ve bazı ülkeler açısından tescil kararı sonrasında da birtakım işlemlerin yapılması gerekebilmektedir. Söz gelimi bazı ülkeler tescil sonrası ikinci taksit ödemesi talep edebilmekte, bazı ülkeler ise marka kullanım beyanı ibrazını aramaktadır. Bu sebeplerden dolayı başarılı bir uluslararası marka başvurusunun, WIPO tarafından

declaration of use. For these reasons, it is important that a successful international trademark application is made by examining the guides prepared by WIPO and after a detailed planning.

International trade and globalization allow local trademarks to appear internationally. The increase in imports and exports in a global sense brings the presentation of products and services to consumers outside the borders of the country. This situation raises the questions of whether a trademark registered/protected in the country of origin will have protection abroad or how it can be protected. Considering the principle of territoriality prevailing in trademark law, it is clear that local registration and protection will not provide sufficient or no protection outside the borders of the country¹. For this reason, it is necessary to offer solutions to the problem of how trademark owners who cross the borders of the country or have such a goal can protect their rights.

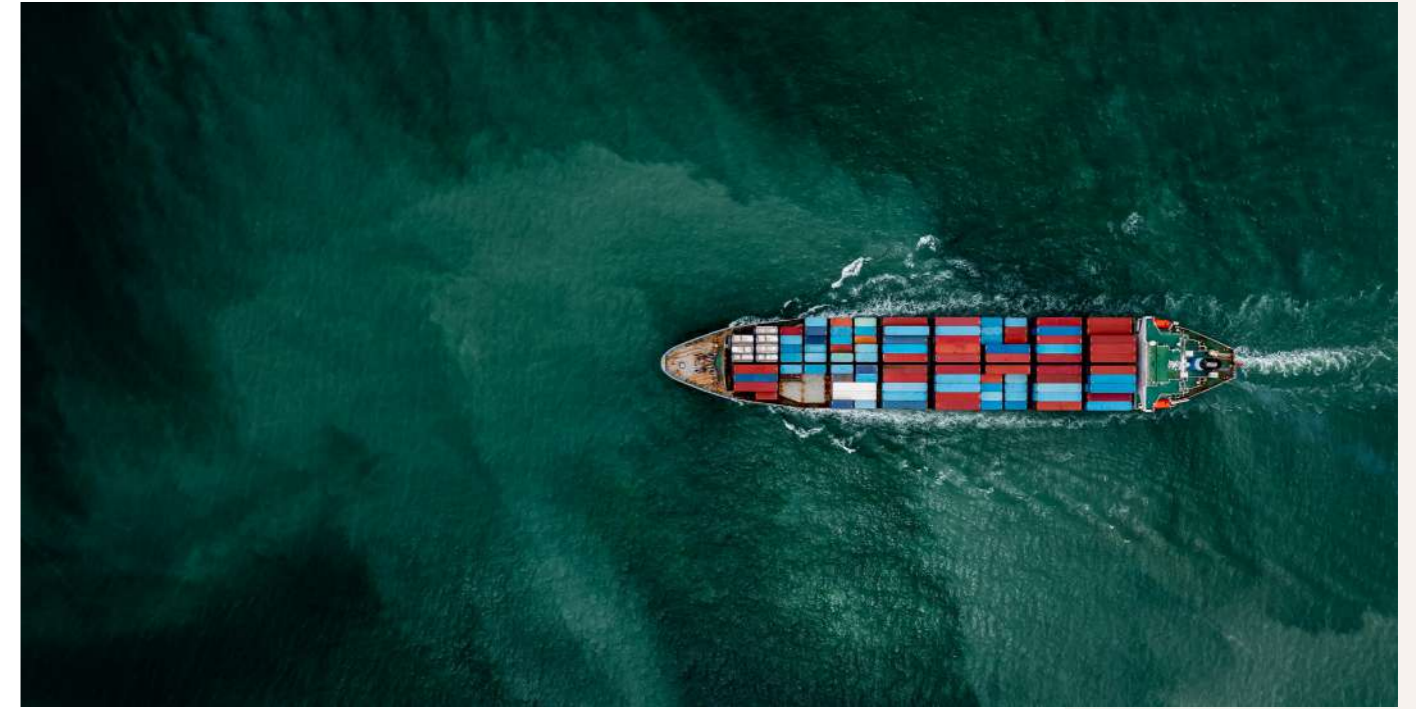
Trademark registration abroad can be done through a trademark application in the relevant country or through international or regional organizations such as the World Intellectual Property Organization ("WIPO") or the European Union Intellectual Property Office ("EUIPO").

hazırlanan rehberler incelenerek ve detaylı bir planlama sonrasında yapılması önem arz etmektedir.

Uluslararası ticaret ve globalleşme, yerel markaların uluslararası alanda daha fazla görünmesine imkân sağlamıştır. Küresel anlamda ithalat ve ihracatın artması, ürün ve hizmetlerin ülke sınırları dışında da tüketiciye sunulmasını beraberinde getirmiştir. Bu durum ise, menşe ülkede tescilli/koruma altında olan bir markanın yurtdışında korumaya sahip olup olmayacağı veya nasıl koruma elde edebileceği sorularını ortaya çıkarmaktadır. Marka hukukunda hâkim olan ülkesellik prensibi düşünüldüğünde, yerel nitelikli tescil ve korumanın, ülke sınırları dışında yeterli veya hiç koruma sağlamayacağı açıktır¹. Bu sebeple ülke sınırlarını aşan veya böyle bir hedefi olan marka sahiplerinin markalarını nasıl koruyacakları problemine yönelik çözüm önerilerinin sunulması gerekmektedir.

Yurtdışında marka tescili; ilgili ülkede marka başvurusu yoluyla yapılabileceği gibi Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü ("WIPO") veya Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi ("EUIPO") gibi uluslararası veya bölgesel kuruluşlar üzerinden de yapılabilir.

Belirtmek gerekir ki pek çok ülke, kendi sınırları içerisinde ikamet etmeyen kişilere marka



FOOTNOTE

¹ Yaşar Özbek, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü, <https://www.mfa.gov.tr/dunya-fikri-mulkiyet-orgutu.tr.mfa> (Access: 31.02.2023).

DİPNOT

¹ Yaşar Özbek, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü, <https://www.mfa.gov.tr/dunya-fikri-mulkiyet-orgutu.tr.mfa> (Erişim: 31.02.2023).

PART 14

It should be noted that many countries allow people who do not reside within their borders to register trademarks. Thus, even if a person is not a citizen or resident, they can still file for a trademark there. However, in order to submit an accurate trademark application, a trademark attorney or lawyer based in that nation is advised. In many countries, legal representation may also be required. The differences in the trademark law and application procedure of each country are among the difficulties that the applicant may encounter in case of a separate local application. Issues such as finding a reliable attorney, following the process through the attorney, and the fact that each country has different legal procedures are among the main difficulties of trademark applications to be made on a country basis through a local attorney. Additionally, if the trademark application is desired to be made in more than one country, it can be costly and tiring in terms of labor and time.

This study will examine the scope and processes of trademark application before WIPO, and the issues that Turkish practitioners should pay attention to during the application and registration phase.

II. WIPO AND MEMBER STATES

WIPO is a global forum for intellectual property services, policy, information and collaboration. WIPO, a self-funding organization of the UN with 193 member nations, processes applications for stuff like trademarks and patents, has a system of arbitration for disputes with domain names, and performs general studies on intellectual property concerns. The headquarters of the organization is in Geneva, Switzerland.

WIPO was established to lead the development of a balanced and effective international intellectual property system that enables innovation and creativity. WIPO's mandate, governing bodies, procedures, etc. is regulated in the WIPO Convention establishing WIPO in 1967².

Türkiye became a member of WIPO on May 12, 1976, and has been a party by signing 20 of the conventions and international agreements prepared by WIPO since its establishment³.

tescili imkânı vermektedir. Bu durumda bir kişi, vatandaşı olmasa veya ikameti bulunmasa bile yabancı bir ülkede marka müracaatında bulunabilmektedir. Ancak bu durumda pek çok ülkede yasal bir zorunluluk olmasının yanı sıra isabetli bir marka başvurusu yapabilmek için o ülkede faaliyet gösteren bir marka vekili ve/veya avukat aracılığıyla başvurunun yapılması gerekmektedir. Ayrıca her ülkenin marka hukukunun ve başvuru prosedürünün farklılığı, başvuru sahibinin karşılaşılabileceği zorluklar arasında yer almaktadır. Güvenilir bir vekilin bulunması, vekil üzerinden sürecin takip edilmesi, her ülkenin farklı yasal prosedürlere sahip olması gibi hususlar yerel vekil aracılığıyla ülke bazında yapılacak marka müracaatlarında karşılaşılabilecek temel zorluklar arasındadır. Öte yandan marka müracaatının birden fazla ülkede yapılması isteniyorsa, her bir ülke açısından ayrı prosedürlerin yürütülmesi hem emek hem zaman hem de maliyet açısından yorucu olabilmektedir.

Bu çalışmamızda; WIPO nezdinde marka müracaatının kapsamı ve süreçleri incelenecek, başvuru ve tescil aşamasında Türk uygulamacıların dikkat edilmesi gereken hususların altı çizilecektir.

II. WIPO VE TARAF ÜLKELER

WIPO, fikri mülkiyet hizmetleri, politikası, bilgileri ve işbirliği için oluşturulmuş küresel bir forumdur. 193 üye devletle Birleşmiş Milletler'in kendi kendini finanse eden bir kuruluşu olan WIPO, marka ve patent gibi konularda başvuru kabul etmekte, bünyesinde alan adları uyumsuzluklarına ilişkin tahkim sistemini barındırmakta ve genel olarak fikri mülkiyet meselelerine ilişkin çalışmalar yürütmektedir. Örgütün merkezi İsviçre'nin Cenevre şehrinde dir.

WIPO, yenilik ve yaratıcılığı mümkün kılan dengeli ve etkili bir uluslararası fikri mülkiyet sisteminin geliştirilmesine öncülük etmek amacıyla tesis edilmiştir. WIPO'nun yetki alanı, yönetim organları, prosedürleri vb. WIPO'yu 1967'de kuran WIPO Sözleşmesinde belirtilmiştir².

Türkiye, 12 Mayıs 1976 tarihinde WIPO'ya üye olmuş, kurulduğu aşamadan itibaren WIPO tarafından hazırlanan sözleşme ve uluslararası anlaşmalardan 20'sini imzalayarak taraf olmuştur³.

193 out of 208 countries registered to the United Nations are members of WIPO. However, it should be noted that some of the WIPO member states do not accept trademark applications through WIPO. For example, although Saudi Arabia and Kuwait are members of WIPO, it is not yet possible to apply for trademarks in these countries through the WIPO system. Therefore, the trademark owner or his attorney who wants to apply for a trademark through WIPO should determine whether the countries to which the application is sought are parties to WIPO, as well as whether they accept a trademark application through WIPO⁴.

III. TRADEMARK TRANSACTIONS BEFORE WIPO

There are various transactions and applications that can be made using the WIPO system. The first of these, and the main subject of our study, is the new application. Application for "subsequent designation" is also possible through WIPO. This process is used in case that an existing trademark at WIPO is desired to apply in other countries in terms of all or some of the goods and services in which the trademark is registered. However, it is not possible to add new goods and services to the list with subsequent determination. In addition, it is possible to carry out many transactions related to trademarks such as trademark renewal, changing registration and proxy information, limiting goods and services, registering or canceling the trademark license.

Birleşmiş Milletlere kayıtlı 208 ülkeden 193'ü WIPO'ya üyedir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki WIPO üye devletlerin bir kısmı marka müracaatlarını WIPO üzerinden kabul etmemektedir. Örneğin Suudi Arabistan ve Kuveyt, WIPO'ya üye olmasına rağmen WIPO sistemi üzerinden bu ülkelerde marka müracaatı yapılması henüz mümkün değildir. Doğal olarak WIPO üzerinden marka müracaatı yapmak isteyen marka sahibinin veya vekilinin, müracaat yapılmak istenen ülkelerin WIPO'ya taraf olup olmadıklarının yanı sıra WIPO üzerinden marka müracaatı kabul edip etmediklerini tespit etmeleri gerekmektedir⁴.

III. WIPO NEZDİNDE MARKA İŞLEMLERİ

WIPO sistemi kullanılarak yapılabilecek çeşitli işlem ve başvurular bulunmaktadır. Bunlardan ilki ve çalışmamızın da temel konusu olan marka müracaatıdır (new application). Bunun yanı sıra WIPO aracılığıyla "Sonradan Belirleme" (subsequent designation) şeklinde ifade edilen işlem yapılabilir. Bu işlem, WIPO nezdinde mevcut bir marka başvurusunun, tescil edildiği bütün veya bazı mal ve hizmetler açısından başka ülkelerde müracaat edilmek istenmesi halinde başvuru bir yöntemdir. Ancak sonradan belirleme ile yeni mal ve hizmetlerin listeye eklenmesi mümkün değildir. Yanı sıra marka yenileme, kayıt ve vekil bilgilerini değiştirme, mal ve hizmet sınırlama, marka lisansını kaydetme veya iptal etme gibi markalara ilişkin pek çok işlemin WIPO üzerinden gerçekleştirilmesi mümkündür.



DİPNOT

² Detaylı bilgi ve sözleşme metni için bkz. <https://www.wipo.int/treaties/en/convention/> (Erişim: 31.03.2023).

³ Fikri mülkiyet alanına ilişkin uluslararası anlaşmaların ve bu anlaşmalara taraf ülkelere ilişkin istatistiksel veri elde etmek için bkz. <https://www.wipo.int/wipolex/en/main/treaties> (Erişim: 31.03.2023).

⁴ Bunun pratik bir şekilde tespiti için WIPO'nun internet sitesinden güncel mm2 formu indirilerek formdaki seçilebilecek ülkeler listesine bakılabilir.

FOOTNOTE

² See for the Convention and more details: <https://www.wipo.int/treaties/en/convention/> (Access: 31.03.2023).

³ Please see to obtain statistical data on international agreements on intellectual property and the countries party to these agreements: <https://www.wipo.int/wipolex/en/main/treaties> (Access: 31.03.2023).

⁴ In order to determine this in a practical way, the current mm2 form can be downloaded from the WIPO website and the list of countries that can be selected in the form can be checked.

PART 14

There is a form for every transaction to be made before WIPO. For example, mm2 form should be submitted for trademark application, while mm18 form for trademark applications covering the United States of America, mm5 form for changes in trademark ownership. The guidelines prepared by WIPO explain which form should be filled for what purpose and the points to be considered while filling these forms⁵.

A. Important Issues Before Trademark Application

Trademark application at WIPO can be made through the online eMadrid system as well as through the Turkish Patent and Trademark Office ("TurkPatent"). In any case, the trademark application is first submitted to WIPO after it is examined and approved by the expert at TurkPatent.

For an international trademark application, the trademark in question must be registered or applied in the country of application (office of origin). In other words, for an international trademark application to be made through Türkiye, there must first be a trademark registered or applied for before TurkPatent. As the registration number in the country of origin, and if it has not been registered yet, the application number should be written in the part expressed as "basic trademark number" in the trademark application form.

Another point to be considered before the application is that the classes of goods and services for which the trademark is registered or applied for in the country of origin cannot be extended through international application. For example, it is not possible to add the 10th class when making an international trademark application for the X trademark registered in Türkiye in classes 03 and 05. Similarly, international trademark applications cannot be made for subclasses that are not in the application of the X trademark in the country of origin, although they are in the class 05.

It can be said that writing the list of goods/ services in the trademark application form is one of the most important and exhausting parts of the application. Even a letter or punctuation error in the spelling may cause an irregularity letter to be sent by WIPO regarding the application or a rejection de-

cision from the applied countries even if it passes the first examination by WIPO. Again, a refusal decision can be made regarding the list of goods/ services that are meaningless, vague or broad in scope, repetitive or things not considered under the applied class, as a result of translation errors.

A. Marka Müracaatı Öncesinde Dikkat Edilmesi Gerekenler

WIPO nezdinde marka müracaatı, online eMadrid sistemi üzerinden gerçekleştirilebileceği gibi Türk Patent ve Marka Kurumu ("TurkPatent") aracılığıyla da gerçekleştirilebilmektedir. Her halükârda marka başvurusu, öncelikle TurkPatent nezdindeki uzman tarafından incelenip onaylanması sonrasında WIPO'ya iletilmektedir.

Uluslararası marka müracaatı için söz konusu markanın, başvurunun yapılacağı ülkede (Office of origin) tescilli veya müracaat edilmiş olması gereklidir. Bir diğer ifadeyle Türkiye üzerinden yapılacak bir uluslararası marka başvurusu için öncelikle TurkPatent nezdinde tescil edilmiş veya müracaat edilmiş bir markanın bulunması zorunludur. Zira marka başvuru formunda "basic mark number" olarak ifade edilen kısma, menşe ülkedeki tescil numarası, henüz tescil edilmemiş ise başvuru numarası yazılmalıdır.

Müracaat öncesinde dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise, menşe ülkede markanın tescil veya müracaat edildiği mal ve hizmet sınıflarının uluslararası başvuru yoluyla genişletilememesidir. Örneğin Türkiye'de 03 ve 05. sınıflarda tescil edilmiş olan X markasına ilişkin uluslararası marka başvurusu yapılırken 10. sınıfın eklenmesi mümkün değildir. Benzer şekilde 05. sınıfta yer almasına rağmen X markasının menşe ülkedeki müracaatında bulunmayan alt sınıflar için de uluslararası marka başvurusu gerçekleştirilemez.

Marka müracaat formunda emtia listesinin yazılmasının, başvurunun en önemli ve emek gerektiren kısımlardan biri olduğu söylenebilir. Zira yazımdaki bir harf veya noktalama hatası, başvuruya ilişkin WIPO tarafından uygunsuzluk yazısı gönderilmesine veya WIPO nezdindeki ilk incelemeyi geçse bile başvuru ülkelerden ret kararı gelmesine

sebebiyet verebilmektedir. Yine tercüme hataları sonucu anlamsız veya kapsamı geniş, tekrarlayan veya başvuru sınıf altında değerlendirilmeyen emtia listesine ilişkin ret kararı da gelebilmektedir.

Şunu önemle belirtmek gerekir ki ne kadar iyi kaleme alınmış olursa olsun, WIPO üzerinden marka müracaatını alan üye ülke başvurusu ve emtia listesini kendi iç hukuk düzenlemelerine göre değerlendirmektedir. Doğal olarak ilgili ülkenin kanuni düzenlemeleri veya uygulamaları, belirlenen ve WIPO'nun ilk incelemesinden başarıyla geçen marka müracaatı dolayısıyla ilgili ülkeden ret kararı gelmesini engellemez.

Bu çerçevede yapılan uluslararası marka başvurusu, öncelikle WIPO tarafından incelenir. Daha sonra müracaat edilen ülkelerin marka ofislerine gönderilir. Kimi ülkelerin marka ofisleri çok hızlı inceleyip marka müracaatını karara bağlarken kimi ülkelerden aylarca herhangi bir karar gelmemektedir. Bu durumda marka sahibinin, ilgili karar gelene kadar beklemesi veya o ülkedeki yerel vekil aracılığıyla süreci yakından takip etmesi dışında bir seçenek bulunmamaktadır.

Uluslararası marka müracaatı yapıldıktan ve menşe ofis tarafından onaylandıktan sonra WIPO uzmanı tarafından başvuru şekli açıdan incelenir. Bu incelemenin kapsamına;

It should be emphasized that, no matter how well written, the member country that received the trademark application through WIPO evaluates the application and the list of goods/ services according to its own domestic legal regulations. Therefore, even though the application was approved and passed the first assessment by WIPO, the legal statutes or customs of the relevant countries may demand that it be rejected.

An international trademark application made within this framework is first examined by WIPO. It is then sent to the trademark offices of the applied countries. While the trademark offices of some countries examine very quickly and decide on the trademark application, some countries do not make any decisions for months. In this case, the trademark owner has no choice but to wait until the relevant decision is made or to follow the process closely through a local representative in that country.

B. Important Issues After Trademark Application

After the international trademark application is made and approved by the office of origin, it is examined by the WIPO expert in terms of application formalities. The scope

B. Marka Müracaatı Sonrasında Dikkat Edilmesi Gerekenler

Uluslararası marka müracaatı yapıldıktan ve menşe ofis tarafından onaylandıktan sonra WIPO uzmanı tarafından başvuru şekli açıdan incelenir. Bu incelemenin kapsamına;



FOOTNOTE

⁵ It is strongly recommended that the trademark owner or attorney, who wants to take any action before WIPO, should examine these notes while filling out the form for a healthy application process: https://www.wipo.int/export/sites/www/madrid/en/docs/notes_for_filing_mm_forms.pdf (Access: 31.03.2023).

DİPNOT

⁵ WIPO nezdinde herhangi bir işlem yapmak isteyen marka sahibi veya vekilin, sağlıklı bir başvuru süreci için yapacağı işleme ilişkin formu doldururken muhakkak bu notları incelemesi önerilmektedir: https://www.wipo.int/export/sites/www/madrid/en/docs/notes_for_filing_mm_forms.pdf (Erişim: 31.03.2023).

PART 14

of this review the expert examines whether the right classes of goods and services have been selected, whether the application fee has been paid, whether the mandatory information in the application form has been filled in. If any problem is detected by the expert, this situation is reported to the applicant through the "Irregularity Letter" and requested to make the necessary correction within the time specified in the letter.

The error detected in the application and how this error can be corrected are clearly stated in irregularity letters sent by WIPO. However, the applicant is not bound by the solution specified in the article. In other words, the recommendations in the irregularity letters are not binding.

A reply letter is submitted in which the necessary corrections are made for the irregularity letters. After this stage, the application, which does not contain any other formal problems, is forwarded to the trademark offices of the countries specified in the application.

1. Refusal Decisions of Member States

The country receiving the trademark application examines and decides on the application according to its own legislation. If a situation inconsistent with the country's legislation is detected, this situation is notified to the applicant via WIPO with a so-called "Provisional Refusal Decision". The most common reasons for provisional refusal decisions in practice are the existence of the same and/or similar previous trademark registrations or applications in the said country, the errors in the classification in accordance with the said country's law and procedure, the lack of mandatory elements for the country in question (for example, the translation of the trademark into the relevant language), even if it is not mandatory in the application form.

The relevant office includes explanations regarding the translation of the legislation, the reason for the refusal, and how and when⁶ the refusal can be appealed in provisional refusal decisions. In certain countries' refusal decisions, it is also noticed that suggestions are made as to how to fix the problem that led to the rejection. Many countries allow the submission of a response to an appeal against a provisional refusal decision through a person authorized to act as a representative in that country. For example, the USA, which used to

doğru mal ve hizmet sınıflarının seçilip seçilmediği, başvuru ücretinin ödenip ödenmediği, başvuru formundaki zorunlu bilgilerin doldurulup doldurulmadığı gibi hususlar girmektedir. Şayet WIPO uzmanı tarafından herhangi bir problem tespit edilirse bu durum "Uygunuzluk Yazısı" (Irregularity Letter) yoluyla müracaat sahibine bildirilir ve yazıda belirtilen süre içerisinde gerekli düzeltmeyi yapması talep edilir.

WIPO tarafından gönderilen uygunuzluk yazılarında; başvuruda tespit edilen hata ve bu hatanın nasıl giderilebileceği açık bir şekilde belirtilir. Ancak müracaat sahibi, yazıda belirtilen çözüm ile bağlı değildir. Bir diğer ifadeyle uygunuzluk yazısında yer alan öneriler bağlayıcı nitelikte değildir.

Uygunuzluk yazısına yönelik gerekli düzeltmelerin yapıldığı cevabi yazı sunulur. Bu aşamadan sonra uygunuzluğun giderildiğini tespit eden ve başkaca bir şekli problem içermeyen başvuru, müracaatta belirtilen ülkelerin marka ofislerine iletilir.

1. Üye Ülkeden Gelen Ret Kararları

Marka başvurusunu alan ülke, kendi mevzuatına göre başvuruyu inceler ve karara bağlar. Şayet ülke mevzuatı ile uyumsuz bir durum tespit edilirse, "Geçici Ret Kararı" (provisional refusal decision) denilen karar ile bu durum WIPO üzerinden müracaat sahibine bildirilir. Uygulamada en çok karşılaşılan geçici ret sebepleri arasında; anılan ülkede önceden müracaat veya tescil edilen aynı ve/veya benzer markaların varlığı, emtia listesinin usule uygun kaleme alınmamış olması, başvuru formunda zorunlu olmasa bile söz konusu ülke için zorunlu olan unsurların eksikliği (örneğin markanın ilgili dile tercümesi gibi) görülmektedir.

Geçici ret kararlarında ilgili ülke ofisi, redde dayanak mevzuatın tercümesine, ret gerekçesine ve redde nasıl ve ne sürede⁶ itiraz edilebileceğine ilişkin açıklamalara yer verir. Bazı ülkelerden gelen ret kararlarında, redde gerekçe gösterilen hatanın nasıl giderileceğinin önerildiği de görülmektedir. Pek çok ülke geçici ret kararına karşı itiraz için anılan ülkede vekillik yapma yetkisine sahip bir kişi aracılığıyla cevabın sunulmasına imkân vermektedir. Söz gelimi eskiden bizzat marka sahibine de ret kararına cevap verme imkânı sağlayan ABD, yapılan değişiklik sonrası vatan dışı olmayan ve yurtdışında mukim kişile-

provide the trademark owner with the opportunity to respond to the refusal decision, requires the representation of non-citizens and resident abroad by proxy after the amendment. Considering that the refusal decision and the response procedure will be carried out entirely in accordance with the domestic law of the country in question, it can be said that it is more appropriate to work with a local representative in case of a provisional refusal decision.

In cases where no response is given to the provisional refusal decision in due time or if the response does not eliminate the reason for the refusal, the final refusal decision is established by the relevant trademark office. After this stage, it is a process that must be resolved completely according to the legal system of the relevant country. In other words, there is no opportunity to provide an answer or file a lawsuit over WIPO to the country that issued the refusal decision. In this case, it is recommended to work with a local representative and to draw a path in line with his recommendations.

It should be noted that there is no obstacle to re-applying the same or different countries over WIPO for a trademark for which a refusal decision was given.

2. Member States' Statements of Granting Protection

The relevant country may also grant protection as a result of the trademark application submitted by WIPO. Sometimes, a registration decision can be made directly, while in

rin vekil ile temsilini zorunlu tutmaktadır. Ret kararının ve buna cevap usulünün tamamen bahse konu ülkenin iç hukuk kurallarına göre yürütüleceği düşünüldüğünde, geçici ret kararı halinde yerel bir vekil ile çalışmanın daha isabetli olduğu söylenebilir.

Geçici ret kararına süresi içerisinde cevap verilmemesi veya verilen cevabın ret gerekçesini ortadan kaldırmadığı durumlarda ilgili marka ofisi tarafından nihai ret kararı tesis edilir. Bu aşamadan sonrası tamamen ilgili ülkenin hukuk sistemine göre çözümlenmesi gereken bir süreçtir. Bir diğer ifadeyle ret kararı tesis eden ülkeye WIPO üzerinden herhangi bir cevap sunmak veya dava açmak gibi bir imkân bulunmamaktadır. Bu halde yerel bir vekil ile çalışmak ve onun önerileri doğrultusunda yol çizmek önerilmektedir.

Belirtmek gerekir ki ret kararı tesis edilen bir markaya ilişkin olarak WIPO üzerinden tekrar aynı veya farklı ülkeleri kapsayacak şekilde müracaatta bulunulmasına bir engel yoktur.

2. Üye Ülkeden Gelen Tescil Kararları

WIPO tarafından ilgili ülkeye iletilen marka müracaatı sonucunda tescil kararı verilebilmesi de mümkündür. Bazen doğrudan tescil kararı verilebilirken bazı durumlarda geçici



FOOTNOTE

⁶ It is necessary to pay attention to the opposition period included in the provisional refusal decisions. For some countries, it is not possible to extend the opposition time, in other words, to request an extension of time.

DİPNOT

⁶ Geçici ret kararlarında yer alan itiraz süresine dikkat edilmesi gerekir. Zira bazı ülkeler açısından bu cevap süresinin genişletilmesi, bir diğer ifadeyle süre uzatımı talep edilebilmesi mümkün değildir.

PART 14

some cases, a registration decision can be made after the response to the provisional refusal decision. After the applicant learns that the trademark is registered in the relevant country, there are some issues to pay attention to. These issues are mostly communicated to the trademark owner via WIPO.

The most basic issue to be considered after registration is the payment of the second fee. Some countries charge the trademark application fee in two installments: the first installment at the time of application and the second installment after the registration of the trademark was decided. Countries that already request payment of second fee are Brazil and Cuba⁷. If the trademark applicants in these countries neglect to pay the second fee after registration, the trademark will become invalid and the protection decision established in the relevant country will lose its meaning.

Some countries may request a declaration of use after the trademark registration decision. The decision to revoke the trademark registration will be made if it is not possible to show that the trademark is used in that nation or is projected to be used there shortly afterward. For example, in the Philippines, a trademark declaration of use is requested after registration, and if it is not submitted, the trademark registration is abandoned. For this reason, it will be to the advantage of the trademark owner who has applied for the trademark to obtain preliminary information about the obligation to use the trademark in the relevant country.

ret kararına verilen cevap sonrasında tescil kararı verilebilir. Müracaat sahibinin, markanın ilgili ülkede tescil edildiğini öğrenmesi akabinde dikkat edilmesi gereken bazı hususlar vardır. Bu hususlar çoğunlukla WIPO üzerinden marka sahibine bildirilir.

Tescil sonrası dikkat edilmesi gereken en temel mesele, ikinci taksitin ödenmesidir. Bazı ülkeler marka başvuru ücretini iki taksit şeklinde alır: ilk taksiti başvuru esnasında ve ikinci taksit markanın tesciline karar verilmesi sonrasında. Hâlihazırda ikinci taksit uygulaması olan ülkeler; Brezilya ve Küba'dır⁷. Bu ülkelerde marka başvurusunda bulunan marka sahiplerinin, tescilden sonra ikinci taksiti ödemeyi ihmal etmeleri halinde marka geçersiz hale gelecek ve ilgili ülkede tesis edilen koruma kararı anlamını yitirecektir.

Bazı ülkeler ise marka tescil kararından sonra marka kullanımına ilişkin kullanım beyanı (declaration of use) talep edebilmektedir. Markanın o ülkede kullanıldığı veya yakın bir zamanda kullanılmasının planlandığı ispatlanamazsa marka tescilinin iptaline karar verilmektedir. Örneğin Filipinler'de tescil sonrası marka kullanım beyanı talep edilmekte, sunulmaması halinde ise marka tescili terkin edilmektedir. Bu sebeple marka müracaatı yapan marka sahibinin, ilgili ülkede marka kullanma zorunluluğuna ilişkin ön bilgi alması avantajına olacaktır.



FOOTNOTE

⁷ Second fee should be paid for trademark applications in Japan, in case that application was made before March 31, 2023.

IV. CONCLUSION

The importance of branding at the international level requires the protection of trademarks at the international level. One of the most preferred ways in this regard is to apply for a trademark through WIPO. The interest in WIPO and international trademark application, which offers the opportunity to apply in three languages, is increasing day by day. For this reason, it is essential to know the points to be considered and the resources to be examined while making an international trademark application.

After briefly presenting WIPO and its member nations, our paper outlines the considerations that should be examined before and after filing an international trademark application. This study aims to draw a general framework for practitioners and trademark owners beyond an academic text and to guide their international trademark applications.

Accordingly, trademark owners and practitioners should determine the countries where the trademark will be used, determine the list of goods/ services and examine the guides prepared by WIPO at every stage of the application. However, this is not enough to ensure trademark protection, and in some specific countries, transactions such as paying the second fee and submitting a declaration of use should not be neglected to ensure the continuation of the protection after registration.

BIBLIOGRAPHY

Guide to the Madrid System International Registration of Marks under the Madrid Protocol, (Erişim: 31.02.2023), <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo-pub-455-2022-en-guide-to-the-madrid-system-international-registration-of-marks-under-the-madrid-protocol.pdf>.

YAŞAR ÖZBEK, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü, (Access: 31.02.2023) <https://www.mfa.gov.tr/dunya-fikri-mulkiyet-orgutu.tr.mfa>.

IV. SONUÇ

Uluslararası düzeyde markalaşmanın önem kazanması, markaların uluslararası düzlemde korunmasını gerektirmektedir. Buna ilişkin en çok tercih edilen yollardan birisi WIPO üzerinden marka başvurusunun gerçekleştirilmesidir. Üç dilde başvuru imkânı sunan WIPO'ya ve uluslararası marka başvurusuna karşı ilgi ise gün geçtikçe artmaktadır. Bu sebeple uluslararası marka başvurusu yapılırken dikkat edilmesi gereken hususlar ve incelenmesi gereken kaynakların bilinmesi elzemdir.

Çalışmamızda kısaca WIPO ve üye ülkeler tanıtıldıktan sonra uluslararası marka başvurusunun öncesinde ve sonrasında yapılması ve dikkat edilmesi gereken hususlar belirtilmiştir. Bu çalışma, akademik bir metnin ötesinde uygulamacılara ve marka sahiplerine genel bir çerçeve çizmek ve uluslararası marka başvurularında yol göstermek amacıyla yapılmıştır.

Buna göre marka sahipleri müracaat öncesinde, markanın kullanılacağı ülkeleri, emtia listesini belirlemeli ve başvurunun her aşamasında WIPO tarafından hazırlanan rehberleri incelemelidir. Ancak marka korumasını temin etmek için bu yeterli olmayıp spesifik bazı ülkelerde tescil sonrası tescilin devamını sağlamaya yönelik ikinci taksiti ödeme, kullanım beyanı sunma gibi işlemler ihmal edilmemelidir.

KAYNAKÇA

Guide to the Madrid System International Registration of Marks under the Madrid Protocol, (Erişim: 31.02.2023), <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo-pub-455-2022-en-guide-to-the-madrid-system-international-registration-of-marks-under-the-madrid-protocol.pdf>.

YAŞAR ÖZBEK, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü, (Erişim: 31.02.2023) <https://www.mfa.gov.tr/dunya-fikri-mulkiyet-orgutu.tr.mfa>.

DİPNOT

⁷ 31 Mart 2023 tarihinden önce yapılan başvurular açısından Japonya'da da ikinci taksit talep edilmektedir.

PART 15

SANCTIONS IMPOSED BY CAPITAL MARKET BOARDS OF TÜRKİYE IN SCOPE OF MARKET ABUSE AND LEGAL REMEDIES AGAINST SANCTIONS

PIYASA BOZUCU EYLEMLER
KAPSAMINDA SERMAYE
PIYASASI KURULU'NUN
UYGULADIĞI YAPTIRIMLAR
VE YAPTIRIMLARA KARŞI
BAŞVURU YOLLARI

GİZEM ALUÇ
CİHAT AYGÜN
SERKAN TAĞAL
ZEHRİ AYYÜCE BALCI

ABSTRACT | ÖZET

Capital Markets Board (“CMB”), the authority to impose administrative sanctions for market-distorting actions and the legal remedies that can be taken against these administrative sanctions are examined.

Sermaye Piyasası Kurulu'nun (“SPK”) piyasa bozucu eylemlere yönelik idari yaptırım uygulama yetkisi ve bu idari yaptırımlara karşı gidilebilecek hukuki yollar incelenmiştir.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELELER

Capital Markets, Market Abuse, Inside Information, Public Disclosure Obligation, Capital Markets Board, Administrative Sanction.

Sermaye Piyasası, Piyasa Bozucu Eylemler, İçsel Bilgi, Kamuyu Aydınlatma Yükümlülüğü, Sermaye Piyasası Kurulu, İdari Yaptırım.

I. INTRODUCTION

Under the 2012 Capital Markets Law¹ (“CML”), market abuse is defined for the first time in Turkish law. In this study, market abuse is defined based on the regulations on market abuse within CML, and types of market abuse is evaluated under the Communiqué on Market Abuse² (“Communiqué”) issued under CML. Finally, the authority of Capital Markets Boards of Türkiye (“CMB”) to impose administrative sanctions and legal remedies against these sanctions are analysed.

Capital markets have a very important position in economies of states. Investors take into account capital markets regulations and actors within capital markets while determining the state which they will invest and the amount of their investment. Therefore, governments take various measures to make capital markets reliable, fair, transparent and to protect the competition in the market. Accordingly, various legal regulations have been made in our country, and one of these regulations is the market abuse under article 104 of CML.

Market abuse was first introduced to Turkish capital markets legislation through CML, which entered into force on December 30,

I. GİRİŞ

Piyasa bozucu eylemler, mevzuatımızda ilk kez 2012 tarihli Sermaye Piyasası Kanunu¹'nde (“SerPK”) tanımlanmıştır. Bu çalışmada SerPK'da yer alan piyasa bozucu eylemlere ilişkin düzenlemelerden hareketle piyasa bozucu eylemler tanımlanmış ve bu düzenlemelere bağlı olarak çıkarılan Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği²'nde (“Tebliğ”) yer alan piyasa bozucu eylem türleri değerlendirilmiştir. Son olarak, Sermaye Piyasası Kurulu'nun (“SPK”) piyasa bozucu eylemlere yönelik idari yaptırım uygulama yetkisi ve bu idari yaptırımlara karşı gidilebilecek hukuki yollar incelenmiştir.

Sermaye piyasaları, devletlerin ekonomilerinde oldukça önemli bir yere sahiptir. Yatırımcılar hem yatırım yapacakları ülkeyi hem de yatırım tutarını belirlerken o devletin sermaye piyasası düzenlemelerini ve bu piyasanın aktörlerini göz önüne alarak karar vermektedirler. Devletler de bu sebeple, sermaye piyasasını güvenilir, adil ve şeffaf kılabilmek ve piyasadaki rekabeti koruyabilmek adına çeşitli önlemler almaktadırlar. Bu doğrultuda ülkemizde de çeşitli hukuki düzenlemeler yapılmış olup bu düzenlemelerden biri de SerPK m.104'te düzenlenmiş olan piyasa bozucu eylemlerdir.



2012³. This regulation about market abuse is intended to ensure the reliable functioning of the capital market and to protect the rights and interests of market actors, parallel with the first article of CML⁴.

In light of the fact that our nation lacks specific legislation governing the penalties for transactions that might endanger the capital market and that specialized courts have not been formed to swiftly punish conduct that cause market distortion, the legislator has taken a legal precaution to protect the fairness and competitive structure of the market⁵.

CMB is authorised to make necessary regulations and impose sanctions on actions that may harm the market, under article 104 of CML. Based on this authorisation, CMB issued the Communiqué in order to determine the characteristics of market abuse and the actions that constitute market abuse. While regulating the Communiqué, it is aimed to comply specially with the European Union Directive 2003/6/EC⁶.

Piyasası bozucu eylemler, sermaye piyasası mevzuatımıza ilk kez, 30 Aralık 2012 tarihinde yürürlüğe giren SerPK'da yer almıştır³. Piyasa bozucu eylemler hakkında getirilen bu düzenleme, SerPK'nın amaç başlığını taşıyan birinci maddesiyle⁴ paralel olarak sermaye piyasasının güvenilir bir şekilde işlemesi ve piyasa aktörlerinin hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla yapılmıştır.

Ülkemizde sermaye piyasası için tehlike arz edebilecek işlemlerin yaptırımları için ayrı bir mevzuat düzenlenmediği ve piyasa bozucu eylemlerin daha hızlı kovuşturulabilmeleri adına özel ihtisas mahkemeleri de oluşturulmadığı düşünüldüğünde, kanun koyucu piyasa bozucu eylemleri SerPK'da düzenleyerek piyasanın adaletini ve rekabetçi yapısını koruyacak hukuki bir önlem almıştır⁵.

SerPK m. 104 ile kanun koyucu, piyasaya zarar verebilecek eylemler konusunda gerekli düzenlemeleri yapma ve yaptırım uygulama yetkisini SPK'ya vermiştir. SPK, bu yetkiye dayanarak piyasa bozucu eylemlerin niteliğini ve bu piyasa bozucu eylemleri teşkil eden fiilleri belirlemek amacıyla Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği'ni yayımlamıştır. Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği düzenlenirken özellikle Avrupa Birliği'nin 2003/6 EC sayılı Direktifiyle birlikte getirilen yeniliklere uyum sağlamak amaçlanmıştır⁶.

DİPNOT

1 30.12.2012 tarih ve 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu.

2 21.04.2014 tarih ve VI-104.1 sayılı Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği.

3 Türkiye Büyük Millet Meclisi Plan ve Bütçe Komisyonu, Sermaye Piyasası Kanunu Tasarısı ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/683), s. 35.

4 SerPK'nın 1. maddesinde, “Bu Kanunun amacı; sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesidir” ifadelerine yer verilmiştir.

5 Emre Kesici/ M. Bilgehan Nacakçı, “Piyasa Bozucu Eylemler”, Capital Markets Journal, 1. 15, August 2014, p. 1.

6 Kesici/ Nacakçı, s. 2.

FOOTNOTE

1 Capital Market Law no. 6362, dated 30.12.2012.

2 Communiqué on Market Abuse numbered VI-104.1 and dated 21.04.2014.

3 Grand National Assembly of Türkiye, Plan and Budget Commission, Draft of Capital Market and Plan and Budget Commission Report (1/683), p. 35.

4 Article 1 of CML states, “The purpose of this Law is to regulate and supervise capital markets to ensure the functioning and development of capital markets in a secure, transparent, efficient, stable, fair and competitive environment and to protect the rights and interests of investors.”

5 Emre Kesici/ M. Bilgehan Nacakçı, “Piyasa Bozucu Eylemler”, Capital Markets Journal, 1. 15, August 2014, p. 1.

6 Kesici/ Nacakçı, p. 2.

II. MARKET ABUSE

A. Definition

Market abuse is defined in article 3 of Communiqué. Article 104 of CML defines market abuse in almost identical terms.

As understood from both regulations, three conditions are required for an action to be considered as a market abuse: The action, (i) should be in a nature to disrupt the operation of stock exchange and other organized markets in trust, openness, and stability (ii) should not be defined with a reasonable economic and financial justification and (iii) should not constitute a crime. As a result, (a) an action will not be considered a market abuse if it can be defined with a reasonable economic and financial justification or (b) if it constitutes a crime. These actions are those that tend to disrupt the operation of stock exchanges and other organized markets in trust, openness, and stability.

Another point to be considered on is the “reasonable” word in the condition that “the action should not be defined with a reasonable economic and financial justification”. Important point in that condition is the need to evaluate the alleged economic and financial justification both objectively in terms of market conditions and subjectively in terms of person or persons performing the action. This is because the alleged reason may not be reasonable for a big company whereas it may be reasonable for a smaller company. Therefore, a separate evaluation for each case must be made⁷.

In order for an action that disrupts the market to be considered as a market abuse, the action must not constitute a crime. The term “crime” expresses not only the capital market crimes regulated between CML articles 105-113, but also all actions regulated as crime in our legislation. In this regard, the Crime of Insider Trading regulated under article 106 of CML and Market Manipulation Crime regulated under article 107 of CML is important. This is because the typical actions that constitute these crimes and the actions that constitute market abuses are written in a similar systematic manner. The relationship between capital market crimes and market abuses will be analysed below.

II. PİYASA BOZUCU EYLEMLER

A. Tanım

Piyasa bozucu eylemler, Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği'nin üçüncü maddesinde tanımlanmıştır. SerPK'nın 104. maddesinde de piyasa bozucu eylemler, neredeyse aynı ifadelerle tanımlanmaktadır.

Her iki düzenlemeden de anlaşıldığı üzere; bir fiilin piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilebilmesi için üç şart aranmaktadır: Söz konusu fiilin, (i) borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasaların güven, açıklık ve istikrar içerisinde çalışmasını bozacak nitelikte olması, (ii) makul bir ekonomik ya da finansal gerekçeyle açıklanamaması ve (iii) bir suç oluşturmaması gerekir. Dolayısıyla; (a) borsa ve teşkilatlanmış olan diğer piyasaların güven, açıklık ve istikrar içerisinde çalışmasını bozacak nitelikte bir eylemin makul bir ekonomik veya finansal gerekçeyle açıklanamaması ile (b) bu eylemin bir suç oluşturuyor olması; fiili, piyasa bozucu eylemler kapsamından çıkaracaktır.

Üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise “Eylemin makul bir ekonomik ya da finansal gerekçeyle açıklanamaması” şartındaki “makul” ifadesidir. Bu şart bakımından önemli olan; ileri sürülen ekonomik veya finansal gerekçenin hem somut piyasa koşulları bakımından objektif olarak hem de eylemi gerçekleştiren kişi veya kişiler bakımından subjektif olarak değerlendirilmesi gerekliliğidir. Zira bu doğrultuda ileri sürülmüş olan bir sebep, büyük bir şirket bakımından makul olmayabilecekken, daha küçük bir şirket bakımından makul sayılabilir. Bu sebeple her somut olayda ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir⁷.

Piyasayı bozucu nitelikte bir fiilin piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilip bu fiile yaptırım uygulanabilmesi için fiilin bir suç teşkil etmiyor olması gerekmektedir. Buradaki suç ifadesi yalnızca SerPK m. 105-113 arasında düzenlenmiş olan sermaye piyasası suçlarını değil, hukukumuzda suç olarak düzenlenmiş olan bütün fiilleri ifade etmektedir. Bu konuda özellikle SerPK'nın 106. maddesinde düzenlenen bilgi suistimali suçu ile 107. maddesinde düzenlenen piyasa dolandırıcılığı suçu önem arz etmektedir. Zira bu suçları oluşturan, kanunda belirtilmiş olan

On Communiqué, the Market Abuse action are defined as follows: (i) actions related to inside information or continuous information, (ii) actions related to orders and transactions, (iii) actions committed through communication or transformation and (iv) others. The following analysis is based on this systematic manner.

B. Market Abuses Related to Inside Information or Continuous Information

1. The Importance of Inside Information for Capital Market Confidence

One of the most important conditions for maintaining investors' confidence in the market and ensuring fairness and transparency in the market is that market-related information is equally accessible to all. In this regard, there are several regulations on the information to be disclosed to the public by companies. The aim of these regulations is to equalize the information that investors have.

The situation where everyone does not have the equal information in the capital market does not only reduce the confidence towards the market, but also cause unnatural changes on the prices of capital market instruments, therefore cause damage to investors. This situation will also cause damage to the economy of the country and hinder its development⁸.

For the aforementioned reasons, it is considered market abuse when persons with knowledge that is not available to the general public conduct transactions.

2. Market Abuses Related to Inside Information or Continuous Information

Article 3 of Communiqué regulates that in order for an information, event or development to be defined as “inside information”, it must be capable of affecting capital market instrument's “value” and “price” and “investment decision of investors”.

tipik hareketler ile piyasa bozucu eylemleri oluşturan fiiller benzer sistematik gözetilerek kaleme alınmışlardır. Sermaye piyasası suçları ve piyasa bozucu eylemlerin ilişkisi aşağıda incelenecektir. Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği'nde piyasa bozucu eylemler; (i) içsel bilgi veya sürekli bilgilere ilişkin eylemler, (ii) emir ve işlemlere ilişkin eylemler, (iii) iletişim veya haberleşme yoluyla işlenen eylemler ve (iv) diğerleri olarak düzenlenmiştir. Aşağıda da bu sistematik dikkate alınarak inceleme yapılmıştır.

B. İçsel Bilgi veya Sürekli Bilgilere İlişkin Piyasa Bozucu Eylemler

1. İçsel Bilginin Sermaye Piyasasına Güven İçin Önemi

Yatırımcıların piyasaya olan güveninin korunması ve piyasadaki adaletin ve şeffaflığın sağlanmasının en önemli koşullarından biri piyasayı ilgilendiren bilgilere herkes tarafından eşit bir şekilde erişilebiliyor olmasıdır. Bu kapsamda mevzuatımızda şirketlerin kamuya açıklanacak bilgileri hakkında çeşitli düzenlemeler vardır. Bu düzenlemelerin amacı, yatırımcıların sahip oldukları bilgileri eşit hale getirmektir.

Sermaye piyasasında herkesin eşit bilgiye sahip olmaması durumu, piyasaya duyulan güveni azaltmanın yanı sıra sermaye piyasası araçlarının fiyatlarında da doğal olmayan değişiklikler meydana getirerek yatırımcıların zarar görmesine neden olacaktır. Bu durum ülkenin ekonomisine de zarar verip, gelişmesinin önünde engel oluşturacaktır⁸.

Sayılan sebeplerle, mevzuatımızda kamuya açıklanmamış bilgilere sahip kişilerin, bu bilgilere dayanarak işlem yapmaları da piyasa bozucu eylem olarak tanımlanmıştır.

2. İçsel Bilgi veya Sürekli Bilgilere İlişkin Piyasa Bozucu Eylemler

Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği'nin 3. maddesinde bir bilgi, olay veya gelişmenin “içsel bilgi” olarak tanımlanabilmesi için, sermaye piyasası araçlarının “değerini”, “fiyatını” ve “yatırımcıların yatırım kararlarını” etkileyebilecek nitelikte olması gerektiği düzenlenmiştir.

FOOTNOTE

⁷ Nusret Çetin/ Hatice Ebru Töremiş/ Zeynep Cantimur, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Sistematik Analizi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014, p. 229.

⁸ Kesici/ Nacakçı, s. 3.

DİPNOT

⁷ Nusret Çetin/ Hatice Ebru Töremiş/ Zeynep Cantimur, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Sistematik Analizi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 229.

⁸ Kesici/ Nacakçı, s. 3.

PART 15

Continuous information is defined as “all the information, events or developments that are outside the definition of inside information” in the Communiqué on Material Events (numbered II-15.1).

Market abuses related to inside information or continuous information are regulated under article 4 of the Communiqué.

According to the aforementioned provision, people with inside or continuous information are obliged to maintain the confidentiality of such information. According to subparagraph ç of Article 3 of Communiqué, these people are: (i) directors of the issuers or their subsidiaries or controlling shareholders, (ii) persons who have information due to their shareholding in the issuer or their subsidiaries or controlling shareholders, (iii) persons who have information due to their performance of business, profession and duties, (iv) persons who have obtained information by committing a crime and (v) persons those who know or, if proven, should know the qualification of the information.

People who may have insider or continuous information are either those who are connected to the business with which the non-public information is associated or those who have some other way of learning about it. The regulation imposes an obligation on these people to keep that information confidential, and aims to prevent these persons from making benefit themselves through using that information and thus have advantage in the market. If these people do not comply with their obligations to

Sürekli bilgi ise II-15.1 sayılı Özel Durumlar Tebliği’nde “içsel bilgi tanımı dışında kalan tüm bilgi, olay ve gelişmeler” şeklinde tanımlanmıştır.

İçsel bilgi ve sürekli bilgilere ilişkin piyasa bozucu eylemler, Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği’nin 4. maddesinde düzenlenmiştir.

Anılan hüküm uyarınca içsel bilgi veya sürekli bilgilere sahip olan kişiler, bu bilgilerin gizliliğini korumakla yükümlüdür. Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği’nin 3. maddesinin ç bendine göre bu kişiler: (i) ihraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarının yöneticileri, (ii) ihraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarında pay sahibi olmaları nedeniyle içsel bilgi veya sürekli bilgilere sahip olan kişiler, (iii) iş, meslek ve görevlerinin icrası nedeniyle içsel bilgi veya sürekli bilgilere sahip olan kişiler, (iv) içsel bilgi veya sürekli bilgileri suç işlemek suretiyle elde eden kişiler ve (v) sahip oldukları bilginin içsel bilgi veya sürekli bilgi niteliğinde olduğunu bilen veya ispat edilmesi hâlinde bilmesi gereken kişilerdir.

İçsel veya sürekli bilgiye sahip olabilecek kişiler ya kamuya açıklanmamış bilginin ilgili olduğu şirket ile ilişkili kişilerdir ya da bu bilgiyi bir şekilde ele geçirmiş olan kişidir. Yapılan düzenlemeyle bu kişilere içsel ve sürekli bilgileri gizli tutma yükümlülüğü getirilerek, kişilerin buldukları pozisyonlar gereği sahip oldukları bilgileri kullanarak kendilerine menfaat temin etmeleri ve bu yolla piyasada kendilerine avantaj sağlamalarının önüne geçilmesi hedeflenmiştir. Eğer bu kişiler bilgileri gizli tutma yükümlülüklerine uymaz ve/

keep information confidential and/or make transactions based on the information they have, administrative sanctions regulated in CML will be imposed on these persons. With this regulation, the legislator aims to prevent such actions and deter people from committing them. Another point to be considered is that while these actions are considered as market abuse for those who share and (directly/indirectly) receive inside or continuous information, if such actions are committed by persons who can commit Crime of Insider Trading, the Crime of Insider Trading will occur⁹. After this general information, market abuses related to inside information or continuous information regulated in the Communiqué will be analysed below.

3. Disclosure of Inside or Continuous Information to Other Persons

As it can be understood from article 4, paragraph 2 of Communiqué, sharing of inside or continuous information to other people by persons who have this information and making transaction in relevant capital market instrument by persons who (directly/indirectly) receive such information will be considered as market abuse.

4. Making Transaction in Prohibited Period

The legislator prohibits persons who have inside or continuous information to make transactions on specific capital market instruments for a given period. This period, which is called “prohibited period” in FCA regulations (The Model Code), is called the same in Türkiye¹⁰.

According to article 4, paragraph 3 of Communiqué, it is understood that the prohibited period in Turkish capital markets refers to the period between the end of the accounting period¹¹ in which financial charts and reports and independent audit reports of the relevant company are prepared and the public disclosure of these reports and charts in accordance with the legislation. During this period, making transaction in capital markets is not only prohibited for persons that have inside or continuous information, but also for their spouses, children and persons living in the same household with them. If a transaction is made, it will be considered as a market abuse.

veya ilgili sermaye piyasası araçları üzerinde sahip oldukları bilgiler doğrultusunda işlem yaparlarsa, bu kişiler hakkında SerPK’da öngörülen idari yaptırımlar uygulanacaktır. Kanun koyucu yaptığı bu düzenlemeyle bu türden fillerin gerçekleşmesini önlemeyi ve kişileri caydırmayı amaçlamıştır. Dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, içsel ve sürekli bilgileri paylaşan ve (doğrudan/ dolaylı şekilde) alan kişiler açısından yapılan bu işlem piyasa bozucu eylem olarak nitelendirilirken, söz konusu işlemlerin bilgi suistimali suçunu işleyen kişiler tarafından yapılması durumunda bilgi suistimali suçu oluşacağıdır⁹. Verilen bu genel bilgilerin ardından, aşağıda Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği’nde düzenlenmiş olan içsel bilgi ve sürekli bilgilere ilişkin piyasa bozucu eylemler incelenecektir.

3. İçsel Bilgi ya da Sürekli Bilginin Başka Kişilerle Paylaşılması

Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği m. 4’ün 2. fıkrasından anlaşılacağı üzere içsel ya da sürekli bilgiye sahip olan kişilerin, bu bilgileri başka kişilerle paylaşması ve bu bilgileri doğrudan ya da dolaylı olarak alan kişilerin ilgili sermaye piyasası aracında işlem yapması, piyasa bozucu eylem kapsamına girecektir.

4. Yasaklı Dönemde İşlem Yapılması

Kanun koyucu içsel veya sürekli bilgiye sahip olanların belirli bir dönemde belirli sermaye piyasası araçları üzerinde işlem yapmasını yasaklamaktadır. FCA düzenlemelerinde (The Model Code) “prohibited period” olarak isimlendirilen bu dönem, Türkiye’de “yasaklı dönem” olarak adlandırılmaktadır¹⁰.

Tebliğ’in 4’üncü maddesinin 3. fıkrası gereğince yasaklı dönemin Türk Sermaye Piyasalarında, ilgili şirketin finansal tabloları ve raporları ile bağımsız denetim raporlarının hazırlanmaya başladığı hesap döneminin¹¹ bitiminden, bu rapor ve tabloların mevzuata uygun şekilde kamuya açıklanmasına kadar geçen aradaki süreyi ifade ettiği anlaşılmaktadır. Bu dönemde yalnızca içsel bilgilere veya sürekli bilgilere sahip olanların değil, bu kişilerin eşleri, çocukları ve aynı evde yaşadıkları kimseler bu bilgilerin ilgili olduğu sermaye piyasası araçlarında işlem yapmaları yasaktır. İşlem yapılması durumunda bu işlem doğrudan piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilecektir.

FOOTNOTE

⁹ Murat Balcı/ Sinem Turan, Sermaye Piyasası Kanunu Şerhi - II, Ankara 2020, p. 389.

¹⁰ Kesici/ Nacakçı, p. 5.

¹¹ In the Resolution dated 28.05.2014 and numbered 16/514 published in the CMB Weekly Bulletin numbered 2014/15, it was announced that the expression “accounting period” will be accepted as “6-month and 12-month periods”.

DİPNOT

⁹ Murat Balcı/ Sinem Turan, Sermaye Piyasası Kanunu Şerhi - II, Ankara 2020, s. 389.

¹⁰ Kesici/ Nacakçı, s. 5.

¹¹ 2014/15 sayılı SPK Haftalık Bülteni’nde yayımlanan 28.05.2014 tarihli ve 16/514 sayılı İlke Kararında, “hesap dönemi” ifadesinin “6 aylık ve 12 aylık dönemler” olarak kabul edileceği duyurulmuştur.



5. Making Transaction Before Public Disclosure of Inside or Continuous Information

Since the persons who have inside or continuous information are in an advantageous situation compared to the investors who do not yet have this information, making transaction on relevant capital market instrument will disrupt capital market's fairness, reliability and transparency. For this reason, it is considered as a market abuse on Communiqué to make transaction during the period from the finalisation of inside or continuous information until the public disclosure of these information. Moreover, not only persons who have this information, but also their spouses, children and persons living in the same household are prohibited from making transactions on relevant capital market instrument. If a transaction is made, this transaction will also directly be considered as a market abuse.

C. Market Abuses Related to Orders and Transactions

Market abuse related to orders and transactions are the actions which persons harm market's reliability through orders and transactions.

Actions of individuals, whether collectively or singly; are deemed significant or effective in relation to the operation of the capital markets or the setting of the prices of financial instruments, such as the prices of financial instruments, price changes, transaction volumes, quantities, and rates; the quantities and rates of orders; and the quantities and rates of order cancellations and fulfilment. Market abusers are those whose activities provide incorrect or misleading information or otherwise interfere with the safe, open, and stable operation of the stock market and other structured markets. The examples of those kind of actions are given as follows:

- a) Conducting buying or selling transactions, performing account activity, placing orders, cancelling or changing orders,
- b) Placing orders to different price levels,
- c) Placing reverse orders within a time period less than one minute, such as a sell order at a

5. İçsel Bilgi veya Sürekli Bilginin Kamuya Duyurulmasından Önce İşlem Yapılması

İçsel bilgi veya sürekli bilgiye sahip olanlar, bu bilgilere henüz sahip olmayan yatırımcılar karşısında avantajlı durumda oldukları için bu bilgileri kullanarak ilgili sermaye piyasasının dürüstlüğü, güvenilirliğini ve şeffaflığını bozacaktır. Tam da bu sebeple içsel bilgi veya sürekli bilgilerin kesintileşmesinden, bu bilgilerin mevzuata uygun şekilde kamuya duyurulmasına kadar geçen sürede bu bilgilerin ilgili olduğu sermaye piyasası aracı üzerinde işlem yapılması Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği'nde piyasa bozucu eylem olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca yalnızca bu bilgilere sahip olanların değil, bu kişilerin eşlerinin, çocuklarının ve aynı evde yaşadığı kişilerin de ilgili sermaye piyasası aracı üzerinde işlem yapması yasaktır. İşlem yapılması durumunda ise bu işlemler de doğrudan piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilecektir.

C. Emir veya İşlemlere İlişkin Piyasa Bozucu Eylemler

Emir ve işlemlere ilişkin piyasa bozucu eylemler, kişinin sermaye piyasasında emirler verecek ya da işlemler yaparak piyasanın güvenliğini sarstığı fiilleridir.

Kişilerin birlikte ya da tek başına hareket ederek; sermaye piyasası araçlarının fiyatları, fiyat değişimleri, işlem hacimleri, işlem miktarları, işlem oranları, emir miktarları, emir oranları, emir iptal miktarları, emir iptal oranları veya emir gerçekleşme oranları gibi sermaye piyasalarının işleyişi veya sermaye piyasası araçlarının fiyatlarının belirlenmesiyle ilgili önemli ya da etkili kabul edilebilecek ve borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasaların güven, açıklık ve istikrar içinde çalışmasını bozacak veya yanlış/yanıltıcı bilgi uyandıracak şekilde eylemleri piyasa bozucu eylem olarak kabul edilecektir. Bu tip eylemlere şunlar örnek olarak verilebilir:

- a) Alım veya satım yapılması, hesap hareketi gerçekleştirilmesi, emir verilmesi, emir iptali veya emir değiştirilmesi,
- b) Farklı fiyat kademelerine emir iletilmesi,
- c) Bir dakikadan daha az zaman diliminde piyasadaki en iyi alım fiyatına eşit veya piyasa-

price equal to or lower than the best purchase price in the market or a buy order at a price equal to or higher than the best sale price;

- d) Conducting self-to-self or reciprocal transactions,
- e) Conducting transactions to affect the opening or closing prices,
- f) Conducting transactions to affect end-of-day or end-of-maturity settlement prices,
- g) Conducting transactions to raise or lower the prices or to keep the prices steady
- h) In derivatives market, exceeding position limits on a market basis or for all accounts linked to the same registry
- i) In derivatives market, conducting transactions in same directions as the transactions executed in the relevant underlying market and conducting similar transactions

The meaning of the term "persons acting together" mentioned in the provision is defined in article 3, paragraph 1, subparagraph a of Communiqué. According to this provision, persons acting together are the persons that place order, execute transaction, transfer or virement cash, cash equivalent or capital market instrument, perform account activity, give information about accounts, orders, transactions or companies to persons who commit these actions unlawfully or directly or indirectly transfer or virement cash, cash equivalent or capital market instrument between them, between their accounts or between the accounts they manage or use under any name whatsoever, by

- a) Acting with the knowledge of one or more person's order or transactions, plans of order or transactions, or capital market instruments they have,
- b) Acting based on an implied, oral or written agreement,
- c) Acting under direction of same person or persons,
- d) Directing one or more persons,
- e) Using other persons' account with or without the power of attorney,

daki en iyi alım fiyatından daha düşük fiyatlı satım emri ya da piyasadaki en iyi satım fiyatına eşit veya piyasadaki en iyi satım fiyatından daha yüksek fiyatlı alım emri iletmek şeklinde yön değiştiren emirler verilmesi,

- d) Kendinden kendine veya karşılıklı işlemler gerçekleştirilmesi,
- e) Açılış veya kapanış fiyatlarını etkilemeye yönelik işlemler yapılması,
- f) Gün sonu veya vade sonu uzlaşma fiyatlarını etkilemeye yönelik işlemler gerçekleştirilmesi,
- g) Fiyat yükseltici, fiyat düşürücü veya fiyatı sabit tutmaya yönelik işlemler yapılması,
- h) Vadeli işlem ve opsiyon piyasasında bir sicile bağlı tüm hesaplar için ya da piyasa bazında belirlenen pozisyon limitlerinin geçilmesi,
- i) Vadeli işlem ve opsiyon piyasasında, ilgili dayanak varlık piyasasında gerçekleştirilen işlemlerle aynı yönlü işlemler gerçekleştirilmesi ve benzeri işlemler yapılması.

Hükümde bahsedilen "birlikte hareket eden kişiler" ifadesinin ne anlama geldiği Tebliğ'in 3. maddesinin a bendinde açıklanmıştır. Buna göre birlikte hareket eden kişiler;

- a) Bir ya da birden fazla kişinin emir veya işlemleri, emir veya işlem planları ya da sahip oldukları sermaye piyasası araçları hakkında bilgi sahibi olarak,
 - b) Zımni, sözlü ya da yazılı bir anlaşmaya dayanarak,
 - c) Aynı kişi ya da kişilerin yönlendirmesiyle hareket ederek,
 - d) Bir ya da birden fazla kişiyi yönlendirerek,
 - e) Vekâlet olarak ya da almaksızın başkalarının hesaplarını kullanarak,
 - f) Aynı mekânı veya sanal ortam, bilgisayar, telefon, internet bağlantısı ya da iletişim kanallarından herhangi birini kullanarak
- emir ileten, işlem gerçekleştiren, nakit, nakit benzeri ya da sermaye piyasası aracı virmanı

PART 15

f) Using the same place or any of the virtual medium, computer, phone, internet connection or any of the communication channels.

One of the important issues to be considered is that market abusive actions related to orders and transactions can be confused with the actions that constitute "Market Manipulation Crime"¹². That is because the actions that are stated to constitute market abuse in article 5 of Communiqué also constitutes the material aspect of market manipulation crime. However, an act to constitute a market manipulation crime must be made for the purpose of creating a false or misleading impression regarding prices, price changes, supply and demands of capital

veya transferi yapan, hesap hareketi gerçekleştiren, bu fiilleri gerçekleştirenlere hesaplar, emirler, işlemler ya da şirketler hakkındaki bilgileri hukuka aykırı olarak veren kişileri veya her ne nam altında olursa olsun, doğrudan ya da dolaylı olarak, aralarında, hesapları arasında veya yönettikleri ya da kullandıkları hesaplar arasında, nakit, nakit benzeri veya sermaye piyasası aracı virmanı ya da transferi gerçekleştiren kişileri ifade etmektedir.

Eylem veya işlemlere ilişkin piyasa bozucu eylemlerde dikkat edilmesi gereken önemli hususlardan biri bu eylemlerin SerPK'nın 107. maddesinde düzenlenmiş olan "Piyasa Dolandırıcılığı Suçu"¹² oluşturan eylemlerle karıştırılabilmesidir. Zira Piyasa Bozucu Eylemler



FOOTNOTE

¹² Article 107, paragraph 1 of CML states that, "Those who make purchases and sales, place orders, cancel orders, change orders or carry out account activities with the purpose of creating a false or misleading impression on the prices of capital market instruments, their price changes, their supplies and demands, shall be sentenced to imprisonment from three years up to five years and be punished with a judicial fine from five thousand days up to ten thousand days. However, the amount of the judicial fine to be imposed due to this crime shall not be less than the benefit obtained by committing the crime."

¹³ Hanife Ergün Aksu, Sermaye Piyasası Hukukunda Kamusal Denetim ve Yatırım Sistemleri: Avrupa Birliği ve Türkiye Karşılaştırması, Master's Thesis, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, 2021, p. 197.

¹⁴ Seçil Coşkun, Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu (6362 Sayılı SPK md. 107), İstanbul 2021, p. 152.

market instruments. In this regard, for the occurrence of the crime, the typical actions must be made deliberately and for a specific purpose. As mentioned above, one of the conditions for market abuse is that the action "should not constitute a crime". Therefore, if the act does not satisfy the required condition of motive, market manipulation crime will not occur and will be considered as market abuse.

The legislator determined that even if the activity is not intended to disrupt the market, it nonetheless affects the market's openness, dependability, and transparency; consequently, a punishment was established to prevent this circumstance.

lemler Tebliği m. 5'de eylem veya işlemlere ilişkin piyasa bozucu eylem oluşturduğu ifade edilen fiiller, piyasa dolandırıcılığı suçunun maddi unsurlarını oluşturmaktadır. Ancak piyasa dolandırıcılığı suçunun oluşabilmesi için suç oluşturan eylemin; sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla yapılmış olması gerekmektedir. Bu bağlamda piyasa dolandırıcılığı suçunun oluşması için tipik hareketlerin kasten ve belirli bir amaç doğrultusunda yapılması gerekmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere piyasa bozucu eylemlerin bir şartı da eylemin "suç oluşturmaması" idi. Dolayısıyla eylem, saik bakımından aranan koşulu içermiyorsa piyasa dolandırıcılığı suçu oluşmayacak, piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilecektir.

D. Market Abuses Committed Through Communication or Transformation

The separate regulation of market abuses related to inside or continuous information and market abuses committed through communication or transformation originates from the necessity that the supervision of pricing of capital market instruments to be more sensitive in Türkiye than the European Union. This necessity is based on the fact that Türkiye has smaller and more vulnerable markets¹³.

One of the key principles that supports investor protection and, thus, keeps the market vibrant and trustworthy in the context of information exchange is the idea of public disclosure. In this regard, article 6 of Communiqué related to market abuses committed through communication or transformation stipulates sanctions for transactions which violate the obligation of public disclosure, but which isn't considered a Crime under article 107 of CML. At this point, it is important to determine whether an act constitutes a market manipulation crime or market abuse. Market abuses are legal transactions that, although harms safe and stable functioning of the market, does not reach to a level that can constitute an artificial effect on pricing of market instruments, and does not meet the condition of eligibility (the ability to affect other investors) required for market manipulation crime. On the other hand, in order for a market manipulation crime to occur, the existence of the element of specific intent is required¹⁴.

If it is understood that required conditions for the occurrence of crime is not satisfied but the market balance is still disrupted, market abuses committed through communication or transformation will be deemed to occur and it will be introduced into sanction system with administrative fine to be imposed. It is not possible for the transaction to constitute a crime with *dolus eventualis* or negligence, but still an administrative sanction is regulated. Thus, market actors with good faith are protected to a certain extent and the

Kanun koyucu, her ne kadar eylem piyasa bozma amacını taşıyor olsa bile yapılan eylemin piyasanın açıklığını, güvenilirliğini ve şeffaflığını bozduğunu değerlendirmiş; dolayısıyla bu durumun önüne geçmek için yaptırım öngörmüştür.

D. İletişim ve Haberleşme Yoluyla İşlenen Piyasa Bozucu Eylemler

Emir veya işlemlere ilişkin piyasa bozucu eylemler ve iletişim veya haberleşme yoluyla işlenen piyasa bozucu eylemlerin ayrı ayrı düzenlenmeleri; Türkiye'de sermaye piyasası araçlarının fiyatlandırılmalarının denetlenmesi konusunda Avrupa Birliği'ndeki düzenlemelere nazaran daha hassas davranılması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır. Bu gerekliliğin temelinde ise Türkiye'nin küçük ve daha etkiye açık piyasalar barındırması yatmaktadır¹³.

Kamunun aydınlatılması ilkesi, bilgi alışverişi bağlamında yatırımcıların ve yatırım yapmayı planlayanların korunmalarının ve piyasanın bu şekilde canlı ve güvenilir bir ortam olarak tutulmasının temelini oluşturan öğelerden biridir. Bu doğrultuda, Tebliğ'in 6. maddesinde düzenlenen iletişim veya haberleşme yoluyla işlenen piyasa bozucu eylemlere ilişkin hükümlerde de kamunun doğru aydınlatılması yükümlülüğünün ihlal edildiği, ancak SerPK m.107 kapsamında suç olarak da sayılmayacak düzeydeki işlemlere ilişkin yaptırım öngörülmektedir. Bu noktada, bir işlemin piyasa dolandırıcılığı kapsamına mı girdiği yoksa piyasa bozucu eylem kapsamına mı girdiğinin tespit edilmesi önem arz etmektedir. Piyasa bozucu eylem, piyasaların güven ve istikrar içerisinde çalışmasına zarar veren bir özellik göstermekle beraber, piyasa araçlarının fiyatlandırmasında suni bir etki yaratabilecek düzeye de ulaşmayan, piyasa dolandırıcılığında bulunan elverişlilik (diğer yatırımcıları etkileme gücü) şartını taşımayan hukuki işlemlerdir. Diğer yandan, piyasa dolandırıcılığı suçunun oluşması için, özel kast unsurunun mevcudiyeti gereklidir¹⁴.

Suçun oluşması için yeterli koşullar oluşmuş ancak piyasa dengesinin yine de bozulmuş olduğu anlaşılıyorsa, iletişim ve haberleşme yoluyla işlenen piyasa bozucu eylem gerçekleşmiş sayılacak ve öngörülecek idari para cezası ile işlem yaptırım sistemine sokulacaktır. İşlemin suç oluşturmaması olası kast veya taksirle mümkün değildir fakat yine de işleme idari bir yaptırım öngörülmüş-

DİPNOT

¹² SerPK'nın 107. maddesinin 1. fıkrasında, "Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla alım veya satım yapanlar, emir verenler, emir iptal edenler, emir değiştirilenler veya hesap hareketleri gerçekleştirenler üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar. Ancak, bu suçtan dolayı verilecek olan adli para cezasının miktarı, suçun işlenmesi ile elde edilen menfaatten az olamaz." ifadelerine yer verilmiştir.

¹³ Hanife Ergün Aksu, Sermaye Piyasası Hukukunda Kamusal Denetim ve Yatırım Sistemleri: Avrupa Birliği ve Türkiye Karşılaştırması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, 2021, s. 197.

¹⁴ Seçil Coşkun, Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu (6362 Sayılı SPK md. 107), İstanbul 2021, s. 152.

PART 15

fair functioning of systems are maintained. In order for market abuse to occur, a result is not required; it is sufficient that the conducting element of the action is completed.

As implied by paragraphs 1 and 2 of Article 6 of the Communiqué, another issue to be considered is the dissemination of incorrect, inaccurate, or misleading information, rumours, notifications, material disclosures, comments, or preparations of reports. It is not necessary for the first person to be aware that this information is incorrect, inaccurate, or inaccurate in situations where various orders and/or transactions are placed on the pertinent capital market instrument before or after the realization of the abovementioned acts. Afterwards, it is required for the persons disseminating such information to know or should have known that such information is fake, false or faulty¹⁵.

The non-disclosure of the information that can affect the prices, values of capital market instruments and investors' decisions are also covered in the market abuse regulations, in the scope of correct disclosure and risk elimination for occurrence of market abuse¹⁶.

In the 4th paragraph of Article 6 of the Communiqué, acting in the opposite direction of the advice given, after making a comment or advice on capital market instruments by using communication tools, until they change their comment or advice, or in any case within 5 working days, is also considered a market disruptive action. The clarity of related regulation came before the Council of State and it was discussed.

In the lawsuit filed for the purpose of cancellation of article 6, paragraph 4, court is appealed for allegations, such as the factions that the boundary for the content of the interpretations to be made through mass media is not demarcated, which types of interpretation or advice can be considered as "buy, hold, sell", CMB was authorised to include all kinds of interpretations made through these instruments under this regulation, and in general, the provision is being vague; however, the Council of State correctly stated that there is no ambiguity in the relevant article that could be considered as a violation for legal clarity, and that there is no violation for principle of legal certainty in applying that rule through considering the characteristics in each case¹⁷. It is because, as it

tür. Böylelikle hem iyi niyetli piyasa aktörleri belli bir ölçüde korunmakta, hem de sistemlerin adil bir biçimde işleyişinin sürdürülmesi gözetilmiş olmaktadır. İletişim ve haberleşme yoluyla piyasa bozucu eylemlerin gerçekleştirilmesi için bir netice de aranmamakta olup; söz konusu fiillerin hareket unsurunun tamamlanmış olması yeterlidir.

Dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği m. 6'nın 1. ve 2. fıkrasından anlaşıldığı üzere, yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi, söylen-ti çıkarılması, haber verilmesi, özel durum açıklaması yapılması, yorum yapılması veya rapor hazırlanması, bu fiilleri gerçekleştirenler tarafından söz konusu fiillerin gerçekleştirilmesinden önce veya sonra ilgili sermaye piyasası aracına ilişkin her türlü emir verilmesi ve/ veya işlem yapılması durumlarında, bu işlemleri ilk gerçekleştirenin bu bilginin yalan, yanlış veya hatalı olduğunu bilmesi şartı aranmamaktadır. Sonrasında bu tür bilgileri yayan kişilerin ise bu bilgilerin yalan, yanlış veya hatalı olduğunu bilmeleri veya bilmeleri gerektiği şartı aranmaktadır¹⁵.

İlgililerin açıklamakla yükümlü oldukları bilgileri hem piyasa aktörlerinin doğru bilgilendirilmesi hem de açıklanmayan içsel bilgiye ilişkin piyasa bozucu eylemin gerçekleşmesi riskinin ortadan kaldırılması açısından¹⁶, "sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikteki bilgilerin açıklanmaması" da piyasa bozucu eylem kapsamına alınmıştır.

Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği m. 6'nın 4. fıkrasında, sermaye piyasası araçları hakkında iletişim araçlarını kullanarak yorum veya tavsiyede bulunduktan sonra, yorum veya tavsiyesini değiştirmeye kadar veya her hâlükârda 5 iş günü içerisinde, verilen tavsiyenin aksi yönde hareket etmek de piyasa bozucu eylem olarak nitelendirilmiştir. İlgili düzenlemenin hukuki açıdan belirliliği Danıştay'ın önüne gelerek tartışılmıştır.

Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği m. 6'nın 4. fıkrasının iptali istemiyle açılan davada, ilgili düzenlemede kitle iletişim araçları vasıtasıyla yapılacak olan yorumun içeriğine ilişkin olarak herhangi bir sınırın çizilmediği, hangi tür içerikteki yorum ve tavsiyelerin "al, tut, sat" şeklinde değerlendirilebileceğinin belirtilmediği, SPK'ya bu araçlar vasıtasıyla yapılan her türlü yorumu bu çatı altına sokma yetkisinin verildiği ve genel manada hükmün muğlaklık içerdiği yönündeki birkaç sebeple

can be seen in markets of Türkiye and other countries, several manipulation methods are being generated each day, and it is needed for relevant regulations to be designed in a way that can meet the diversity and to give space for decision-makers.

E. Other Market Abuses

Article 7 of Communiqué, titled other market abuses, does not regulate general provisions for actions that are not considered in the scope of articles 3, 4 and 5; as might be thought at first glance. Instead, regulations are made for actions that are considered important.

1. Front Running

In article 7 of Communiqué; before the input of an order that can affect the value or price of capital market instrument to investment firm, stock exchange and other organised markets, placing and changing order related to this capital market instrument with knowledge of other investor's decisions or sharing the information is regulated as market abuse. For instance, if an underwriter places an order on a capital market instrument before transmitting such an order, it will be considered as a market abuse. Therefore, with this regulation, it is aimed to prevent such case¹⁸.

Considering that an order that can affect the value and price of capital market instrument have the aforementioned conditions of inside information, such actions would essentially constitute insider trading crime; however, it can be understood that it is intended to sanction the actions of persons that are other than listed persons in article 106 of CML.

mahkemeye başvurulmuş; ancak Danıştay, isabetli olarak, ilgili maddede hukuki belirlilik ilkesinin ihlali olarak görülebilecek bir muğlaklık bulunmadığına, anılan kuralın her bir somut olayda ilgili olayın özellikleri göz önünde bulundurularak uygulanmasında hukuki belirlilik ilkesine aykırılık bulunmadığına kanaat getirmiştir¹⁷. Zira hem Türkiye piyasasında hem de yabancı piyasalarda görülebileceği üzere, her gün çok farklı piyasa manipülasyon yöntemleri geliştirilmekte olup, bunlara ilişkin düzenlemelerin genel ilkeler çerçevesinde somut olayların çeşitliliğini karşılayabilecek, karar vericilere hareket alanı sağlayabilen bir biçimde tasarlanmış olması gerekmektedir.

E. Diğer Piyasa Bozucu Eylemler

Tebliğ'in Diğer Piyasa Bozucu Eylemler başlıklı 7. maddesinde, ilk bakışta düşünülebileceği gibi, 3, 4, ve 5. madde kapsamına girmeyen eylemlere yönelik genel bir düzenleme getirilmemiştir. Bunun yerine SPK, özellik arz ettiğini düşündüğü eylemlere yönelik düzenlemeler getirmiştir.

1. Front Running Eylemleri

Tebliğ'in 7. Maddesinin ilk fıkrasında; Sermaye piyasası araçlarının değerini ve fiyatını etkileyebilecek nitelikteki emirlerin yatırım kuruluşlarına, borsa ve diğer teşkilatlı piyasalara iletilmesinden önce, bu sermaye piyasası aracı üzerinde veya bu araçla ilgili diğer araçlarda yatırımcı bilgilerine vakıf olarak emir verilmesi, verilen emrin değiştirilmesi veya bu bilginin üçüncü kişilerle paylaşılması piyasa bozucu eylem olarak sayılmıştır. Örneğin bir aracı kurumun, müşterisinin bu tipte bir emrini borsaya ilemeden önce bu sermaye piyasası aracı üzerinde emir vermesi bu kapsama girecektir. Dolayısıyla düzenleme ile uygulamada "front running" olarak adlandırılan durumun önlenmesi amaçlanmaktadır¹⁸.

Sermaye piyasası aracının değerini ve fiyatını etkileyebilecek nitelikteki bir emrin içsel bilgiye ilişkin yukarıda belirtilen şartları taşıdığı göz önünde bulundurulduğunda; bu tür eylemlerin aslen bilgi suistimali kapsamına gireceği, ancak SerPK m. 106'da tahdidi olarak sayılan kişilerin dışındaki faillerin eylemlerinin yaptırımı tabi tutulmasının amaçlandığı anlaşılabılır.

DİPNOT

¹⁵ Ergün Aksu, s. 200.

¹⁶ Ergün Aksu, s. 200.

¹⁷ T.C. Danıştay Başkanlığı, 13. Daire- E. 2020/1968, K. 2021/1467 K.20.4.2021.

¹⁸ Eski Sermaye Piyasası Kanunu m.47/A, emrin bilgisi dahilinde işlem yapılmasını suç olarak nitelendirmekteydi. Söz konusu emre yönelik düzenlemeler ile hükmün kapsamı genişletilmiştir.

FOOTNOTE

¹⁵ Ergün Aksu, p. 200.

¹⁶ Ergün Aksu, p. 200.

¹⁷ Board of Presidency of Council of State decision, 13th Chamber- B. 2020/1968, D. 2021/1467, D.20.4.2021.

¹⁸ Article 47/A of the former Capital Markets Law stipulated trading with the knowledge of the order as a crime. The scope of the provision has been expanded with the addition of regulations on orders.

2. Unauthorised Actions

Article 7, paragraph 2 of Communiqué introduces a regulation to persons who “use the accounts of others”¹⁹ of in order to conceal their actions. According to the regulation; (a) using someone else’s account to place orders, conducting transactions, or making account movements and (b) enabling someone else to execute such actions in stock exchange and other organised markets, without a power of attorney or authorisation issued by notary public, are considered as market abuse.

3. Violation of the Obligation to Issue Information Form for Shareholders

According to article 7, paragraph 3 of Communiqué regulates actions that are against Communiqué on Shares²⁰ and Board Resolutions about the practice of this article are evaluated as market abuse.

According to article 27 of Communiqué on Shares, an information letter must be issued regarding the sales of shares above certain ratios, and this form must be approved by CMB; afterwards, it must be disclosed in Public Disclosure Platform. Violation of these regulation are also considered as market abuse.

2. Yetkisiz Eylemler

Tebliğ’in 7. maddesinin ikinci fıkrasında, genellikle yapılan işleri gizlemek amacıyla “başkalarının hesabını kullanan”¹⁹ kişilere yönelik bir düzenleme getirilmiştir. Düzenlemeye göre; noter marifetiyle düzenlenmiş bir vekaletname veya yetkilendirme olmaksızın borsa ve diğer teşkilatlanmış piyasalarda (a) başkasının hesabını kullanarak bu hesap üzerinden emir iletmek, işlem yapmak veya hesap hareketi gerçekleştirmek ve (b) başkasına hesabını kullanarak emir iletilmesi, işlem yapılması ve hesap hareketleri gerçekleştirilmesine imkân sağlamak, piyasa bozucu eylemler sayılmıştır.

3. Pay Sahiplerine Yönelik Bilgi Formu Düzenlenmesi Yükümlülüğünün İhlali

Tebliğ’in 7. maddesinin üçüncü fıkrasında Pay Tebliği’nin²⁰ 27. maddesine ve bu maddenin uygulanmasına yönelik Kurul kararlarına aykırı hareket edilmesi piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilmiştir.

Pay Tebliği’nin 27. maddesine göre; halka açık anonim ortaklıklarda yönetim kurulu kontrolüne sahip ortaklarca planlanan, belirli oranların üzerindeki pay satışları için bir bilgi formu düzenlenmesi ve bu formun satış öncesinde Kurulca onaylanması, sonrasında bu formun KAP’ta yayımlanması gerekmektedir. Bu düzenlemelere aykırı davranılması hâli de piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilmiştir.



FOOTNOTE

¹⁹ Kesici/ Nacakçı, p. 9.

²⁰ Communiqué on Shares, no. VII-128.1, dated 27.05.2023.

²¹ Kesici/ Nacakçı, p. 10.

²² Kesici/ Nacakçı, p. 11.

4. Persons Subject to Prohibition of Transaction

In the scope of CMB’s authority to prohibit transaction, the actions of persons who are subject to a transaction prohibition are regulated as market abuse. No distinction is made between whether these persons conduct transactions on their own account or someone else’s account. In any case, the transactions of these persons are regulated as market abuse.

F. Actions not Considered as Market Abuse

The Communiqué not only regulates the actions that constitute market abuse, but also the actions that do not constitute market abuse. According to article 8 of Communiqué, the following actions do not constitute market abuse:

(i) actions that are not considered as market manipulation or inside trading, according to article 108 of CML,

(ii) actions that are in the scope of freedom of press,

(iii) actions and transactions that are not in the scope of article 104 of CML.

Central Bank of Türkiye’s implementation of various policies, like monetary, exchange rate and public debt management policies and its operations to ensure financial stability, issuance of shares to employees by issuers or transactions made within the scope of share acquisition programs can be given for examples of actions that do not constitute market abuse²¹.

CMB aimed to ensure the freedom of press with this regulation. In connection with this purpose, the actions of press officers will not be considered as market abuse as long as no unfair advantage is obtained as from the publication of these news and interpretations, and such news and interpretations are not published in agreement or in direction of persons committed market manipulation or insider trading, and no transaction is made on the relevant capital market instrument before the publication²².

4. Hakkında İşlem Yapma Yasağı Kararı Alınan Kişiler

SerPK’nın işlem yapma yasağı yetkisi kapsamında hakkında bu yasağın uygulanan kişilerin yasak süresince işlem yapmaları da piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilmiştir. Bu kişilerin işlemlerini kendi hesaplarından ya da başkalarının hesaplarından yapmaları konusunda ise bir ayırım yapılmamıştır. Herhâlde, işlem yasaklı kişilerin işlemleri piyasa bozucu eylem olarak varsayılmıştır.

F. Piyasa Bozucu Eylem Sayılmayan Haller

Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği’nde piyasa bozucu eylem teşkil eden durumlar sayıldığı gibi piyasa bozucu eylem kapsamına girmeyen haller de belirtilmiştir. Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği m. 8’e göre aşağıdaki durumlar piyasa bozucu eylem kapsamına girmemektedir:

(i) SerPK’nın 108. maddesinde yer alan bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı sayılmayan haller,

(ii) Basın özgürlüğü kapsamındaki faaliyetler ve

(iii) SerPK’nın 104. maddesi kapsamına girmeyen eylem ve işlemler.

Piyasa bozucu eylem sayılmayan haller; Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası’nın para, döviz kuru, kamu borç yönetim politikaları gibi çeşitli politikalar uygulaması ve finansal istikrarın sağlanması için yaptığı işlemler, ihraççılar tarafından çalışanlara pay tesis edilmesi ya da uygulanan pay edindirme programları kapsamında yapılan işlemler örnek olarak verilebilir²¹.

Kurum yaptığı bu düzenleme ile basın özgürlüğünü de korumak istemiştir. Bu amaçla bağlantılı olarak basında yapılan haberlerin veya yorumların yayımlanmasından ötürü haksız bir menfaat elde edilmemiş olması, bu haber veya yorumların bilgi suistimali ya da piyasa dolandırıcılığı suçlarından birini işleyen kişilerle anlaşarak ya da bu kişilerin yönlendirmeleriyle yayımlanmamış olması ve bu haber veya yorumun yayımlanmasından önce ilgili sermaye piyasası aracında işlem yapılmamış olması kaydıyla basın görevlilerinin yürüttüğü faaliyetler piyasa bozucu eylem olarak nitelendirilemeyecektir²².

DİPNOT

¹⁹ Kesici/ Nacakçı, s. 9.

²⁰ 22.06.2013 tarih ve VII-128.1 sayılı Pay Tebliği.

²¹ Kesici/ Nacakçı, s. 10.

²² Kesici/ Nacakçı, s. 11.

III. SANCTIONS OF MARKET ABUSE

In case the occurrence of actions that are regulated as market abuse on Communiqué, according to article 104 of CML, an administrative fine of twenty thousand Turkish Liras to five hundred thousand Turkish Liras shall be imposed on persons who committed such actions. However, if a benefit is obtained in this way, the amount of administrative fine cannot be lower than twice of the benefit. As can be understood from this regulation, even if the person who committed such actions did not obtain a benefit, he/she could face sanctions.

IV. JUDICIAL REVIEW OF SANCTIONS OF CMB ON MARKET ABUSE

According to article 125 of the Constitution of the Republic of Türkiye, "Recourse to judicial review shall be available against all actions and actions of administration". Therefore, the administrative sanction decisions of CMB, which is an independent administrative authority, are also subject to judicial review²³. Parallel with that, it is regulated in article 105 of CML that administrative judicial remedy can be applied on administrative sanctions of CMB. Therefore, it is clearly stated that administrative sanctions of CMB on market abuse shall be subject to administrative judicial remedy.

An annulment action may be filed against administrative sanctions of CMB, as well as full remedy action, if there is a damage originated from the execution of an administrative act.

The number of days to file a lawsuit against administrative actions is regulated in the Administrative Procedure Law ("APL"). According to article 7, paragraph 1 of APL, the number of days to file a lawsuit is 60 in administrative courts and the Council of State, and 30 days in tax courts. The term starts with the written notification date. These terms are general periods to file a lawsuit; therefore, if a special period is stipulated under other legislation, the term will be based on that.

A special period to file a lawsuit against the actions of CMB is not regulated under CML.

III. PİYASA BOZUCU EYLEMLERİN YAPTIRIMI

Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği'nde piyasa bozucu eylem olarak nitelendirilmiş olan fiillerin gerçekleştirilmesi halinde SerPK m. 104 uyarınca bu eylemi gerçekleştiren kişilere SPK tarafından, yirmi bin Türk Lirasından beş yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir. Ancak, bu suretle bir menfaat temin edilmiş olması hâlinde verilecek idari para cezasının miktarı bu menfaatin iki katından az olamaz. Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, ilgili piyasa bozucu eylemin faili bu fiilden herhangi bir menfaat elde etmemiş olsa bile yaptırımla karşı karşıya kalabilecektir.

IV. SPK'NIN PİYASA BOZUCU EYLEMLERE UYGULADIĞI İDARİ YAPTIRIMLARIN HUKUKİ DENETİMİ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 125 gereğince "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır". Dolayısıyla bağımsız bir idari otorite olan SPK'nın vermiş olduğu idari yaptırım kararları da yargısal denetime tabidir²³. Bu husus ile paralel olarak SerPK m. 105'in 4. fıkrasında kurumun verdiği idari para cezalarına ilişkin idari yargı yoluna başvurulabileceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla piyasa bozucu eylemler ile ilgili SPK tarafından verilen idari para cezalarına karşı idari yargı yoluna gidileceği açık bir biçimde ifade edilmiştir.

SPK'nın uyguladığı idari yaptırımlara karşı iptal davası açılabilir gibi, ilgili idari işlemin uygulanmasından doğan bir zararın varlığı halinde tam yargı davası da açılabilir.

İdari işlemlere karşı açılacak olan davaların kaç gün içerisinde açılacağı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda ("İYUK") düzenlenmiştir. Bu kanunun 7. maddesinin 1. fıkrasına göre, dava açma süresi kural olarak Danıştay'da ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gündür. Süre, idari uyumsuzluklarda yazılı bildirim tarihi ile başlar. Bu süreler, idari işlemlere karşı genel dava açma süreleri olup, kanunlarda ayrı bir süre öngörülmüşse dava açma süresi, bu sürelere göre hesap edilecektir.

SerPK'da Sermaye Piyasası Kurulu'nun kararlarına karşı açılacak davalar için özel bir süre öngörülmemiştir. Bu sebeple SPK'nın idari

Therefore, an annulment or a full remedy action may be filed against the actions of CMB in the general period of 60 days²⁴.

V. CONCLUSION

With the enactment of the law, the legislator has stipulated a number of administrative sanctions in order to prevent market abuse, which is not as severe as market crimes but may still adversely affect the market, and to deter if not prevented. In scope of that, Communiqué on Market Abuse is issued, and detailed provisions are regulated. As a requirement for the rule of law, the judicial remedies for the relevant persons against administrative sanctions of CMB are stipulated.

In conclusion, the legislator aims to ensure the reliability, transparency and fairness of the market and to preserve the competition conditions in the market, in parallel with both the purpose of CML and the purpose of establishment of CMB.

BIBLIOGRAPHY

BAYRAM VOLKAN ALAN, Sermaye Piyasası Kurulu'nun İdari Yaptırım Yetkisinin İdarenin Takdir Yetkisi Kapsamında Değerlendirilmesi ve Yargısal Denetimi, May 2018.

EMRE KESİCİ/ M. BİLGEHAN NACAĞCI, Piyasa Bozucu Eylemler, Capital Markets Journal, S. 15, August 2014.

HANİFE ERGÜN AKSU, Sermaye Piyasası Hukukunda Kamusal Denetim ve Yaptırım Sistemleri: Avrupa Birliği ve Türkiye Karşılaştırması, Master's Thesis, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, 2021.

NUSRET ÇETİN/ HATİCE EBRU TÖREMİŞ/ ZEYNEP CANTİMUR, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Sistematik Analizi, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014.

SEÇİL COŞKUN, Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu (6362 Sayılı SerPK md. 107), İstanbul, 2021.

MURAT BALCI/ SİNEM TURAN, Açıklamalı, Gerekçeli İçtihatlı Sermaye Piyasası Kanunu Şerhi Cilt II, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

yaptırım kararlarına karşı İYUK'ta belirtilmiş olan genel dava açma süresi olan altmış gün içerisinde idare mahkemelerinde iptal davası ve tam yargı davası açılabilir²⁴.

V. SONUÇ

SerPK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte mevzuatımızda kanun koyucu, piyasa suçları kadar ağır olmayan ancak piyasayı olumsuz yönde etkileyebilecek olan piyasa bozucu eylemleri önlemek ve önlenememesi durumunda da caydırıcılığı sağlamak amacıyla bir takım idari yaptırımlar öngörmüştür. Bu kapsamda Piyasa Bozucu Eylemler Tebliği çıkarılarak, piyasa bozucu eylemlere ilişkin detaylı düzenlemeler yapılmıştır. Hukuk devleti olmanın bir gereği olarak, bu eylemlere ilişkin olarak SPK'nın vereceği idari yaptırım kararlarına karşı ilgili kişilerin gidebileceği yargısal yollar mevzuatta tespit edilmiştir.

Sonuç olarak, kanun koyucu piyasa bozucu eylemlere ilişkin yaptığı düzenlemeler ile hem SerPK'nın düzenleme amacına hem de SPK'nın kuruluş amacına paralel olarak, piyasanın güvenilirliğini, şeffaflığını, dürüstlüğüne sağlamayı ve piyasadaki rekabetçi koşulları muhafaza etmeyi amaçlamıştır.

KAYNAKÇA

BAYRAM VOLKAN ALAN, Sermaye Piyasası Kurulu'nun İdari Yaptırım Yetkisinin İdarenin Takdir Yetkisi Kapsamında Değerlendirilmesi ve Yargısal Denetimi, Mayıs 2018.

EMRE KESİCİ/ M. BİLGEHAN NACAĞCI, Piyasa Bozucu Eylemler, Capital Markets Journal, S. 15, Ağustos 2014.

HANİFE ERGÜN AKSU, Sermaye Piyasası Hukukunda Kamusal Denetim ve Yaptırım Sistemleri: Avrupa Birliği ve Türkiye Karşılaştırması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, 2021.

NUSRET ÇETİN/ HATİCE EBRU TÖREMİŞ/ ZEYNEP CANTİMUR, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Sistematik Analizi, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014.

SEÇİL COŞKUN, Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu (6362 Sayılı SerPK md. 107), İstanbul, 2021.

MURAT BALCI/ SİNEM TURAN, Açıklamalı, Gerekçeli İçtihatlı Sermaye Piyasası Kanunu Şerhi Cilt II, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

DİPNOT

²³ Alan, s. 130.

²⁴ Alan, s. 154.

FOOTNOTE

²³ Alan, p. 130.

²⁴ Alan, p. 154.

PART 16

**DELAYED JUSTICE: “WHEN THEY
SEE US” TV SERIES REVIEW**

**GECİKEN ADALET: “WHEN THEY
SEE US” DİZİ İNCELEMESİ**

ENİS EYYÜP MİNGSAR



PART 16

ABSTRACT | ÖZET

The mini-series **"When They See Us"**, which premiered in 2019 on Netflix, focuses on the tragic story of five African-American youngsters who were falsely accused and unjustly imprisoned for years, despite not being involved in the rape case that occurred in Central Park in 1989.

2019 yılında izleyicilerle buluşan **"When They See Us"** isimli Netflix yapımı mini dizi, 1989 senesinde Central Park'ta gerçekleşen bir tecavüz olayı akabinde eyleme hiçbir şekilde karışmadıkları halde suçlanan ve yıllarca haksız yere hapis yatan beş siyahi gencin trajik öyküsüne odaklanmaktadır.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELELER

Central Park Jogger, Central Park Five, Central Park Jogger Case, Racism, Police Violence.

Central Park Koşucusu, Central Park Beşlisi, Central Park Koşucusu Davası, Irkçılık, Polis Şiddeti.

I. INTRODUCTION

On the night of April 19, 1989, Trisha Meili, known as the **"Central Park Jogger"**, went out for a run in Central Park and was brutally assaulted by an unidentified assailant. Subsequently, five African-American teenagers, known as the **"Central Park Five"**, who were passing by the crime scene that night, were arrested by the police as suspects in the rape case. Thus began the infamous **"Central Park Jogger Case"**, which would not only stain the history of the United States but also be remembered as a dark spot in the history of humanity. The interrogations of the Central Park Five took place under the shadow of racism and police violence, conducted without the presence of their families. The Central Park Jogger Case, which received significant media attention, resulted in the biased trial and sentencing of these young men due to the pressures of society and media, and they were imprisoned for years even though they did not commit any crime. After many long years, with the confession of the actual culprit of the Central Park Jogger Case, these five young men, who had unjustly endured years of imprisonment, finally regained their freedom. However, the Central Park Five, who had been imprisoned at a young age, lost their childhood and struggle for years to

I. GİRİŞ

19 Nisan 1989'da Central Park'ta koşuya çıkan Trisha Meili (**"Central Park Koşucusu"**) isimli bir kadının aynı gece kimliği belirsiz biri tarafından tecavüze uğramasının ardından, o gece olay yerinden geçmekte olan beş siyahi genç (**"Central Park Beşlisi"**), gerçekleşen tecavüz olayının şüphelileri olarak polis tarafından gözaltına alınıp ve böylece sadece Amerika Birleşik Devletleri değil, insanlık tarihinde bir kara leke olarak anılacak meşhur **"Central Park Koşucusu Davası"** süreci başlar. Central Park Beşlisi'nin ırkçılık ve polis şiddeti altında geçen sorgulamaları, gençlerin aileleri yanında olmaksızın gerçekleştirilir. Medyada da büyük yankı bulan Central Park Koşucusu Davası'nda gençler mahkemenin toplum ve medya baskıları yüzünden önyargılı yargılaması neticesinde hapis cezasına çarptırılırlar ve hiçbir suçları olmadığı halde yıllarca hapis yatarlar. Uzun yıllar sonra Central Park Koşucusu Davası'nın asil suçlusunun itirafçı olmasıyla birlikte, yıllarca hapis yatan bu beş genç nihayetinde özgürlüklerine kavuşurlar. Ancak, çocuk yaşta hapse giren Central Park Beşlisi hapisten çıktıklarında çocukluklarını yitirirler ve başlarına gelen talihsiz olayların yarattığı travmayı yıllarca üzerlerinden atmazlar.



overcome the trauma inflicted by the unfortunate events that had befallen them.

The mini-series **"When They See Us"**, which premiered in 2019 on Netflix, focuses on the tragic story of five African-American youngsters who were falsely accused and unjustly imprisoned for years, despite not being involved in the rape case that occurred in Central Park in 1989. The four-episode series, whose producers include Oprah Winfrey and Robert De Niro, centers on the tragic tale of five black teenagers who spent years in jail after being falsely convicted of rape in Central Park. If **"When They See Us"** had been made into a film, it would have been almost impossible to fit such a long and detailed story into a single movie due to its duration. Considering the current dominance of action and superhero films over dramas in the cinema industry, it is unlikely that the audience would flock to theaters for such a lengthy drama film. Therefore, we have realized that Ava DuVernay, the creator, screenwriter and director of the series, made the right decision to develop **"When They See Us"** as a series. In fact, the series has become not only one of the most beloved series of all time, and with an IMDb score of 8.9, and it has secured its place in the list of IMDb's Top 250 TV Shows. Furthermore, it has won two Prime-

2019 yılında izleyicilerle buluşan **"When They See Us"** isimli Netflix yapımı mini dizi, 1989 senesinde Central Park'ta gerçekleşen bir tecavüz olayı akabinde eyleme hiçbir şekilde karışmadıkları halde suçlanan ve yıllarca haksız yere hapis yatan beş siyahi gencin trajik öyküsüne odaklanmaktadır¹. Yapımcıları arasında Oprah Winfrey ve Robert De Niro'nun da yer aldığı, Central Park'ta gerçekleşen tecavüz olayından dolayı haksızca suçlanarak yıllarca hapis yatmak zorunda kalan beş siyahi gencin trajik öyküsüne odaklanan dizi 4 bölümden oluşmaktadır². **When They See Us**, film olarak çekilmiş olsaydı bu kadar uzun ve detaylı bir öykünün bir filme sığdırılması süresi sebebiyle neredeyse imkânsız olurdu. Bu kadar uzun sürecek bir film için ise günümüzde aksiyon ve süper kahraman filmleri karşısında drama türündeki filmlerin sinema sektöründe geldiği konumu hesaba katarsak, izleyici kitlelerinin uzun süreli bir drama filmi için sinema salonlarını doldurma ihtimalinin pek de yüksek olmadığı kanaatindeyim. Dolayısıyla, dizinin yaratıcısı, senaristi ve aynı zamanda yönetmeni olan Ava DuVernay'nin **"When They See Us"**ı dizi olarak çekmekte ne kadar doğru bir karar verdiğini görmüş olmaktadır. Nitekim, dizi sadece Netflix'in değil, tüm zamanların en beğenilen dizilerinden olmuş ve 8.9 IMDb puanı ile adını IMDb'nin en iyi 250 dizisi listesine yazdırmıştır³. Üstelik Primetime Emmy ödüllerinde de **"Mini Dizi veya TV Filminde En İyi Erkek**

FOOTNOTE

¹ When They See Us, <https://www.netflix.com/tr/title/80200549> Access: 11.06.2023.

² Çiğdem Subaşı, "When They See Us: Central Park Beşlisi" <http://adba.tv/okunmali/when-they-see-us/> Access: 11.06.2023.

³ When They See Us, <https://www.imdb.com/title/tt7137906/> Access: 11.06.2023.

DİPNOT

¹ When They See Us, <https://www.netflix.com/tr/title/80200549> Erişim: 29.04.2023.

² Çiğdem Subaşı, "When They See Us: Central Park Beşlisi" <https://adba.tv/okunmali/when-they-see-us/> Erişim: 29.04.2023.

³ When They See Us, <https://www.imdb.com/title/tt7137906/> Erişim: 29.04.2023.

PART 16

time Emmy Awards, including "Outstanding Lead Actor in a Limited Series or TV Movie" and "Outstanding Casting for a Limited Series, TV Movie, or Special"⁴.

II. THE BEGINNING OF THE CENTRAL JOGGER CASE

In the opening scene of the series, on an ordinary day in Harlem on April 19, 1989, five African-American young men continue with their daily lives and set out towards Central Park for some fun. In Central Park, rowdy groups of people who disturb people by listening to loud music and talking to passersby are causing outbursts. Although these seem like ordinary incidents that occur at night in Central Park, everything changes when Trisha Meili, a public-school teacher, goes jogging on the night of 19 April 1989, and is attacked and raped by an unidentified assailant, causing her to pass out at the crime scene. Following the rape incident, the five young men who happen to pass by the crime scene become suspects and are arrested by the police. In the subsequent process, Prosecutor Linda Fairstein is assigned to find the perpetrator(s) of the violent crime committed against the victim, who would later be known as the "Central Park Jogger", and thus begins the Central Park Jogger Case, a process that will maintain its significance in the media for years to come⁵.

III. INTERROGATIONS

Despite the lack of evidence in the crime scene, prosecutor Linda Fairstein wants to suppress the case by arresting five black teenagers, Antron McCray, Yusef Salaam, Raymond Santana Jr. and Korey Wise, the eldest 16 and the youngest 14, who will later become known as the Central Park Five, for the rape of Trisha Meili. Thus, the paths of these five young men cross in the worst possible way, in a police interrogation. Prosecutor Linda wants to draw public attention to the incident by indicating that the victim was a woman who was left for dead after the brutal attack on the day of the incident. The interrogation of these five young men under unbearable physical and psychological police violence begins when Kevin, who was taken into custody when he was only 14 years old and unaware of everything, is

Başrol Oyuncusu" ve "Bir Mini Dizi, TV Filmi veya Özel Programda En İyi Oyuncu Kadrosu Seçimi Ödülü" olmak üzere 2 Emmy ödülünü de kazanmayı başarmıştır⁴.

II. CENTRAL PARK KOŞUCUSU DAVASI'NIN BAŞLANGICI

Dizinin açılış sahnesinde, 19 Nisan 1989'da Harlem'de sıradan bir günde, gündelik hayatına devam eden beş siyahi genç Central Park'a doğru eğlenmek için yola çıkarlar. Central Park'ta gürültülü şekilde müzik dinleyip yoldan geçen insanlara laf atarak insanları rahatsız eden kalabalık gruplar taşkınlıklar çıkartmaktadır. Bunlar başta Central Park'ta gece vakti yaşanan sıradan olaylar gibi gözükse de her şey, gece vakti devlet okulunda öğretmen olan Trisha Meili ismindeki bir kadının 19 Nisan 1989 gecesi koşuya çıkıp kimliği belirlenemeyen bir şahıs tarafından saldırıya ve tecavüze uğrayıp kafasına aldığı darbelerden ötürü olay yerinde bayılması ile başlar. Vuku bulan tecavüz hadisesi akabinde suç mahallinden geçen beş genç, gerçekleşen tecavüz olayının şüphelileri olarak polis tarafından gözaltına alınır. İlerleyen süreçte Central Park Koşucusu ("Central Park Jogger") olarak adlandırılacak olan mağdure Trisha Meili'ye karşı işlenen şiddet dolu suçun failini/ faillerini bulmak için Savcı Linda Fairstein göreve atanır ve basında yıllar boyunca önemini koruyacak olan Central Park Koşucusu Davası ("Central Park Jogger Case") süreci başlar⁵.

III. SORGULAMALAR

Savcı Linda Fairstein, suç bölgesinde pek delil bulunmamasına rağmen, daha sonra Central Park Beşlisi ("Central Park Five") olarak adlandırılacak olan en büyüğü 16, en küçüğü 14 yaşındaki Kevin Richardson, Antron McCray, Yusef Salaam, Raymond Santana Jr. ve Korey Wise isimli beş siyahi genci, Trisha Meili'ye tecavüz suçu isnat etmek suretiyle tutuklayarak olayı bastırmak ister ve böylece bu beş gencin yolu, olabilecek en kötü şekilde polis sorgusunda kesişir. Savcı Linda, olay günü acımasızca gerçekleştirilen saldırı akabinde mağdurun ölümüne terk edilen bir kadın olduğunu belirterek kamuoyunun dikkatini olayın üzerine çekmek ister. Bu beş gencin dayanılmaz fiziksel ve psikolojik polis şiddeti altında geçecek sorguları, henüz 14 yaşındayken her şeyden habersiz bir halde gözaltına alınmış olan Kevin'in masaya koy-

beaten on the table by the police. The interrogation of children in the early years of their teenage years under such threats disrupts the "investigation", which is only the first stage of the judgement. The children, who were interrogated without a lawyer or psychologist being present and without their families' knowledge, are interrogated for almost two days under increasing pressure from the police. The children spend their interrogations under physical and psychological violence, which now reaches the extent of torture. I firmly believe that these five young individuals, who have been charged with a crime, were treated unfairly at the initial round of the questioning just because of the color of their skin. Interrogations under hunger, thirst and violence have pierced the absolute scope of the right to protect the material and moral integrity of children subjected to the prohibition of torture and ill-treatment, and although each of them is still a child, they have been subjected to serious violations in terms of human rights⁶. In fact, Article 5 of the Universal Declaration of Human Rights proclaimed by the United Nations General Assembly on 10 December 1948 stipulates that "No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment"⁷. Yusef Salaam's mother, helpless in the desperate struggle against this unfair interrogation, protests to the authorities that they are to be ashamed of themselves for leaving her little boy in custody with police officers who believe that he is surely involved in a criminal incident.

During almost two days of cross-examination, the police force the children to make statements against each other, telling them that they must confess who committed the crime and that they can go home if they tell them who did it. Children, who are no longer able to resist the physical and psychological violence they are suffering, are forced to sign false statements. Through interrogations affected by violence and pressure, the police no longer aim to reach the truth, but only to produce a "guilty" person who has admitted to the guilt. As a result of all these pressures and psychological tortures, children are forced to confess in the absence of lawyers, psychologists or even their parents. As one can easily imagine, none of the children's statements are consistent with each other. The assistant prosecutor tells Prosecutor Linda that the children's statements are inconsistent, that the sperm and DNA samples

duğu eline polisin sert bir şekilde vurmasıyla birlikte başlamış olur. Gençliğinin baharındaki çocukların bu şekilde tehdit altında sorgulanmaları yargılamanın henüz ilk ayağını teşkil eden "soruşturma"yı sakatlar. Yanlarında avukat ve psikolog olmadan, ailelerinden habersiz bir şekilde sorguya alınan çocuklar, neredeyse iki gün boyunca polisin giderek artan baskısı altında sorgulanırlar. Çocuklar sorgulamalarını artık işkence boyutuna çıkan fiziksel ve psikolojik şiddet altında geçirirler. Henüz sorgulamanın ilk aşamasında, kendilerine suç isnat edilen bu beş gencin sırf ten renklerinden ötürü dezavantajlı konumda oldukları kanaatindeyim. Açlık, susuzluk ve şiddet altında geçen sorgulamalar, işkence ve kötü muamele yasağına maruz kalan çocukların maddi ve manevi bütünlüğünü koruma hakkının mutlak alanını delmiş olup her biri henüz birer çocuk olduğu halde, insan hakları anlamında büyük ihlallere maruz kalmışlardır⁶. Nitekim, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948 tarihinde ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin 5. maddesi de "Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayriinsani, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tabi tutulamaz." hükmünü haizdir⁷. Bu haksız sorgulama karşısında çaresizce çırpınan Yusef Salaam'ın annesi ise yetkililere, göz altına alınan küçük çocuğunu suç işlediğine kesin gözüyle bakan polislerle baş başa bıraktıkları için kendilerinden utanmaları gerektiğini haykırır.

Neredeyse iki gün sürecek çapraz sorgular sırasında polisler, çocuklara suçu işleyen itiraf etmeleri gerektiğini, kimin yaptığını söylemeleri halinde evlerine gidebileceklerini söyleyerek çocukların hepsini birbirleri aleyhinde beyanda bulunmaya zorlar. Gördükleri fiziksel ve psikolojik şiddet karşısında dayanma gücü kalmayan çocuklar, yalan ifadeleri imzalamak zorunda kalırlar. Şiddet ve baskının tesir ettiği sorgulamalar ile polisler artık gerçeğe ulaşmaya değil, yalnızca sorgulamalardan suçu kabul etmiş bir "suçlu" çıkartmayı amaçlarlar. Tüm bu baskı ve psikolojik işkence sonucunda çocuklar yanlarında avukat, psikolog veya aileleri bile olmadan itirafçı olmak zorunda kalırlar. Kolaylıkla tahmin edilebileceği gibi, çocukların hiçbir beyanı da birbirini tutmaz. Savcı yardımcısı, Savcı Linda'ya çocukların beyanlarının birbirlerini tutmadığını, Central Park Koşucusu'ndan alınan sperm ile DNA örneklerinin olayla örtüşmediğini ve sorgulamanın hatalı gittiğini söyler. Ancak, Savcı Linda gözünü karartmıştır. Savcı yardımcısının aktardıkları karşısında, yakalayamadıkları

FOOTNOTE

⁴ Awards & Nominations, <https://www.emmys.com/shows/when-they-see-us> Access: 11.06.2023.

⁵ When They See Us Dizisi Hakkında Bilinmesi Gerekenler, <https://www.neoldu.com/when-they-see-us-dizi-incelemesi-39232h.htm> Access: 11.06.2023.

⁶ Tuğba Bayraktar/ Ufuk Ramazan Çakmak, İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2022, p. 89.

⁷ United Nations General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, Article 5.

DİPNOT

⁴ Awards & Nominations, <https://www.emmys.com/shows/when-they-see-us> Erişim: 29.04.2023.

⁵ When They See Us Dizisi Hakkında Bilinmesi Gerekenler, <https://www.neoldu.com/when-they-see-us-dizi-incelemesi-39232h.htm> Erişim: 29.04.2023.

⁶ Tuğba Bayraktar/ Ufuk Ramazan Çakmak, İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2022, s. 89.

⁷ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, m.5.

PART 16

taken from the Central Park Jogger do not match the case and that the interrogation has been going wrong. However, Linda, the prosecutor, is determined. In response to the assistant prosecutor's statements, she states that there is a sixth person whom they could not catch and reveals how prejudiced she is in her investigation. The false statements signed by the children as a result of their invalidated will are also used against them in the trial process.

IV. TRIAL

A. Judicial Process

The unfair process that the boys went through during the interrogation continues in the court. The witnesses brought to the court states that they had not seen these five children at the scene of the crime and that these five children were not among the ones who were involved in the disturbances. During the Central Park Jogger Case, where strict rules of evidence must be applied, the application of the "in dubio pro reo" and "fair trial" principles, which are the basic principles of criminal procedure law, should be naturally expected to be applied⁸. Under the principle of equality of arms, both sides in the Central Park Jogger Case should have been given an equal opportunity both to challenge the evidence presented by the other side and to present their own evidence, but the evidence was suppressed by Prosecutor Linda and her assistants⁹. Whereas the purpose of a prosecutor should be to reveal the truth and ensure that justice is served, the purpose of Prosecutor Linda is now to convict these five young people and bring the Central Park Jogger Case to an end as soon as possible. This time, the court, which is in charge of upholding justice, seeks revenge.

As the trial begins, the press pays great attention to this incident. Every day, news is made about the Central Park Five regarding this painful incident that occurred in Central Park and the proceedings of the trial. The incident had such a shocking detail that it surprised everyone, and it also received a lot of press attention. Donald Trump, who served as the President of the United States of America between 2017-2021, is one of the leading business figures of that period. Trump places full-page advertisements against the Central Park Five for \$85,000 in four major New York

altını bir kişinin olduğunu ifade ederek ne kadar önyargılı bir soruşturma yürüttüğünü gözler önüne serer. Çocukların sakatlanan iradeleri neticesinde imzaladıkları yalan beyanları, mahkeme sürecinde de çocuklar aleyhinde kullanılır.

IV. YARGILAMA

A. Mahkeme Süreci

Çocukların sorgulamada geçirdikleri haksız süreç, mahkemede de devam eder. Mahkemeye getirilen tanıklar, bu beş genci suç mahallinde görmediklerini ve taşkınlık yapanlar arasında bu beş gencin bulunmadığını belirtir. Sıkı ispat kurallarının uygulanması gerektiği Central Park Koşucusu Davası sürecinde artık ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerinden olan "Şüpheden sanık yararlanır" ve "adil yargılanma" ilkelerinin devreye girmesi beklenmelidir⁸. Silahların eşitliği ilkesi uyarınca, Central Park Koşucusu Davası'nda her iki tarafın da eşit koşullar altında hem diğer tarafın sunmuş olduğu delillere karşı koyma hem de kendi delillerini ortaya koyma fırsatlarının temin edilmesi gerekirken, Savcı Linda ve yardımcıları tarafından deliller karartılır⁹. Bir savcının amacı hakikatleri ortaya çıkarmak ve adaletin tecelli etmesini sağlamak olmalıyken Savcı Linda'nın amacı artık bu beş genci mahkûm ettirmek ve Central Park Koşucusu Davası'nı bir an önce sonlandırmaktır. Adaleti sağlamak ile görevli olan yargı, artık intikam almaya soyunur.

Yargılama başlarken basın da bu olaya çok büyük bir ilgi gösterir. Central Park'ta meydana gelen bu acı hadise ve dava sürecinin gidişatı ile ilgili Central Park Beşlisi hakkında her gün haberler yapılır. Basının büyük ilgisini çeken olayda öyle bir detay da vardır ki herkesi şaşkına çevirir. 2017-2021 yılları arasında Amerika Birleşik Devletleri başkanlığı görevini üstlenmiş olan Donald Trump, o dönemin önde gelen iş insanlarından birisidir. Trump, ABD'nin en popüler gazetelerinden New York Daily News dahil dört büyük New York gazetesine 85.000 Dolar karşılığında Central Park Beşlisi aleyhinde tam sayfa ilanlar verir¹⁰. İlanlarda, Central Park Koşucusu Davası'nda yargılanan bu beş genç hakkında idam kararı verilmesi gerektiği ve polisle-

newspapers, including the New York Daily News, one of the most popular newspapers in the US¹⁰. In the advertisements, it is announced that a death sentence should be issued for these five young people who are on trial in the Central Park Jogger Case and the police are called to duty. For possible financial and public relations reasons, the press incites the incidents through the use of racial rhetoric. These exaggerated and untrue news accusing black children have a wide public reaction and the impact of the incident increases tremendously. During the trial of these five young people, numerous protests about the Central Park Jogger Case are organized during the discussions and in the community. Considering that the jury is also part of the society, it would not be wrong to state that the judicial authority is manipulated. The opportunities available to the prosecution and the defense were therefore not balanced; the balance was tipped against the accused, the Central Park Five, and for this reason, the principle of equality of arms between the subjects has been virtually ignored¹¹.

B. Finalization of the Decision

On the other hand, protests against the ongoing unlawful trial begin to be organized by various communities. Yusuf Salaam's mother expressed her reaction by stating that the young people on trial were being tortured just because they were black and grew up in poor areas, and that the poor minority population vented their anger against the rich in Central Park. In fact, Prosecutor Linda actually implies that it doesn't matter that the five youths weren't present, that the sperm samples and DNA tests taken from the youths don't match the samples taken from the victim, that the accused are accusing one another falsely, and that the witnesses claim they didn't see the accused youths because according to Prosecutor Linda these kids are already guilty by birth by saying that the details are irrelevant.

The "right to due process", which the judicial authority must observe as a requirement of human rights and the rights of suspects, defendants and victims, is thoroughly and irrevocably violated by the court hearing the Central Park Jogger case¹². As a result of biased and prejudiced judgements, the unfortunate five young people were sentenced to 13 to 16 years in prison, despite the fact that there was no DNA sample of these five

rin göreve çağrıldığı duyurulur. Belki de sırf para ve popülerite uğruna ırkçı söylemleri kullanan basın, halk nezdinde olayları iyice körükler. Siyahi çocukları suçlayan bu abartılı ve gerçek dışı haberler, toplum nezdinde büyük yankı uyandırır ve olayın yarattığı etki katlanarak artar. Bu beş gencin yargılandıkları mahkemede, tartışma ortamlarında ve topluluklar arasında Central Park Koşucusu Davası'na ilişkin sayısız gösteriler düzenlenir. Jürinin de toplumun bir parçası olduğunu göz önünde bulundurursak, yargı makamının manipüle edildiğini belirtmek yanlış olmayacaktır. Dolayısıyla, iddia ve savunma makamlarına sunulan olanaklar birbiriyile dengeli olmamış; denge, sanık konumundaki Central Park Beşlisi aleyhine bozulmuştur ve bu sebeple sùjeler arasındaki silahların eşitliği ilkesi adeta göz ardı edilmiştir¹¹.

B. Kararın Kesinleşmesi

Diğer yandan, hukuka aykırı biçimde sürmekte olan yargılamaya tepki niteliğinde gösteriler de çeşitli topluluklar tarafından düzenlenmeye başlar. Yusuf Salaam'ın annesi, yargılanan gençlerin sırf siyahi oldukları ve fakir bölgelerde yetiştikleri için işkence gördüklerini ve fakir durumdaki azınlık nüfusun zengin kesimlere olan öfkelerini Central Park'ta kustuğunu belirterek tepkisini dile getirir. Zaten Savcı Linda da, ayrıntıların öneminin bulunmadığını belirterek; bu beş gencin orada olmamasının, gençlerden alınan sperm örneklerinin mağdurdan alınan örneklerle eşleşmemesinin, gençlere ait DNA testlerinin mağdurdan alınan DNA testlerine uymamasının, sanıkların birbirlerini yanlış bir şekilde suçlamalarının ve tanıkların zan altındaki gençleri görmediklerini ifade etmelerinin hiçbir önemi olmadığını, bu çocukların doğuştan suçlu olduklarını söyler.

Yargı makamının, insan hakları ile şüpheli, sanık ve mağdurun haklarının bir gereği olarak gözetmesi gereken "adil yargılanma hakkı", Central Park Koşucusu Davası'na bakan mahkeme tarafından derinlemesine ve geri alınmayacak biçimde ihlal edilir¹². Taraflı ve peşin hükümlü yargılamalar neticesinde, Central Park Koşucusu Trisha Meili'nin vücudunda bu beş gence ait DNA örneği olmamasına ve

FOOTNOTE

⁸ For detailed information regarding the principle: **Nur Centel/ Hamide Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 18th Edition, İstanbul 2020, p. 833.

⁹ **Ertuğrul Ünal**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi, Ankara 2021, p. 64.

¹⁰ **Claretta Bellamy**, "Exonerated Central Park Five Member Mocks Trump with Ad of his Own After Indictment", 5 Apr 2023, <https://www.nbcnews.com/news/nbcblk/exonerated-central-park-five-member-mocks-trump-ad-indictment-rcna78389> Access: 11.06.2023.

¹¹ **Centel/ Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 18th Edition, İstanbul 2020, p. 253.

¹² **Centel/ Zafer**, p. 180.

DİPNOT

⁸ İlke hakkında detaylı bilgi için bkz. **Nur Centel/ Hamide Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2020, s. 833.

⁹ **Ertuğrul Ünal**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi, Ankara 2021, s. 64.

¹⁰ **Claretta Bellamy**, "Exonerated Central Park Five Member Mocks Trump with Ad of his Own After Indictment", 5 Apr 2023, <https://www.nbcnews.com/news/nbcblk/exonerated-central-park-five-member-mocks-trump-ad-indictment-rcna78389> Erişim: 29.04.2023.

¹¹ **Centel/ Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2020, s. 253.

¹² **Centel/ Zafer**, s. 180.

PART 16

young people in the body of Central Park Jogger Trisha Meili and all the evidence proved the innocence of these five young people.

C. Process After the Imprisonment

During the conditional release hearings that began after the completion of the first instance court proceedings, the Central Park Five opposed the conditional release offers and never gave up their struggle for justice at the risk of being imprisoned, by saying that they did not commit the crime themselves.

Those of these five young people who come out after completing their prison sentences had difficulty in finding a job, and the jobs they found were the ones that offer extremely difficult working conditions. Even though these five young people had served their time, society had considerably harsher consequences for them than the state had. It is important to remind that the background of all the incidents is the result of unfair judgement. The unfortunate events that befell the Central Park Five are a prime demonstration of the consequences of not conducting a fair trial.

V. INNOCENCE

When the calendar pages show the year of 2002, the course of events was changed entirely. The actual perpetrator of the Central Park Jogger Case is revealed when a prisoner named Matias Reyes confessed that he was the one who raped Central Park Jogger Trisha Meili during his trial for another crime, and the whole society eventually realized that the Central Park Five were wrongfully imprisoned¹³.

The society and media, which played a significant role in creating a perception of guilt towards the Central Park Five within the legal system, culminating in the Central Park Five receiving lengthy jail sentences after a trial that seemed to be only a formality, will now start the exoneration process that these young people earned years ago.

At the end of 13 years spent as so-called criminals under enormous pressure from both the state and society, the United States compensated the five wrongfully accused youths with 40 million dollars¹⁴. Justice has

bütün delillerin bu beş gencin suçsuzluğu ispatlar nitelikte olmasına rağmen, talihsiz beş genç hakkında 13 ila 16 yıl arasında hapis cezasına hükmedilir.

C. Hapisten Sonraki Süreç

İlk derece yargılamasının tamamlanması üzerine başlayan şartlı tahliye duruşmalarında Central Park Beşlisi, şartlı tahliye edilme tekliflerine karşı çıkarlar ve suçlu kendilerinin işlemediklerini söyleyerek adalet mücadelelerini hapiste kalma pahasına asla bırakmazlar.

Bu beş gençten, aldıkları hapis cezalarını tamamlayarak dışarı çıkanlar, iş bulmakta çok zorlanır, karşılıklarına çıkan işler ise çalışılmayacak derecede kötü şartlar sunan işler olur. Ceza sürelerini tamamlamış olsalar da toplum, devletin onlara hükmettiği cezadan çok daha fazlasını bu beş gence keser. Bütün olayların kaynağının haksız yargılamanın sonucunda gerçekleştiğini hatırlatmakta fayda vardır. Central Park Beşlisi'nin başına gelen talihsiz olaylar, yargılamanın adil bir şekilde yürütülmemesinin ne denli sonuçlara yol açabileceği hususundaki en büyük örneklerden birisini teşkil etmektedir.

V. MASUMİYET

Takvim yaprakları 2002'yi gösterdiğinde, olayların seyri yüz seksen derece değişir. Başka bir suçtan dolayı yargılandığı esnada Matias Reyes isimli bir mahkûmun, Central Park Koşucusu Trisha Meili'ye tecavüz eden kişinin kendisi olduğunu itiraf etmesiyle Central Park Koşucusu Davası'nın gerçek suçlusu ortaya çıkar ve böylece Central Park Beşlisi'nin suçsuz yere hapis yattığı, tüm toplum tarafından anlaşılmış olur¹³.

Henüz yargılamanın ilk aşamasından itibaren yargıya suçlu oldukları algısını vererek adalet formaliteden yargılama yürütülmesinde ve dolayısıyla Central Park Beşlisi'ne uzun yıllar hapis cezası verilmesinde önemli rolle sahip olan toplum ve medya nezdinde bu sefer gençlerin yıllar önce hak ettiği aklanma süreci başlar.

Masum oldukları halde hem devletin hem toplumun çok büyük baskısı altında sözde suçlu olarak geçirilen 13 yıl sonunda ABD, haksız yere suçlanan bu beş genç için 40 milyon Dolarlık tazminat öder¹⁴. Adalet çok geç

been served, even if it was late. The punishment on the young people is revoked after many years, however, the marvelous words of Orhan Ghazi, the second sultan of the Ottoman Empire, springs to mind: "The worst of justice is that which is delayed. Even if the final judgement is right, delayed justice is cruelty"¹⁵. For, "Delayed justice is not justice"¹⁶. The Central Park Five have lost their dreams and childhood after years spent suffering under injustice. Things will never be the same for them again. Because, the "unjust judgement" has stolen all the dreams of these five young people.

VI. WHERE IS THE CENTRAL PARK FIVE TODAY?

The victims of the Central Park Jogger Case, the Central Park Five, lived the remainder of their free lives in difficulty similar to the hardships they had during the trial and imprisonment. So, what are the Central Park Five doing now?

Korey Wise continues to live in New York City after his release from prison, speaking and advocating for criminal justice reform. In 2015, he donated \$190,000 to the Innocence Project's program at the University of Colorado. The Innocence Project was subsequently renamed the "Korey Wise Innocence Project" in his honor¹⁷. Korey Wise runs the Innocence Project, speaking about his experiences at various events¹⁸.



de olsa yerini bulmuştur. Gençler üzerindeki ceza çok uzun yıllar sonra kaldırılır, ancak akıllara Osmanlı Devleti'nin ikinci padişahı Orhan Gazi'nin muhteşem sözü gelir: "Adaletin en kötüsü geç tecelli edenidir. Sonunda hüküm isabetli olsa da geciken adalet zulümdür"¹⁵. Zira "Geciken adalet, adalet değildir"¹⁶. Central Park Beşlisi haksızlıklar altında geçirilen yılların ardından hayallerini ve çocukluklarını kaybetmişlerdir. Hiçbir şey onlar için bir daha asla eskisi gibi olmayacaktır. Çünkü "adaletsiz yargı" bu beş gencin tüm hayallerini çalmıştır.

VI. CENTRAL PARK BEŞLİSİ BUGÜN NEREDE?

Central Park Koşucusu Davası'nın yargı kurbanları olan Central Park Beşlisi'nin hayatlarının geri kalanında özgür olarak geçirdikleri süre de en az yargılanmaları ve hapis süreçleri kadar zorlu geçmiştir. Peki Central Park Beşlisi, şu anda neler yapmaktadır?

Korey Wise; hapisten çıktıktan sonra New York'ta yaşamaya devam ederek konuşmacı ve ceza adaleti reformu savunucusu olarak faaliyet göstermektedir. 2015 yılında Masumiyet Projesi'nin Colorado Üniversitesi'ndeki bölümüne 190.000 dolar bağışta bulunmuştur. Sonrasında, Masumiyet Projesi'nin adı onun onuruna "Korey Wise Masumiyet Projesi" olarak değiştirilmiştir¹⁷. Korey Wise, çeşitli etkinliklerde deneyimleri hakkında konuşarak Masumiyet Projesi'ni yürütmektedir¹⁸.

DİPNOT

¹³ "Korey Wise - Time Served: 12 years", <https://innocenceproject.org/cases/korey-wise/> Erişim: 29.04.2023.

¹⁴ Ray Sanchez/ Allie Malloy, New York City comptroller approves \$40 million settlement for Central Park Five, 27 June 2014 <https://edition.cnn.com/2014/06/26/justice/new-york-central-park-five-settle/index.html> Access: 29.04.2023.

¹⁵ Kevser Ceylan Koca, Osmanlı Hukuk Sisteminde Kadılık Kurumu, Ankara 2019, p. 57.

¹⁶ Mustafa Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Ankara 2022, s. 101.

¹⁷ Where Are the Central Park Five Now? What to Know After Watching "When They See Us", <https://www.goodhousekeeping.com/life/entertainment/a27820212/central-park-five-now/> Erişim: 29.04.2023.

¹⁸ Korey Wise Innocence Project, <https://www.colorado.edu/law/academics/public-service/korey-wise-innocence-project> Erişim: 29.04.2023.

FOOTNOTE

¹³ "Korey Wise - Time Served: 12 years", <https://innocenceproject.org/cases/korey-wise/> Access: 11.06.2023.

¹⁴ Ray Sanchez/ Allie Malloy, New York City comptroller approves \$40 million settlement for Central Park Five, 27 June 2014 <https://edition.cnn.com/2014/06/26/justice/new-york-central-park-five-settle/index.html> Access: 11.06.2023.

¹⁵ Kevser Ceylan Koca, Osmanlı Hukuk Sisteminde Kadılık Kurumu, Ankara 2019, p. 57.

¹⁶ Mustafa Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Ankara 2022, p. 101.

¹⁷ Where Are the Central Park Five Now? What to Know After Watching "When They See Us", <https://www.goodhousekeeping.com/life/entertainment/a27820212/central-park-five-now/> Access: 11.06.2023.

¹⁸ Korey Wise Innocence Project, <https://www.colorado.edu/law/academics/public-service/korey-wise-innocence-project> Access: 11.06.2023.

PART 16

Kevin Richardson lives in New Jersey with his wife and two daughters, works as an advocate for criminal justice reform, and has spoken about his experiences at various events¹⁹.

Yusef Salaam has been working as a criminal justice advocate since his release from prison²⁰.

Raymond Santana Jr. became a businessman, founded his own clothing brand Park Madison and promoted When They See Us²¹.

Antron McCray is married and has six children. He lives with his family in Atlanta, Georgia²². At the time When They See Us was aired, he spoke to The New York Times that he still struggles to bear the great load that society and poor judgment placed on him, using the words "I'm damaged, you know? I know I need help. But I feel like I'm too old to get help now. I'm 45 years old, so I'm just focused on my kids. I'm not saying it's the right thing to do. I just stay busy. I stay in the gym. I ride my motorcycle. But it eats me up every day. Eats me alive. My wife is trying to get me help but I keep refusing. That's just where I'm at right now. I don't know what to do"²³.

VII. CONCLUSION

It is very crucial to preserve fairness and justice in events that cause trauma and distress to the society. If we look at Turkish Law, the Assembly of Criminal Chambers of the Court of Cassation stipulated in a decision dated 2019 that the legal value protected by the crime of torture is primarily human dignity, and that the acts of a public official against a person that are incompatible with human dignity and cause physical or mental suffering constitute the crime of torture²⁴. Therefore, police officers' interrogation of children under intense physical and psychological violence constitutes the crime of torture for the police officers involved. In the event of violations of fundamental principles such as fair trial, equality of arms, prohibition of torture and ill-treatment in criminal proceedings and human rights law, there is a significant risk of creating new victims, just like the five young men in the Central Park Jogger Case. For this reason, the established rules of law should never be abandoned under any circumstances, nor the fundamental principles of criminal proceedings and human rights. Hence, the judiciary should detach itself from socially traumatizing events and pressures; it

Kevin Richardson; eşi ve iki kızıyla birlikte New Jersey'de yaşamakta, ceza adaleti reformunun savunucusu olarak çalışmakta ve çeşitli etkinliklerde deneyimleri hakkında konuşmaktadır¹⁹.

Yusef Salaam, serbest bırakıldığından beri ceza adaleti savunucusu olarak çalışmaktadır²⁰.

Raymond Santana Jr., iş insanı olmuş, kendi giyim markası Park Madison'ı kurmuş ve When They See Us'ın tanıtımını yapmıştır²¹.

Antron McCray; evli ve altı çocuk babasıdır. Atlanta, Georgia'da ailesiyle birlikte yaşamaktadır²². When They See Us dizisi yayınlandığı zaman The New York Times'a "Hasarlıyım, biliyor musun? Yardıma ihtiyacım olduğunu biliyorum. Ama artık yardım almak için çok yaşlıyım gibi hissediyorum... Ama bu beni her gün yiyip bitiriyor. Beni canlı canlı yiyor. Karım bana yardım bulmaya çalışıyor ama ben reddediyorum. Şu anda bulunduğum nokta bu. Ne yapacağımı bilmiyorum."²³ ifadelerini kullanarak toplumun ve kötü yargının kendisine atfettiği bu ağır yükü taşımakta hâlen çok zorlandığını dile getirmişti.

VII. SONUÇ

Toplumu sarsan ve travmaya sürükleyen olaylarda adil kalmak ve adaleti muhafaza etmek çok önemlidir. Türk Hukuku'na bakalım olursak, Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2019 tarihli bir kararında, işkence suçu ile korunan hukuki değerlerin öncelikle insan onuru olduğunu, kamu görevlisinin bir kişiye karşı insan onuru ile bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine neden olan davranışların işkence suçu teşkil ettiğini belirtmiştir²⁴. Dolayısıyla, polislerin çocukları yoğun fiziksel ve psikolojik şiddet altında sorgulaması, polisler bakımından işkence suçunu meydana getirmektedir. Ceza muhakemesi ve insan hakları hukukunun adil yargılanma, silahların eşitliği, işkence ve kötü muamele yasağı gibi başlıca ilkelere ihlal edilmesi durumunda, tıpkı Central Park Koşucusu Davası'ndaki beş genç gibi yeni mağdurlar yaratma riskiyle karşı karşıya kalınabilmesi riski oldukça mümkündür. Bu sebeple, hukukun yerleşik kuralları her ne şart altında olursa olsun ceza muhakemesi ve insan haklarının temel ilkeleri terk edilmemelidir. Dolayısıyla yargı, kendisini toplumsal travma yaratan olaylardan ve baskılardan soyutlamalı; sağ duyu ile hareket etmeli ve

should act with common sense and be able to decide objectively without succumbing to manipulation. The judgement should never be overshadowed by the social status, religion, language and racial differences of people. The investigation and prosecution stages must be conducted with composure by the authorities, without falling into injustice.

BIBLIOGRAPHY

Awards & Nominations, <https://www.emmys.com/shows/when-they-see-us>

BUSTLE - <https://www.bustle.com/p/how-old-were-the-central-park-5-boys-when-they-were-convicted-the-subjects-of-when-they-see-us-were-just-teenagers-17927878>.

CLARETTA BELLAMY, "Exonerated Central Park Five Member Mocks Trump with Ad of his Own After Indictment", 5 Apr 2023, <https://www.nbcnews.com/news/nbcblk/exonerated-central-park-five-member-mocks-trump-ad-indictment-rcna78389>.

ÇİĞDEM SUBAŞI, "When They See Us: Central Park Beşlisi" <https://adba.tv/okunmali/when-they-see-us/>.

ERTUĞRUL ÜNAL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi, Ankara 2021.

IMDb - <https://www.imdb.com/title/tt7137906/>.

INNOCENT PROJECT - <https://innocenceproject.org/cases/korey-wise/>.

KEVSER CEYLAN KOCA, Osmanlı Hukuk Sisteminde Kadılık Kurumu, Ankara 2019.

Korey Wise Innocence Project, <https://www.colorado.edu/law/academics/public-service/korey-wise-innocence-project>.

MUSTAFA ÖZEN, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Ankara 2022.

NUR CENTEL/ HAMİDE ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, 18th Edition, İstanbul 2020.

RAY SANCHEZ/ ALLIE MALLOY, New York City comptroller approves \$40 million settlement for Central Park Five, 27 June 2014 <https://edition.cnn.com/2014/06/26/justice/new-york-central-park-five-settle/index.html>.

The Central Park Five: "We Were Just Baby Boys", <https://www.nytimes.com/2019/05/30/arts/television/when-they-see-us.html>.

TUĞBA BAYRAKTAR/ UFUK RAMAZAN ÇAKMAK, İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2022.

When They See Us Dizisi Hakkında Bilinmesi Gerekenler, <https://www.neoldu.com/when-they-see-us-dizi-inceleme-39232h.htm>.

Where Are the Central Park Five Now? What to Know After Watching "When They See Us", <https://www.goodhousekeeping.com/life/entertainment/a27820212/central-park-five-now/>.

dolduruşa gelmeden objektif biçimde karar verebilmelidir. İnsanların sosyal durumları, din, dil ve ırk farklılıkları gibi hususlardan ötürü yargılamaya asla gölge düşürülmemelidir. Soruşturma ve kovuşturma aşamaları, adaletsizliğe sürüklenmeden yetkililer tarafından şokkanlılıkla yürütülmelidir.

KAYNAKÇA

Awards & Nominations, <https://www.emmys.com/shows/when-they-see-us>.

BUSTLE - <https://www.bustle.com/p/how-old-were-the-central-park-5-boys-when-they-were-convicted-the-subjects-of-when-they-see-us-were-just-teenagers-17927878>.

CLARETTA BELLAMY, "Exonerated Central Park Five Member Mocks Trump with Ad of his Own After Indictment", 5 Apr 2023, <https://www.nbcnews.com/news/nbcblk/exonerated-central-park-five-member-mocks-trump-ad-indictment-rcna78389>.

ÇİĞDEM SUBAŞI, "When They See Us: Central Park Beşlisi" <https://adba.tv/okunmali/when-they-see-us/>.

ERTUĞRUL ÜNAL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi, Ankara 2021.

IMDb - <https://www.imdb.com/title/tt7137906/>.

INNOCENT PROJECT - <https://innocenceproject.org/cases/korey-wise/>.

KEVSER CEYLAN KOCA, Osmanlı Hukuk Sisteminde Kadılık Kurumu, Ankara 2019.

Korey Wise Innocence Project, <https://www.colorado.edu/law/academics/public-service/korey-wise-innocence-project>.

MUSTAFA ÖZEN, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Ankara 2022.

NUR CENTEL/ HAMİDE ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2020.

RAY SANCHEZ/ ALLIE MALLOY, New York City comptroller approves \$40 million settlement for Central Park Five, 27 June 2014 <https://edition.cnn.com/2014/06/26/justice/new-york-central-park-five-settle/index.html>.

The Central Park Five: "We Were Just Baby Boys", <https://www.nytimes.com/2019/05/30/arts/television/when-they-see-us.html>.

TUĞBA BAYRAKTAR/ UFUK RAMAZAN ÇAKMAK, İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2022.

When They See Us Dizisi Hakkında Bilinmesi Gerekenler, <https://www.neoldu.com/when-they-see-us-dizi-inceleme-39232h.htm>.

Where Are the Central Park Five Now? What to Know After Watching "When They See Us", <https://www.goodhousekeeping.com/life/entertainment/a27820212/central-park-five-now/>.

DİPNOT

¹⁹ Where Are the Central Park Five Now? What to Know After Watching "When They See Us", <https://www.goodhousekeeping.com/life/entertainment/a27820212/central-park-five-now/> Erişim: 29.04.2023.

²⁰ Where Are the Central Park Five Now? What to Know After Watching "When They See Us", <https://www.goodhousekeeping.com/life/entertainment/a27820212/central-park-five-now/> Erişim: 29.04.2023.

²¹ Where Are the Central Park Five Now? What to Know After Watching "When They See Us", <https://www.goodhousekeeping.com/life/entertainment/a27820212/central-park-five-now/> Erişim: 29.04.2023.

²² Where Are the Central Park Five Now? What to Know After Watching "When They See Us", <https://www.goodhousekeeping.com/life/entertainment/a27820212/central-park-five-now/> Erişim: 29.04.2023.

²³ The Central Park Five: "We Were Just Baby Boys", <https://www.nytimes.com/2019/05/30/arts/television/when-they-see-us.html> Erişim: 29.04.2023.

²⁴ Yargıtay CGK, E. 2017/8-753 K. 2019/497 T. 25.06.2019.

FOOTNOTE

¹⁹ Where Are the Central Park Five Now? What to Know After Watching "When They See Us", <https://www.goodhousekeeping.com/life/entertainment/a27820212/central-park-five-now/> Access: 11.06.2023.

²⁰ Where Are the Central Park Five Now? What to Know After Watching "When They See Us", <https://www.goodhousekeeping.com/life/entertainment/a27820212/central-park-five-now/> Access: 11.06.2023.

²¹ Where Are the Central Park Five Now? What to Know After Watching "When They See Us", <https://www.goodhousekeeping.com/life/entertainment/a27820212/central-park-five-now/> Access: 11.06.2023.

²² Where Are the Central Park Five Now? What to Know After Watching "When They See Us", <https://www.goodhousekeeping.com/life/entertainment/a27820212/central-park-five-now/> Access: 11.06.2023.

²³ The Central Park Five: "We Were Just Baby Boys", <https://www.nytimes.com/2019/05/30/arts/television/when-they-see-us.html> Access: 11.06.2023.

²⁴ Assembly of Criminal Chambers of the Court of Cassation, D: 25.06.2019, 2017/8-753.

PART 17

INCORPORATION OF JOINT STOCK COMPANIES WITH IN- KIND CAPITAL

ANONİM ŞİRKETLERİN AYNİ
SERMAYE İLE KURULUŞU

ENİS EYYÜP MİNGSAR

PART 17

ABSTRACT | ÖZET

In this article, firstly, the types of incorporation of joint stock companies are mentioned, and then the incorporation with capital in kind and the valuation of capital in kind are explained.

Makalemizde önce anonim şirketlerin kuruluş türlerinden bahsedilmiş; sonrasında aynı sermayeli kuruluş ve aynı sermayenin değerlendirilmesi anlatılmıştır.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELELER

Joint Stock Companies, Immediate Incorporation, Capital In Kind, Capital In Cash, Capital Valuation, Land Registry, Annotation, Registry, Maturity.

Anonim Şirketler, Ani Kuruluş, Aynı Sermaye, Nakdi Sermaye, Sermaye Değerlemesi, Tapu, Şerh, Sicil, Vade.

I. INTRODUCTION

Joint stock companies, which constitute one of the keystones of today's commercial life, are subject to several procedures prior to their incorporation. In order for joint stock partnership, which is aimed to be incorporated by bringing the capital, to acquire legal personality, the completion of the incorporation procedures is required in accordance with Turkish Commercial Code numbered 6102 ("TCC") and Trade Registry Regulation published in the Official Gazette dated January 27, 2023 and numbered 28541 ("TRR") and other legislative provisions. The main type of incorporation of joint stock companies is immediate incorporation. Immediate incorporation can be realized in two forms, simple immediate incorporation and qualified immediate incorporation, depending on the type of capital brought to the company. One of the most important elements of a qualified immediate incorporation is the capital in kind brought to the company as capital. Since the capital in kind consists of non-cash assets, the appointed experts by the commercial court of first instance in the jurisdiction where the company's headquarters will be located should value the aforementioned non-cash capital. In this context, assets, including intellectual property rights and virtual platforms, can be contributed as a capital in kind to a

I. GİRİŞ

Günümüz ticaret hayatının yapı taşlarından birini teşkil eden anonim şirketler, kurulmadan evvel birtakım prosedürlere tabi tutulmaktadır. Sermayenin bir araya getirilerek kurulması amaçlanan anonim ortaklığın tüzel kişilik kazanması için, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("TTK"), 27.01.2023 tarihli ve 28541 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Ticaret Sicili Yönetmeliği ("TSY") ve sair mevzuat hükümleri uyarınca kuruluş işlemlerinin tamamlanması gerekmektedir. Anonim şirketlerin kurulmasında temel kuruluş yolu ani kuruluştur. Ani kuruluş, şirkete getirilen sermayenin türüne göre basit ve nitelikli ani kuruluş olmak üzere iki şekilde gerçekleştirilebilmektedir. Nitelikli ani kuruluşun en önemli unsurlarından birisi şirkete sermaye olarak getirilen aynı sermayedir. Aynı sermaye nakitten oluşmadığı için, şirkete getirilen söz konusu aynı sermayenin şirket merkezinin bulunacağı yerdeki asliye ticaret mahkemesi tarafından atanan bilirkişilerce değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda fikri mülkiyet hakları ve sanal ortamlar da dahil olmak üzere malvarlığı unsurları, üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz veya tedbir olmaması, nakden değerlendirilebilmesi ve devrolunabilmesi şartlarıyla anonim şirkete aynı sermaye olarak konulabilecektir. Anonim şirkete getirilecek olan aynı sermaye-



joint stock company, provided that there is no limited real rights, attachment or interim injunction on them, and that they can be utilized and transferred in cash. Capital in kind to be brought to the joint stock company must be secured. Therefore, if immovable property is intended to be brought as capital in kind, it should be registered with the land registry; intellectual property rights and other assets, if any, should be recorded in their respective special registries; if movable property is being brought as capital in kind, it should be entrusted to a trusted person. On the other hand, if receivables are to be brought as capital to the company, the maturity of the said receivable must have been reached.

In today's world, the incorporation, management, operation, and liquidation of joint-stock companies, which are of great importance in terms of bringing capital together and building up the main capital accumulation for the stable continuation of partnerships, are regulated under the TCC, the TRR, and other relevant legislation. The elements that can be brought to joint stock companies as capital in kind are also included in the TCC. In this article, firstly, the types of incorporation of joint stock companies are mentioned, and then the incorporation with capital in kind and the valuation of capital in kind are explained.

nin güvence altına alınması gerekmektedir. Dolayısıyla aynı sermaye olarak taşınmaz getirilmek isteniyorsa tapuya şerh verilmeli; fikri mülkiyet hakları ile diğer değerler, varsa özel sicillerine kaydedilmeli; taşınır aynı sermaye olarak getiriliyor ise de ilgili taşınır güvenilir kişiye bırakılmalıdır. Öte yandan şirkete sermaye olarak alacak getirilecek ise söz konusu alacağın vadesinin gelmiş olması gerekmektedir.

Günümüz dünyasında ortaklıkların istikrarlı biçimde sürdürülmesi için sermayelerin bir araya gelerek ana sermaye birikiminin inşası bakımından büyük önemiyeye sahip olan anonim şirketlerin kuruluşu, yönetimi, işleyişi, tasfiyesi gibi şirket mekanizmasına ilişkin tüm hususlar, TTK, TSY ve sair mevzuatta hüküm altına alınmıştır. Anonim şirketlere aynı sermaye olarak getirilebilecek unsurlara da TTK'da yer verilmiştir. Makalemizde önce anonim şirketlerin kuruluş türlerinden bahsedilmiş; sonrasında aynı sermayeli kuruluş ve aynı sermayenin değerlendirilmesi anlatılmıştır.

PART 17

II. INCORPORATION OF JOINT STOCK COMPANY

A. Types of Immediate Incorporation

Immediate incorporation, which is determined as the main procedure for incorporation of joint stock companies pursuant to Article 335 of the TCC, is carried out in two ways, namely simple immediate incorporation and qualified immediate incorporation, depending on the type of capital brought to the company¹. Article 335 of the TCC stipulates that the entire capital must be subscribed by the founders (natural and legal persons who sign the articles of association by subscribing for shares pursuant to Article 337 of the TCC), since there cannot be a capital that remains deficit and by whom it will be paid cannot be determined. An incorporation where the capital consists of cash and there is no capital in kind is called a simple immediate incorporation; whereas an incorporation that is qualified by means of partial or full capital in kind, the acquisition of businesses and real estate during incorporation, or the provision of special benefits to the founders from the profits of the joint stock company is called a qualified immediate incorporation².

B. Incorporation Procedures

As set forth in Article 355 of the TCC, a company acquires legal personality upon registration and announcement in the trade registry. In this context, in order for a joint stock partnership to acquire legal personality; the articles of association of the company must be prepared and the subscription of the entire capital of the company by the founders of the joint stock company must be made; the signatures of the founders must be notarized or the signatures of the founders must be executed in the presence of the trade registry director/assistant director; if the company capital is committed in cash, at least one quarter of the nominal value of the shares subscribed must be paid; in case of a qualified incorporation, the value of the real property recorded in the articles of association as a result of the expert valuation made during the preparation phase of the articles of association must be secured; companies, whose incorporation and amendments to the articles of association are subject to the permission of the Ministry of Trade, must ob-

II. ANONİM ŞİRKETİN KURULUŞU

A. Ani Kuruluş Türleri

Anonim şirketlerin TTK m. 335 gereğince temel kuruluş yolu olarak tayin edilen ani kuruluş, şirkete getirilen sermayenin türüne göre basit ve nitelikli ani kuruluş olmak üzere iki şekilde gerçekleşmektedir¹. TTK m. 335 hükmü, açıkta kalan ve kim tarafından ödeneceği belli olmayan bir sermaye olamayacağından ötürü, sermayenin tamamının kurucular (TTK m. 337 uyarınca pay taahhüt etmek suretiyle esas sözleşmeyi imzalayan gerçek ve tüzel kişiler) tarafından taahhüt edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Sermayenin nakitten oluştuğu, aynı sermayenin bulunmadığı kuruluş basit ani kuruluş; anonim şirkete kısmen veya tamamen aynı sermaye konması, kuruluş sırasında işletme ve ayın devralınması veya şirket kurucularına anonim şirketin kazançlarından özel menfaatlerin temin edilmesi yollarıyla nitelikli hale getirilen kuruluş ise nitelikli ani kuruluş olarak adlandırılmaktadır².

B. Kuruluş İşlemleri

Şirket, TTK m. 355'te belirtildiği üzere, ticaret siciline yapılacak tescil ve ilan ile tüzel kişilik kazanır. Bu kapsamda, bir anonim ortaklığın tüzel kişilik kazanması için; anonim ortaklığın kurucularınca şirket esas sözleşmesinin hazırlanması ve ortaklık sermayesinin tümünün taahhüt edilmesi, kurucu imzalarının noterde onaylanması veya kurucu imzalarının ticaret sicili müdürü/müdür yardımcısı huzurunda atılması, şirket sermayesinin nakden taahhüdü söz konusu ise nakden taahhüt edilen payların itibari değerlerinin en az dörtte birinin ödenmesi, nitelikli kuruluş söz konusu ise, esas sözleşmenin hazırlık aşamasında yapılan bilirkşi değerlemesi neticesinde değeri esas sözleşmeye geçirilen ayının güven altına alınması, kuruluşları ve esas sözleşme değişiklikleri Ticaret Bakanlığının iznine tabi olan şirketlerin gerekli izinleri alması, esas sözleşmenin tamamının ticaret siciline tescil edilmesi ve tescil edilen esas sözleşmenin tamamının Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edilmesi gerekmektedir³.

tain the necessary permissions; the entire articles of association must be registered with the trade registry and the entire registered articles of association must be announced in the Turkish Trade Registry Gazette³.

C. Incorporation in Cash

In the event that the consideration for the shares of the company is subscribed and paid in cash, it is referred to as capital in cash⁴. Since the value of cash capital does not need to be determined in any way and has the same value for everyone, transactions can be carried out more easily in the stages of subscription and fulfilment of capital in cash⁵.

Pursuant to Article 99/1 of the Turkish Code of Obligations numbered 6098 ("TCO"), unless otherwise stipulated in the articles of association of the company, a shareholder who makes a capital subscription in cash for the capital of a joint stock company must pay in the national currency of the country where the company's headquarters is located⁶. In accordance with Article 99/2 of the TCO, in circumstances where payment in a currency other than the national currency is agreed upon, the debt may also be paid in the national currency based on the market value on the payment date, unless expressly provided otherwise in the articles of association or an equivalent provision⁷. Article 345/1 of the TCC describes the place where the payment shall be made. As a result, the cash payment must be transferred to a specific account that the company will open in a local bank in its name. Pursuant to Article 344 of the TCC, at least one-fourth of the nominal value of the subscribed shares in a joint stock company must be paid before registration, and the remaining portion must be paid within twenty-four months following the registration of the company. In the articles of association, it can be decided to make an upfront payment exceeding one-fourth of the nominal value of the subscribed shares⁸. While it is possible for the articles of association to grant the authority to determine the payment dates and installment amounts for the remaining capital, excluding the portion already paid upfront, to the board of directors, such authority should be exercised by the board of directors in accordance with the principles of equality and good faith⁹.

C. Nakden Kuruluş

Şirket paylarının karşılığının nakden taahhüt edilmesi ve ödenmesi durumunda nakdi sermayeden söz edilir⁴. Nakdi sermayenin herhangi bir şekilde değerinin tespit edilmesinin gerekmemesi ve herkes için aynı değeri taşımasından ötürü nakdi sermayenin taahhüdü ve ifası aşamalarında işlemler daha kolay şekilde gerçekleştirilebilmektedir⁵.

Anonim şirketin sermayesi için nakit para taahhüdünde bulunan ortak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ("TBK") m. 99/1 uyarınca esas sözleşmede aksine hüküm yoksa şirket merkezinin bulunduğu yerdeki ülke parası ile ödeme yapmalıdır⁶. TBK m. 99/2 uyarınca ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılmasının kararlaştırıldığı durumda, esas sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borcun, ödeme günündeki rayiç bedel üzerinden ülke parasıyla ödenmesi de mümkündür⁷. Ödemenin hangi yerde yapılacağı hususunu ise TTK m. 345/1 hükmü açıklamaktadır. Buna göre, nakdi ödeme, ülkedeki bir bankada şirket adına açılacak özel hesaba yapılacaktır. TTK m. 344 uyarınca anonim şirkette nakden taahhüt edilen payların itibari değerlerinin en az dörtte biri tescilden önce, kalan kısmı da şirketin tescilini izleyen yirmi dört ay içinde ödenmelidir. Esas sözleşmede, nakden taahhüt edilen payların itibari değerinin dörtte birinden fazlasının peşin ödenmesi kararlaştırılabilir⁸. Peşin ödenmiş olan kısım dışındaki sermayenin ödeme tarihlerini ve taksit tutarlarını belirleme yetkisinin esas sözleşme ile yönetim kuruluna verilmesi mümkün olmakla birlikte söz konusu yetki yönetim kurulu tarafından eşitlik ve dürüstlük prensiplerine uygun biçimde kullanılmalıdır⁹.

DİPNOT

¹ Reha Poroy/ Ünal Tekinalp/ Er-sin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku, 15th Edition, İstanbul 2021, p. 334.

² Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 335.

³ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 338.

⁴ Celal Göle, Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfade Temerrüt, Ankara 1976, s. 11.

⁵ İsmail Kırca/ Feyzan Hayal Şehirali Çelik/ Çağlar Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Ankara 2013, s. 345.

⁶ Mehmet Özdamar, "6102 Sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Aynı Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1, 2015, s. 145.

⁷ Afra Ece Kaya, Anonim Şirkete Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcun Yerine Getirilmesinin Hukuki Sonuçları, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Master's Thesis, Ankara 202, p. 18.

⁸ Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, s. 346.

⁹ Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, s. 346.

FOOTNOTE

¹ Reha Poroy/ Ünal Tekinalp/ Er-sin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku, 15th Edition, İstanbul 2021, p. 334.

² Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, p. 335.

³ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, p. 338.

⁴ Celal Göle, Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfade Temerrüt, Ankara 1976, p. 11.

⁵ İsmail Kırca/ Feyzan Hayal Şehirali Çelik/ Çağlar Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku, V. 1, Ankara 2013, p. 345.

⁶ Mehmet Özdamar, "6102 Sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Aynı Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, V. 1, Iss. 1, 2015, p. 145.

⁷ Afra Ece Kaya, Anonim Şirkete Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcun Yerine Getirilmesinin Hukuki Sonuçları, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Master's Thesis, Ankara 202, p. 18.

⁸ Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, p. 346.

⁹ Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, p. 346.

PART 17

III. INCORPORATION WITH CAPITAL IN KIND

The capital elements that can be contributed to commercial companies are listed as capital in cash and capital in kind, without limitation as to their types¹⁰. However, since the shareholders of capital companies are not liable for the debts of the company, except for the special cases regulated by the law, the structure and protection of the capital in capital companies have a particular importance for the creditors¹¹. Therefore, the legislator has imposed certain limitations on the elements that may be provided as capital in kind for joint stock companies under Article 342/1 of the TCC and for limited liability companies under Article 581 of the TCC¹².

As mentioned above in the definition of the type of qualified immediate incorporation, incorporating the company by subscribing capital in kind is one of the elements that make the incorporation qualified¹³. Article 128/3 of the TCC stipulates that provisions in the company agreement, which involve the obligation to contribute immovable property or establish or place an existing or future real right on immovable property as capital, shall be valid without requiring a specific official form. However, in accordance with Article 128/5 of the TCC, in cases where the ownership of immovable property or any other real right is contributed as capital, the registration of these elements in the land registry is necessary for the company to have the power to dispose of them.

Pursuant to Article 342 of the TCC, assets, including intellectual property rights and virtual media, on which there are no limited real rights, seizure and injunction, which can be valued in cash and transferred, may be contributed as capital in kind. However, performance of a particular service, personal effort, commercial reputation and undue receivables cannot be included as capital in order to ensure that the capital is real and its material existence is secured due to the principle of protection of capital¹⁴.

Article 128 of the TCC has also introduced certain safeguards regarding the contribution of capital in kind. If specific assets registered in their respective registries are subscribed, registration in the relevant registry is required, and if an immovable property is subscribed, it must be annotated to the

III. AYNİ SERMAYELİ KURULUŞ

Ticaret şirketlerine getirilebilecek sermaye unsurları nakdi ve aynı sermayeler olmak üzere ve türleri sınırlanmamış şekilde sayılmıştır¹⁰. Ancak, sermaye şirketlerinde kanunda düzenlenen özel durumlar haricinde ortakların şirket borçlarından ötürü sorumlulukları bulunmadığı için sermaye şirketlerinde sermayenin yapısı ve korunması hususları alacaklılar bakımından özel bir öneme sahiptir¹¹. Bu sebeple, kanun koyucu tarafından TTK m. 342/1 hükmü ile anonim şirketler ve TTK m. 581 hükmü ile limited şirketler bakımından aynı sermaye konulabilecek unsurlara bazı sınırlamalar getirilmiştir¹².

Yukarıda nitelikli ani kuruluş türünü tanımlarken bahsettiğimiz üzere, aynı sermaye taahhüdünde bulunarak şirketi kurmak, kuruluşu nitelikli hale getiren unsurlardandır¹³. TTK m. 128/3 hükmü, sermaye olarak taşınmaz mülkiyeti veya taşınmaz üzerinde mevcut olan veya kurulacak bir aynı hakkın konulması borcunu ihtiva eden şirket sözleşmesi hükümlerinin resmi şekil aranmaksızın geçerli olacağını belirtmektedir. Ancak, TTK m. 128/5 uyarınca, taşınmaz mülkiyetinin veya diğer aynı bir hakkın sermaye olarak konulması durumunda, şirketin bunlar üzerinde tasarruf edebilmesi için söz konusu unsurların tapu siciline tescilli gerekmektedir.

TTK m. 342 uyarınca, üzerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir olmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikri mülkiyet hakları ve sanal ortamlar dahil olmak üzere, malvarlığı unsurlarının aynı sermaye olarak konulması mümkündür. Ancak, sermayenin korunması ilkesi dolayısıyla sermayenin gerçek olmasının ve maddi anlamda varlığının güvence altına alınmasını teminen hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar sermaye olarak konulamamaktadır¹⁴.

Sermaye olarak aynı sermaye konulmasına yönelik TTK m. 128 hükmü de birtakım güvenceler getirmiştir. Kendilerine özgü sicillere kayıtlı değerler taahhüt ediliyorsa ilgili sicile kayıt yapılması, bir taşınmaz taahhüt ediliyorsa tapuya şerh düşülmesi gerekmektedir. Hüküm uyarınca özel sicile yapılacak bu kayıtlar üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldıracak olup¹⁵ bu sayede şirketin henüz kuruluş aşamasında sermayesine ilişkin olarak karşılaşılabileceği problemler bertaraf

title deed. These registrations to be made to the special registries, as stipulated by the provision, will remove the good faith of third parties¹⁵, thereby eliminating potential issues that the company may encounter regarding its capital during the incorporation phase¹⁶. Due to the mandatory nature of the regulation, in the event that no annotation or registration is made in the relevant registries, the said immovable properties or assets will not be deemed as capital¹⁷. At this point, it is particularly important to determine the moment at which the company acquires the immovable properties. Article 128/5 of the TCC regulates that registration in the land registry is required for the company to dispose of any real rights. Once the joint stock company acquires legal personality, a request can be made for the transfer of ownership of the immovable property intended to be contributed as capital in kind to the company; in other words, the debt will become due upon registration¹⁸. The fulfillment of the due debt will be possible through registration in the land registry for immovable properties¹⁹.

A. Prohibition of Contribution of Undue Receivables as Capital

Although Article 127 of the TCC states that receivables may be contributed in the company as capital, Article 342 of the TCC stipulates that receivables that are not due cannot be contributed in capital in kind. Under the Turkish Commercial Code numbered 6762 (Former TCC), there was a controversy as to whether it was possible to include deferred receivables as capital in capital companies²⁰. In the current era of the TCC (TCC numbered 6102), there is no consensus in the legal doctrine with regard to the positive reception of the prohibition stated in Article 342 of the TCC concerning the contribution of outstanding receivables as capital in kind²¹.

According to a view in legal doctrine, in the event that allowing a deferred receivable to be contributed as capital to the company, the capital of the company will remain uncertain during the period until the maturity²².

According to another approach, since the idea that the prohibition of contribution of undue receivables as capital would be incompatible with the principle of the due receivables becoming due upon registration would not be appropriate, there is no justification for the prohibition of contribu-

edilebilecektir¹⁶. Düzenlemenin emredici niteliği dolayısıyla ilgili sicillere şerh yahut kayıt yapılmaması durumunda söz konusu taşınmazlar veya değerler sermaye olarak kabul edilmeyecektir¹⁷. Bu noktada, özellikle taşınmazların hangi anda şirket tarafından iktisap edildiği büyük önem arz etmektedir. TTK m. 128/5 hükmü, şirketin aynı hak üzerinde tasarruf edebilmesi için tapu siciline tescilin gerektiğini düzenlemektedir. Anonim ortaklık tüzel kişilik kazandığı anda, anonim ortaklığa ayın olarak konulmak istenen taşınmazın mülkiyetinin şirkete devredilmesi talep edilebilir; yani tescille birlikte borç muaccel hale gelecektir¹⁸. Muaccel hale gelen borcun ifası ise, taşınmazlar için tapu siciline tescil ile mümkün olacaktır¹⁹.

A. Vadesi Gelmeyen Alacakların Sermaye Olarak Konulması Yasağı

TTK m. 127, alacakların sermaye olarak şirkete konulabileceğini ifade etse de TTK m. 342 hükmü alacaklardan vadesi gelmeyenlerin aynı sermayeye konulamayacağına hükmetmektedir. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde (Eski TTK) sermaye şirketlerine sermaye olarak vadeli alacağın konulması olanağının mevcut olup olmadığı hususu tartışmalıydı²⁰. Güncel TTK (6102 sayılı TTK) döneminde de doktrinde, TTK m. 342’de belirtilen vadesi gelmemiş alacakların aynı sermaye olarak getirilmesi yasağının olumlu karşılanması noktasında fikir birliği bulunmamaktadır²¹.

Doktrinde bir görüşe göre, vadeli alacağın şirkete sermaye olarak konmasına izin verilmesi durumunda şirketin sermayesi, vade gelene kadar geçecek olan süre içerisinde belirsiz kalacaktır²².

Bir başka görüşe göre, vadesi gelmemiş alacağın sermaye olarak şirkete konulması yasağının arka planındaki müaccel alacağın tescille muacceliyet ilkesi ile bağdaşmayacağı düşüncesi yerinde olmayacağından, vadeli alacağın sermaye olarak şirkete konulması yasağını haklı kılacak bir gerekçe bulunmamaktadır²³. Zaten TTK m. 130/2 hükmünde

FOOTNOTE

¹⁰ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, p. 338.

¹¹ Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, p. 344.

¹² Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, p. 344.

¹³ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, p. 335.

¹⁴ Emek Toraman Çolgar, Şirkete Borçlanma Yasağı, İstanbul 2019, p. 89.

¹⁵ Toraman Çolgar, p. 222.

¹⁶ Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, V. 1, 4th Edition, Ankara 2022, p. 217.

¹⁷ Pulaşlı, Şerh 1, p. 217.

¹⁸ Toraman Çolgar, p. 222-223. Also see, Erdoğan Moroğlu, Makaleler, İstanbul 2010, p. 53

¹⁹ Toraman Çolgar, p. 225.

²⁰ Mehmet Fatih Arıcı, "Sermaye Şirketleri Hukukunda Vadeli Alacağın Sermaye Olarak Konulması Yasağı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V. 73, Iss. 1, 2015, p. 321.

²¹ Arıcı, p. 322.

²² Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, p. 352.

DİPNOT

¹⁰ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 338.

¹¹ Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, s. 344.

¹² Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, s. 344.

¹³ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 335.

¹⁴ Emek Toraman Çolgar, Şirkete Borçlanma Yasağı, İstanbul 2019, s. 89.

¹⁵ Toraman Çolgar, s. 222.

¹⁶ Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, C. 1, 4. Baskı, Ankara 2022, s. 217.

¹⁷ Pulaşlı, Şerh 1, s. 217.

¹⁸ Toraman Çolgar, s. 222-223. Aynı yönde bkz. Erdoğan Moroğlu, Makaleler, İstanbul 2010, s. 53

¹⁹ Toraman Çolgar, s. 225.

²⁰ Mehmet Fatih Arıcı, "Sermaye Şirketleri Hukukunda Vadeli Alacağın Sermaye Olarak Konulması Yasağı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 73, S. 1, 2015, s. 321.

²¹ Arıcı, s. 322.

²² Kırca/ Şehirali Çelik/ Manavgat, s. 352.

²³ Abuzer Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, s. 197.

PART 17

tion of deferred receivables as capital to the company²³. Furthermore, Article 130/2 of the TCC explicitly states that, unless otherwise agreed, if the maturity of a receivable has not yet been reached, it must be collected by the company within one month from the due date, or if it is due, from the date of the company agreement or articles of association. However, if the receivable cannot be collected when it becomes due, the risk of non-collection of the receivable when due is not significantly sufficient to justify the prohibition in Article 342 of the TCC, due to the existence of Article 130 of the TCC, since the guarantee liability of the person who contributed the receivable as capital will be in question pursuant to Article 130 of the TCC²⁴.

According to a third opinion, under the current TCC and positive law, deferred receivables may be contributed as capital in a joint stock company²⁵. However, according to this opinion, in the event that a deferred receivable is allowed to be contributed as capital in a joint stock company, for example, the long maturity date of the receivable may cause inequality among the shareholders, and this may constitute a violation of the principle of equal treatment²⁶.

B. Contribution of Movables as Capital in Kind

Movables may also be brought to the joint stock company as capital; however, pursuant to Article 128/2 of the TCC, movables may be accepted as capital in kind provided that they are entrusted to a trusted person. With this provision, it is aimed to facilitate the disposal of the movable property more easily after the acquisition of legal personality by the company, by transferring the possession of the said movable property from the undertaking shareholder to a trusted person²⁷. Although there is no legal impediment to appointing one of the founding partners or a founding member of the board of directors of the joint-stock company as a trusted person, it can be argued that it is also a more economically favorable approach²⁸. It is of great importance that this situation is recorded in a report in case the movables are entrusted to one of the founding partners or a third party as a trusted person, because since it is stated in the justification of Article 128 of the TCC that the movable shall not be accepted as capital in kind if it is not entrusted to a trusted person and that the requirement is within the scope of the examination authority of the

alacağın, aksi kararlaştırılmamışsa, vadesi gelmemiş ise vade gününden, muaccel ise şirket sözleşmesi veya esas sözleşme tarihinden itibaren bir ay içinde şirketçe tahsil edilmesi gerektiği açıkça ifade edilmektedir. Bununla birlikte, alacağın vadesi geldiği vakit tahsil edilememesi durumunda, TTK m. 130 uyarınca alacağı sermaye olarak koyan kimşenin garanti sorumluluğu söz konusu olacağı için, TTK m. 130 hükmünün mevcudiyeti sebebiyle, alacağın vadesi geldiğinde tahsil edilememesi riski, TTK m. 342'deki yasaklamayı haklı kılacak ehemmiyette değildir²⁴.

Üçüncü bir görüşe göre ise, güncel TTK kapsamında ve pozitif hukuk bakımından vadeli alacak, anonim şirkete sermaye olarak konulabilir²⁵. Ancak bu görüşe göre vadeli alacağın anonim şirkete sermaye olarak konulmasına izin verilmesi durumunda, örneğin alacağın vadesinin uzun olması, pay sahipleri arasında eşitsizlik meydana getirebileceğinden, bu durum eşit işlem ilkesine aykırılık teşkil edebilecektir²⁶.

B. Taşınırın Aynı Sermaye Olarak Getirilmesi

Anonim şirkete sermaye olarak taşınır da getirilebilir, ancak TTK m. 128/2 uyarınca taşınırın aynı sermaye olarak kabul edilmesi güvenilir bir kişiye tevdi edilmeleri koşuluyla mümkün olacaktır. Bu hüküm ile, söz konusu taşınırın taahhüt eden ortağın zilyetliğinden çıkarılıp emin bir kişiye tevdi edilmesi suretiyle, şirketin tüzel kişilik kazanmasından sonra taşınır üzerinde daha kolay şekilde tasarrufta bulunulmasının önü açılmaktadır²⁷. Güvenilir kişi olarak anonim şirketin kurucu ortaklarının veya kurucu yönetim kurulu üyelerinden birinin atanmasında hukuken bir engel olmamakla birlikte ekonomik olarak da daha uygun bir yol olduğu söylenebilecektir²⁸. Taşınırın güvenilir kişi olarak kurucu ortaklardan birisine veya bir üçüncü kişiye tevdi edilmesi durumunda bu durumun tutanakla tespit edilmesi büyük önem arz etmektedir, zira TTK m. 128 gerekçesinde güvenilir kişiye tevdi edilmemesi durumunda taşınırın aynı sermaye olarak kabul edilmeyeceği ve söz konusu gerekliliğin sicil müdürünün inceleme yetkisinin kapsamında olduğu belirtildiğinden, sicil müdürlüğünce tutanağın

registry director, the company shall be registered after the registry directorate has seen the report, if there is no inconsistency due to other issues²⁹.

IV. VALUATION OF CAPITAL IN KIND

A. Valuation of Capital in Kind by an Expert

After specifying the assets that can be used as capital in kind in Article 342 of the TCC, Article 343 of the TCC explains how the value of capital in kind to be contributed to a joint stock company will be determined. In this context, an expert will be appointed by the commercial court of first instance in the place where the company headquarters will be located. The valuation report prepared by an expert shall include information stating that the valuation method applied is the most fair and appropriate choice for everyone in terms of the characteristics of the concrete case, and that the receivables contributed as capital are indeed exist and valid³⁰. The report shall also state that the said capital in kind provides the conditions specified in Article 342 of the TCC³¹. The values of the elements put as capital in kind in the valuation report shall be explained in Turkish Lira equivalent with satisfactory justifications and in compliance with the requirements of the principle of accountability. The appraised value shall be included in the articles of association of the joint stock company in accordance with Article 128/2 of the TCC.

B. Objection to the Expert Report

Pursuant to Article 382/2/e/5 of the Code of Civil Procedure numbered 6100, obtaining an expert report and obtaining the court's permission for the contribution of capital in kind to a joint stock company are considered as non-contentious proceedings in commercial law. Although the expert report is a non-contentious proceeding, it is possible to object to the expert report under Article 343 of the TCC. According to aforementioned provision of Article 343 of the TCC, the founders and stakeholders of the joint stock company may object to the expert report regarding the valuation of the capital in kind.

görülmüşünden sonra, başkaca hususlar sebebiyle uyumsuzluk bulunmaması durumunda şirket tescil edilecektir²⁹.

IV. AYNI SERMAYENİN DEĞERLEMESİ

A. Aynı Sermayenin Bilirkişi Tarafından Değerlemesi

TTK m. 342'de aynı sermaye konulabilecek malvarlığı unsurlarının neler olabileceği belirtildikten sonra TTK m. 343'te anonim şirkete konulacak aynı sermayenin değerinin ne şekilde tespit edileceği açıklanmıştır. Bu kapsamda şirket merkezinin bulunacağı yerdeki asliye ticaret mahkemesince bilirkişi tayin edilecektir. Bilirkişi tarafından hazırlanacak değerlendirme raporunda, uygulanan değerlendirme yönteminin somut olayın özellikleri bakımından herkes için en adil ve uygun seçim olduğu ve sermaye olarak konulan alacakların gerçekten var oldukları ve geçerli oldukları hususlarına yer verilecektir³⁰. Raporla ayrıca söz konusu aynı sermayenin TTK m. 342'de belirtilen şartları sağladığı da ifade edilecektir³¹. Değerleme raporunda aynı sermaye olarak konulan unsurların değerleri, Türk Lirası karşılığı ile tatmin edici gerekçelerle ve hesap verme ilkesi gereklerine göre açıklanacaktır. Bu kapsamda takdir edilen değer, TTK m. 128/2 uyarınca anonim şirketin esas sözleşmesinde yer alacaktır.

DİPNOT

²⁴ Necla Akdağ Güney, Anonim Şirketlerde Kuruluş, İstanbul 2014, s. 105-106.

²⁵ Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 552.

²⁶ Arıcı, s. 322.

²⁷ Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, C. 3, 4. Baskı, Ankara 2022, s. 2133.

²⁸ Pulaşlı, Şerh 3, s. 2133.

²⁹ Pulaşlı, Şerh 3, s. 2133.

³⁰ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 340.

³¹ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, s. 340.

³² Akdağ Güney, s. 111.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 382/2/e/5 uyarınca anonim şirkete aynı sermaye konulmasında bilirkişi raporunun alınması ve mahkemenin izni, ticaret hukukundaki çekişmesiz yargı işlerinden sayılmaktadır. Bilirkişi raporu her ne kadar bir çekişmesiz yargı işi olsa da TTK m. 343 uyarınca bilirkişi raporuna itiraz edilmesi mümkündür. Söz konusu TTK m. 343 hükmü uyarınca, aynı sermayenin değerlendirilmesi kapsamında bilirkişi raporuna anonim ortaklığın kurucuları ve menfaat sahipleri itiraz edebilir.

Doktrinde bilirkişi raporuna itirazın süresine ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır³². Teki-

FOOTNOTE

²³ Abuzer Kendigelen, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011, p. 197.

²⁴ Necla Akdağ Güney, Anonim Şirketlerde Kuruluş, İstanbul 2014, p. 105-106.

²⁵ Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 2. Baskı, Ankara 2013, p. 552.

²⁶ Arıcı, p. 322.

²⁷ Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, V. 3, 4th Edition, Ankara 2022, p. 2133.

²⁸ Pulaşlı, Şerh 3, p. 2133.

²⁹ Pulaşlı, Şerh 3, p. 2133.

³⁰ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, p. 340.

³¹ Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu, p. 340.

PART 17

There are different opinions in the doctrine regarding the time limit for objecting to an expert report³². Tekinalp argues that objections to the expert report can be made until registration and announcement³³. Manavgat, by stating objections to the expert report are not possible after the registration and announcement of the articles of association, agrees with Tekinalp's view³⁴. Karaman Coşgun, on the other hand, expresses that objections to the expert report should be made, at the latest, before the court approves the report³⁵.

The procedure to be followed by the court upon objection to the expert report is not explicitly stated in the provision; however, it is possible for the court to request an additional report from the expert on the objected issues or to appoint a new expert³⁶. The founders and stakeholders have the right to object to the report prepared by the expert, and the expert report approved by the court is definitive³⁷. It should also be noted that according to the reasoning of Article 343 of the TCC, the expeditious resolution of objections to the expert report by the court is required in accordance with *ratio legis*³⁸.

V. CONCLUSION

The fundamental method determined for the incorporation of joint stock companies is the immediate incorporation. Depending on the sort of capital invested in the company, immediate incorporation can take either one of two forms: simple immediate incorporation or qualified immediate incorporation. If the capital contributed to the joint stock company consists of cash and there is no capital in kind, this incorporation is referred to as a simple immediate incorporation. However, if capital in kind is contributed to the joint stock company during its incorporation, if a business and assets are transferred during the incorporation process, or if special benefits are provided to the founders from the profits of the joint stock company, then such incorporation will be considered as a qualified immediate incorporation. In accordance with the principle of capital maintenance, capital must be guaranteed. Therefore, if immovable property is to be contributed as capital in kind, it should be registered with the land registry. In the case of intellectual property rights, they should be recorded in the special registries for these rights, and movable assets should be entrusted to a trusted person. In order to contribute capital in kind to a joint stock company, an expert appointed by the

nalp, bilirkişi raporuna tescil ve ilana kadar itiraz edilebileceğini savunmaktadır³³. Manavgat, bilirkişi raporuna esas sözleşmenin tescil ve ilanından sonra itirazın mümkün olmadığını belirterek Tekinalp'in görüşüne katılmıştır³⁴. Karaman Coşgun ise bilirkişi raporuna itirazın en geç mahkeme tarafından raporun onaylanmasından önce yapılması gerektiğini ifade etmektedir³⁵.

Bilirkişi raporuna itiraz üzerine mahkeme tarafından nasıl bir yol izleneceği hükümde açıklanmamıştır, ancak mahkeme tarafından itiraz edilen konulara ilişkin bilirkişiden ek rapor istenmesi ya da yeni bir bilirkişi atanabilmesi mümkündür³⁶. Bilirkişinin hazırladığı rapora kurucular ve menfaat sahipleri itiraz edebilecek olup mahkemenin onayladığı bilirkişi raporu kesindir³⁷. Ayrıca belirtmek gerekir ki, TTK m. 343 gerekçesinde bilirkişi raporuna yapılan itirazın mahkemece en hızlı şekilde sonuçlandırılması *ratio legis* gereğidir³⁸.

V. SONUÇ

Anonim şirketlerin kuruluşlarında belirlenen temel yöntem ani kuruluştur. Ani kuruluş şirkete getirilen sermayenin türüne göre basit ve nitelikli ani kuruluş olmak üzere iki şekilde gerçekleştirilebilir. Anonim şirkete konulan sermaye, nakitten oluşuyor ve aynı sermaye bulunmuyorsa bu kuruluş basit ani kuruluş olarak adlandırılmaktadır. Ancak, anonim şirket kurulurken sermaye olarak aynı sermaye konur, kuruluş esnasında işletme ve ayın devralınır ve şirket kurucularına anonim şirketin kazançlarından özel menfaatler temin edilirse, söz konusu kuruluş nitelikli ani kuruluş mahiyetinde olacaktır. Sermayenin korunması ilkesi uyarınca sermaye güvence altına alınmalıdır. Dolayısıyla, taşınmaz aynı sermaye olarak getirilmek isteniyorsa tapuya şerh verilmelidir. Fikri değerler söz konusu ise fikri mülkiyet haklarının da özel sicillerine kaydedilmesi, taşınırın ise güvenilir kişiye bırakılması gerekmektedir. Anonim şirkete aynı sermaye konulması için ilk olarak şirket merkezinin bulunduğu asliye ticaret mahkemesi tarafından atanan bilirkişi tarafından söz konusu ayınlar için değerlendirilecektir. Yapılan değerlendirilmesinde esas sözleşmeye ayının değeri yansıtıldıktan sonra ilgili diğer kuruluş işlemleri tamamlandıktan sonra ticaret siciline yapıla-

commercial court of first instance where the company's headquarters is located will first conduct a valuation for the assets in question. After reflecting the value of the assets in the articles of association and completing the relevant other incorporation procedures, the intended joint stock company will acquire legal personality through registration and publication in the commercial registry.

BIBLIOGRAPHY

ABUZER KENDİGELEN, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011.

AFRA ECE KAYA, Anonim Şirkete Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcun Yerine Getirilmemesinin Hukuki Sonuçları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Master's Thesis, Ankara 2021.

CELAL GÖLE, Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfade Temerrüt, Ankara 1976.

EMEK TORAMAN ÇOLGAR, Şirkete Borçlanma Yasağı, İstanbul 2019.

ERDOĞAN MOROĞLU, Makaleler, İstanbul 2010.

İSMAİL KIRCA/ FEYZAN HAYAL ŞEHİRALİ ÇELİK/ ÇAĞLAR MANAVGAT, Anonim Şirketler Hukuku, V. 1, Ankara 2013.

HASAN PULAŞLI, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 2nd Edition, Ankara 2013.

HASAN PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, V. 1, 4th Edition, Ankara 2022.

HASAN PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, V. 3, 4th Edition, Ankara 2022.

KARAMAN COŞGUN, "Anonim Şirketlerde Sermaye Kavramı ve Aynı Sermaye Değerinin Belirlenmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, V. 18, Iss. 2, 2012, p. 333-348.

KEMAL ŞENOCAK, Şirketler Hukuku Şerhi, Volume 1, Ankara 2022.

MEHMET FATİH ARICI, "Sermaye Şirketleri Hukukunda Vadeli Alacağın Sermaye Olarak Konulması Yasağı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, V. 73, Iss. 1, 2015, p. 319-337.

MEHMET ÖZDAMAR, "6102 Sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Aynı Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, V. 1, Iss. 1, 2015, p. 143-156.

NECLA AKDAĞ GÜNEY, Anonim Şirketlerde Kuruluş, İstanbul 2014.

REHA POROY/ ÜNAL TEKİNALP/ ERSİN ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku, 15th Edition, İstanbul 2021.

ÜNAL TEKİNALP, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi, 1st Edition, İstanbul 2010.

ÜNAL TEKİNALP, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3rd Edition, İstanbul 2013.

cak tescil ve ilan ile kurulmak istenen anonim ortaklık tüzel kişilik kazanacaktır.

KAYNAKÇA

ABUZER KENDİGELEN, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2011.

AFRA ECE KAYA, Anonim Şirkete Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcun Yerine Getirilmemesinin Hukuki Sonuçları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tezli Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2021.

CELAL GÖLE, Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfade Temerrüt, Ankara 1976.

EMEK TORAMAN ÇOLGAR, Şirkete Borçlanma Yasağı, İstanbul 2019.

ERDOĞAN MOROĞLU, Makaleler, İstanbul 2010.

İSMAİL KIRCA/ FEYZAN HAYAL ŞEHİRALİ ÇELİK/ ÇAĞLAR MANAVGAT, Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Ankara 2013.

HASAN PULAŞLI, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 2. Baskı, Ankara 2013.

HASAN PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, C. 1, 4. Baskı, Ankara 2022.

HASAN PULAŞLI, Şirketler Hukuku Şerhi, C. 3, 4. Baskı, Ankara 2022.

KARAMAN COŞGUN, "Anonim Şirketlerde Sermaye Kavramı ve Aynı Sermaye Değerinin Belirlenmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 2, 2012, s. 333-348.

KEMAL ŞENOCAK, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt 1, Ankara 2022.

MEHMET FATİH ARICI, "Sermaye Şirketleri Hukukunda Vadeli Alacağın Sermaye Olarak Konulması Yasağı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 73, S. 1, 2015, s. 319-337.

MEHMET ÖZDAMAR, "6102 Sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Aynı Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1, 2015, s. 143-156.

NECLA AKDAĞ GÜNEY, Anonim Şirketlerde Kuruluş, İstanbul 2014.

REHA POROY/ ÜNAL TEKİNALP/ ERSİN ÇAMOĞLU, Ortaklıklar Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2021.

ÜNAL TEKİNALP, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi, 1. Baskı, İstanbul 2010.

ÜNAL TEKİNALP, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2013.

FOOTNOTE

³² Akdağ Güney, p. 111.

³³ Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3rd Edition, İstanbul 2013, p. 158.

³⁴ Akdağ Güney, p. 111.

³⁵ Karaman Coşgun, "Anonim Şirketlerde Sermaye Kavramı ve Aynı Sermaye Değerinin Belirlenmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, V. 18, Iss. 2, 2012, p. 341.

³⁶ Coşgun, p. 341.

³⁷ Kemal Şenocak, Şirketler Hukuku Şerhi, Volume 1, Ankara 2022, p. 381.

³⁸ Reasoning of Article 343 of the TCC. <https://www.ticaretkanunu.net/ttpk-madde-343/>.



PART 18

**METAVVERSE, METAVVERSE
LAW AND POSSIBLE ISSUES**

METAVVERSE, METAVVERSE
HUKUKU VE OLASI SORUNLAR

AYBIKE AYDAL
MUHAMMED SAİD SARIHAN

PART 18

ABSTRACT | ÖZET

It is extremely difficult to develop a legal notion about the Metaverse because the universe of the Metaverse and the capacity of the universe in many areas are unknowns at this time.

Henüz Metaverse evreni ve birçok konuda evrenin kapasite bilgisine vakıf olunmadığından, Metaverse konusunda bir hukuk nosyonu geliştirmek ziyadesiyle güçtür.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELELER

Metaverse, Avatar, Web 3.0, Virtual, Snow Crash, Eu General Data Protection Regulation, Virtual Reality, Augmented Reality, Mixed Reality, Hyperreality.

Metaverse, Avatar, Web 3.0, Sanal, Snow Crash, Ab Genel Veri Koruma Regülasyonu, Sanal Gerçeklik, Vr, Arttırılmış Gerçeklik, Karma Gerçeklik, Hiper-Gerçeklik.

I. INTRODUCTION

Today, Metaverse is evolving rapidly and inevitably. The number of people who use Metaverse is also increasing day by day. Given this massive growth, it should come as no surprise that there is already intense conflict in the Metaverse realm, which was built to allow humans to achieve anything they can in the modern world and even more. People are accustomed to carrying out their jobs in this universe without ever leaving their homes, as many businesses have already established themselves there and many have begun to sell. However, although conflicts increase, since national and international regulations specific to the Metaverse universe have not been prepared yet, the problems experienced by Metaverse users cannot be solved for now, even though this situation reduces the trust in Metaverse¹.

At this point of time, Metaverse is the latest point of technology visually and experientially. People are able to join this universe from around the world, they can create their own avatars and perform almost every action that they can do in their daily lives, also they're able to do even more since there are no physical impossibilities in the Metaverse realm. Although a world full of unlimited possibilities excites people, there is a need for

I. GİRİŞ

Günümüzde Metaverse, çok hızlı ve önu alınamaz şekilde gelişmektedir. Metaverse evrenini kullanan kişilerin sayısı da gün geçtikçe artmaktadır. Bu agresif büyümenin, Metaverse evreninin insanların günümüz dünyasında yapabildikleri her şeyi ve hatta fazlasını yapmaları için oluşturulduğu düşünülürse, henüz başlangıç aşamasında olan evrende bile çok fazla uyumsuzluk yaşanıyor olmasına şaşırılmamak gerekecektir. Şimdi-den birçok şirket bu evrende yerini almış, birçok kişi satış yapmaya başlamış, insanlar çalışmalarını bu evrenden ve evinden dahi ayrılmadan sürdürmeye alışmış durumdadır. Bununla birlikte uyumsuzluklar artsa da, henüz Metaverse evrenine mahsus ulusal ve uluslararası regülasyonlar hazırlanmadığından, Metaverse kullanıcılarının yaşadığı sorunlar, bu durum Metaverse'e olan güveni azaltsa da şimdilik çözüm bulamamaktadır¹.

Metaverse, teknolojinin görsel ve deneysel açıdan en itibarıyla geldiği en son noktadır. İnsanlar dünyanın dört bir yanından bu evrene katılmakta, kendi avaturlarını oluşturup neredeyse günlük hayatta gerçekleştirebildikleri her eylemi, hatta fiziki imkansızlıklar olmadığından daha fazlasını gerçekleştirebilmektedirler. Her ne kadar sınırsız imkanla dolu bir dünya insanları heyecanlandırırsa da,



regulations in the Metaverse, as in any place an individual enters. It is clear that the utopian virtual universes will lead to legal issues in a relatively short amount of time and on a broad scale, especially at a time when the current legal framework cannot keep up with the speed of technology for the Metaverse concept.

II. METAVERSE

A. What is Metaverse?

Metaverse, aka Web 3.0; is a type of decentralized virtual universe system that contains multiple universes both online and in three dimensions. In the multiple universe system people can create avatars, attend concerts; companies can open a virtual store and sell items or buy land from there.

Metaverse has attracted the attention of many world-famous companies with its increasingly widespread usage area, increasing interest and participation of people, and has increased its popularity and reliability with the stores opened and sales made through it. Thereupon, many companies and brands have tended to enter the technology "from the ground" by buying land and stores from virtual universes.

bireyin girdiği her yerde olduğu gibi Metaverse'te de regülasyonlara ihtiyaç duyulmaktadır. Eldeki hukuki düzenlemelerin, Metaverse konsepti için teknolojinin hızına yetişemediği şu dönemde, göze şimdilik ütöpik gelen sanal evrenlerin, çok kısa sürede ve geniş kapsamda hukuki sorunlara yol açacağı aşıkardır.

II. METAVERSE

A. Metaverse Nedir?

Metaverse, diğer adıyla Web 3.0; çevrimiçi ve üç boyutlu, içinde birden fazla evreni barındıran bir çeşit merkezizsiz sanal evren düzenidir. Çoklu evren sisteminde kişiler avatar yaratabilir, konsere katılabilir, şirketler sanal mağaza açabilir ve buradan satış yapabilir veya arazi satın alabilir.

Metaverse; günümüzde gittikçe yaygınlaşan kullanım alanı, insanların artan ilgisi ve katılımı ile birçok dünyaca ünlü şirketin dikkatini çekmiş, açılan mağazalar ve üzerinden gerçekleştirilen satışlarla popülerliğini ve güvenilirliğini iyice arttırmıştır. Bunun üzerine birçok şirket ve marka, sanal evrenlerden arsa ve mağaza olarak teknolojiye "topraktan girme" eğilimi göstermişlerdir.

FOOTNOTE

¹ Martin Boy, "Regulating The Metaverse: Can We Govern The Ungovernable?", 2022 <https://www.forbes.com/sites/martinboyd/2022/05/16/regulating-the-metaverse-can-we-govern-the-ungovernable/?sh=708894f71961> (Date Accessed: 20.10.2022).

DİPNOT

¹ Martin Boy, "Regulating The Metaverse: Can We Govern The Ungovernable?", 2022 <https://www.forbes.com/sites/martinboyd/2022/05/16/regulating-the-metaverse-can-we-govern-the-ungovernable/?sh=708894f71961> (Erişim Tarihi: 20.10.2022).

PART 18

The concept of “Metaverse” was first mentioned as a concept combining the words “meta” and “universe” in the science fiction novel “Snow Crash”, published in 1982 by a science fiction writer Neil Stevenson². The Metaverse universe; is a technology concept fed by four different technology branches: virtual reality (VR), augmented reality (AR), mixed reality (MR) and hyper-reality³.

B. Development Process of Metaverse

Although Metaverse is a new technology, the development of technologies that enable the development of Metaverse is much older than expected. Sir Charles Wheatstone, a scientist, came up with the concept of producing a three-dimensional visual by making a picture visible for each of the person’s eyes in his project termed “binocular vision.” This effort is regarded as the ancestor to virtual reality headsets. Science fiction writer Stanley Weinbaum’s idea of eyeglasses in his work “Pygmalion’s Spectacles” published in 1935, which allows one to experience practices of another universe with his five senses, although it has not yet been made real today, it contains considerable similarities with the concept of virtual reality⁴.

Indeed, the first virtual reality device was created in 1956 by Morton Heilig. By giving the user a motorcycle riding experience, Heilig, supported the approach of three-dimensional driving to reality with details such as sound and smell, as well as the seat that creates the feeling of being on the motorcycle moving on the road.

With the “Aspen Movie Map” designed by MIT in 1970, which is the closest invention to virtual reality, was designed to familiarize the soldiers with the region that was to be occupied, the user was able to walk in an exact copy of the town, walk on the streets in a three-dimensional simulation supported by visual and sound effects, by entering the three-dimensional version of the town of Aspen in Colorado⁵.

Although there are many known small improvements, the first big step was the invention of the virtual reality device called Oculus Rift VR in 2010, which was invented by an entrepreneur named Palmer Lucky. With this VR device, the user is provided with a more

“Metaverse” (evren ötesi) kavramı, ilk kez Neil Stevenson adlı bir bilim kurgu yazarının 1982 tarihinde yayımladığı “Snow Crash” adlı bilim kurgu romanında meta (ötesinde) ve “universe” (evren) kelimelerinin birleştirildiği bir kavram olarak geçmiştir². Metaverse evreni; sanal gerçeklik (VR), artırılmış gerçeklik (AR), karma gerçeklik (MR) ve hiper-gerçeklik olmak üzere dört ayrı teknoloji kolundan beslenen bir teknoloji konseptidir³.

B. Metaverse’ün Gelişim Süreci

Metaverse yeni bir teknoloji olsa da aslında Metaverse’ün gelişmesini sağlayan teknolojilerin gelişimi, tahmin edilenden çok daha eskiye dayanmaktadır. Bilim insanı Sir Charles Wheatstone; “binoküler görüş” adını vererek ana hatlarını oluşturduğu projesinde kişinin her iki gözü için de birer resmin görünür kılınıp ortaya üç boyutlu bir görsel çıkartma fikrini ortaya atmış; bu proje sanal gerçeklik başlıklarının atası olarak kabul edilmiştir. 1935 yılında bilim kurgu yazarı Stanley Weinbaum’un “Pygmalion’s Spectacles” adlı eserdeki, kişinin bir başka evrene dair deneyimleri beş duyusu ile tecrübe etmesine yarayan gözlük fikri, henüz günümüzde gerçekleştirilemese de, sanal gerçeklik konsepti ile azımsanamayacak benzerlikler içermektedir⁴.

Nitekim ilk sanal gerçeklik aleti 1956 yılında, Morton Heilig tarafından yaratılmıştır. Heilig, kullanıcıya bir motosiklet sürme deneyimi yaşatarak, yolda ilerleyen motosikletin üzerindeymiş hissi yaratan koltuğun yanında ses, koku gibi ayrıntılarla üç boyutlu sürüşün gerçekliğe yaklaşmasını desteklemiştir.

Sanal gerçekliğe en yakın buluş olan 1970 yılında askerlerin işgal edilecek bölgeye aşına olmaları için MIT tarafından tasarlanan “Aspen Movie Map” ile Colorado’daki Aspen kasabasının üç boyutlu haline girilerek yapılarak görsel ve ses efektleriyle desteklenmiş üç boyutlu simülasyonda kullanıcı, kasabanın birebir kopyasında yürüyebilmekte, sokaklarda dolaşabilmekteydi⁵.

Bilinen birçok ufak gelişim olsa da ilk büyük adım 2010 yılında Palmer Luckey adlı bir girişimcinin, Oculus Rift VR adlı sanal gerçeklik aletini icat etmesi olmuştur. Bu VR cihazı ile kullanıcının açılı görüş sayesinde daha normal yakın bir deneyim yaşaması sağlanmış; bilgisayar işlem gücü tamamen yansıtılabil-

normal experience by the angled view, since the computer processing power can be fully reflected, this invention, which prevented the primitive experience of previous inventions, became the ancestor of today’s virtual reality devices.

III. METAVERSE LAW

A. General Framework for Metaverse Law

It is extremely difficult to develop a legal notion about the Metaverse because the universe of the Metaverse and the capacity of the universe in many areas are unknowns at this time. To handle this situation, legislators seem to embrace the idea of using existing laws and legal frameworks that can be applied to the Metaverse platform, rather than the idea of creating a new law for now.

The first stop of Metaverse usage will be creation of an avatar⁶. The user can build an avatar of themselves in the metaverse by sharing some of their personal information. Users can reflect all their physical characteristics on to their avatars, from clothing to body types, as well as from hair colours to height, while creating their Metaverse images. However, for the creation of the image, the issues of confidentiality, storage and use of the personal data entered in Metaverse are important. International data protection is provided by EU General Data Protection Regulation.

The personality status of the avatar created in Metaverse will also be a topic of discussion. Creating an avatar in this universe is an ego (self-image) status in which the person creates with awareness that reflects own features and represents himself/herself, rather than the motivation of creating multiple-characters that we were familiar in the games. In this case, discussions arise as to whether the bodily integrity of this “self” will be preserved, and whether someone else can be held responsible for violating their bodily integrity.

B. Problems That May Arise From the Metaverse System⁷

In Horizon Worlds, one of the VR universes, a woman was harassed physically and verbally by two male avatars⁸. In this case, although there is no international uniform legislation

diği için önceki buluşlarda yaşanan ilkel deneyimin önüne geçen bu icat, günümüz sanal gerçeklik aletlerinin atası olmuştur.

III. METAVERSE HUKUKU

A. Metaverse Hukukuna İlişkin Genel Çerçeve

Henüz Metaverse evreni ve birçok konuda evrenin kapasite bilgisine vakıf olunmadığından, Metaverse konusunda bir hukuk nosyonu geliştirmek ziyadesiyle güçtür. Bu durumun üstesinden gelmek için kanun koyucular, şimdilik yeni bir kanun yaratma fikrinden ziyade, mevcut kanun ve kanuni çerçevelerden Metaverse platformuna uygulanabilecekleri kullanma görüşünü benimsiyor gözükmektedirler.

Metaverse’ün kullanım şeklinde ilk durak avatar oluşturulması olacaktır⁶. Avatar, kullanıcının Metaverse’te kendisini görmek istediği ve bunu oluşturmak için kişisel verilerinin bir kısmını paylaştığı imajdır. Kullanıcılar Metaverse imajlarını yaratırken giysiden vücut tiplerine, saç renklerinden boylarına tüm fiziki özelliklerini avatarlarına yansıtılabilmektedirler. Bununla birlikte imajın yaratılması için Metaverse’e girilen kişisel verilerin gizliliği, saklanması ve kullanılması konuları önem arz etmektedir. Uluslararası boyutta verilerin korunması AB Genel Veri Koruma Regülasyonu ile sağlanmaktadır.

Metaverse’te yaratılacak avatarın kişilik statüsü de ayrı bir tartışma konusu olacaktır. Bu evrende avatar yaratmak, oyunlardan aşına olduğumuz çoklu karakter yaratma motivasyonundan ziyade, kişinin kendi özelliklerini yansıttığı ve kendisini temsil ettiği bilinciyle yarattığı bir benlik hali olmaktadır. Bu durumda; bu “benlik”in vücut bütünlüğünün korunup korunmayacağı, başkasının vücut bütünlüğünü ihlalden sorumlu tutulup tutulamayacağı tartışmaları ortaya çıkmaktadır.

B. Metaverse Sisteminin Doğurabileceği Sorunlar⁷

VR evrenlerden biri olan Horizon Worlds’de bir kadın, erkek iki avatar tarafından sözlü ve fiziki tacize uğramıştır⁸. Bu durumda kişisel verilerin korunması alanında olduğu gibi

FOOTNOTE

² Ciarán Mccollum, Metaworld: the Law of the Metaverse. <https://www.ietf-forall.com/metaworld-law-of-metaverse> (Date Accessed: 20.10.2022).

³ Metaverse Policy Institute, <https://www.metaversepolicy.org/>, (Date Accessed: 27.10.2022).

⁴ B. Bernard Marr & Co, <https://bernardmarr.com/a-short-history-of-the-metaverse> (Date Accessed: 25.10.2022).

⁵ J. M. Norman, The Aspen Movie Map: Early Interactive Computing And Virtual Reality. <https://www.historyof-information.com/detail.php?id=2027> (Date Accessed: 25.10.2022).

⁶ Metaverse Avatar Guide; Embody Yourself in the Metaverse. <https://metamandrill.com/metaverse-avatars/#vr-avatars> (Date Accessed: 08.11.2022).

⁷ Gökhan Kocamaz, “Metaverse” Ve “Hukuk”. (Date Accessed: 08.11.2022).

⁸ “Female avatar sexually assaulted in Meta VR platform, campaigners say”, <https://www.bbc.com/news/technology-61573661> (Date Accessed: 31.10.2022).

DİPNOT

² Ciarán Mccollum, Metaworld: the Law of the Metaverse. <https://www.ietf-forall.com/metaworld-law-of-metaverse> (Erişim Tarihi: 20.10.2022).

³ Metaverse Policy Institute, <https://www.metaversepolicy.org/>, (Erişim Tarihi: 27.10.2022).

⁴ B. Bernard Marr & Co, <https://bernardmarr.com/a-short-history-of-the-metaverse> (Erişim Tarihi: 25.10.2022).

⁵ J. M. Norman, The Aspen Movie Map: Early Interactive Computing And Virtual Reality. <https://www.historyof-information.com/detail.php?id=2027> (Erişim Tarihi: 25.10.2022).

⁶ Metaverse Avatar Guide; Embody Yourself in the Metaverse. <https://metamandrill.com/metaverse-avatars/#vr-avatars> (Erişim Tarihi: 08.11.2022).

⁷ Gökhan Kocamaz, “Metaverse” Ve “Hukuk”. (Erişim Tarihi: 08.11.2022).

⁸ “Female avatar sexually assaulted in Meta VR platform, campaigners say”, <https://www.bbc.com/news/technology-61573661> (Erişim Tarihi: 31.10.2022).

PART 18

as in the field of personal data protection, national law can be applied in dispute resolution. Issue of whether these people will be held liable in scope of criminal law is a topic of another debate. Issue of whether the condition of committing a crime against a natural person or legal entity is fulfilled that sought for liability under the criminal law, will clarify after the personality definitions of avatars regulate.

Another possible problem that may be encountered in the Metaverse is how the employment agreements will be drawn up. In the Metaverse, companies open stores and employ their employees in these stores as well, and some of them continue to work in virtual offices. There are many grey areas as what kind of regulations will be made in employment contracts and how the overtime pays will be set. Whether the employers will be liable for employees' act in Metaverse, whether "strict liability" concept will be work is among the questions that have not yet been answered. To explain the situation with an example, if a store employee in the Metaverse loses or misplaces the work that is supposed to be delivered to the buyer in another virtual office, to what extent the employer's responsibility will be lost, is it possible to recreate the work and perform it, or to what extent it can hold the worker responsible.

In the Metaverse universe, property concept is still an unsolved problem. People started to buy land from the universe by leaps and bounds, and companies even have moved their stores to the Metaverse universe, sometimes exactly the same as in our world. Even today a large part of Istanbul's land in the Metaverse has been purchased. In this case, it is still a mystery to what extent people can protect their property rights in the Metaverse universe. Considering that the same lands are also sold and owned in our world, it is easy to encounter different people claiming the same land in the Metaverse in the future. In this situation, it is still unknown whether the land registers or Metaverse register will be considered.

In the Metaverse reality, it is still unclear what will happen to the copyrights for works and commercials. Will a corporation be able to exploit its patent rights if the Metaverse universe makes use of a product covered by patent rights from our world, or do such patent rights also apply when a product is

uluslararası yeknesak bir mevzuat olmasa da, uyumsuzluk çözümünde ulusal hukuka başvurulabilecektir. Bu kişilerin ceza hukuku kapsamında sorumlu tutulup tutulmayacakları ayrı bir tartışma konusudur. Ceza hukuku kapsamında sorumlu tutulmak için aranan gerçek veyahut tüzel kişiye karşı işlenmiş olma koşulunun sağlanıp sağlanmadığı; avatların kişilik tanımları düzenlendikten sonra belli olacaktır.

Metaverse'te yaşanabilecek bir diğer olası sorun, çalışanların iş sözleşmelerinin nasıl düzenleneceğidir. Metaverse'te firmalar mağazalar açıp çalışanlarını bu mağazalarda da istihdam etmekte, bazı şirketler sanal ofislerde çalışmalarına devam etmektedir. Bu durumda çalışanların iş sözleşmelerinde ne tür düzenlemeler yapılacağı, örneğin ek mesai ücretlerinin neye göre belirleneceği gibi birçok gri alan bulunmaktadır. İşverenlerin, çalışanlarının Metaverse'teki fiillerinden sorumlu olup olmayacağı, "kusursuz sorumluluk" kavramının Metaverse'te de işleyip işlemeceği de henüz cevabını almamış sorular arasındadır. Bir örnek olay yaratmamız gerekirse; Metaverse'teki bir mağaza çalışanın bir başka sanal ofisteki alıcıya teslim etmesi gereken eseri kaybetmesi veya zayı etmesi halinde işverenin sorumluluğu ne derecede kaybolacak, eseri yeniden oluşturup ifa imkânı var mı veyahut işçisini ne ölçüde sorumlu tutabilecek gibi birçok soru akla takılmaktadır.

Metaverse evreninde mülkiyet kavramı hala çözülememiş bir problemdir. İnsanlar büyük bir hızla evrenden arsa almaya başlamış, hatta birçok şirket, mağazalarını, bazen dünyamızdaki ile birebir şekilde Metaverse evrenine taşımışlardır. Hatta günümüzde Metaverse evrenindeki İstanbul'un çok büyük bir kısmının mülkiyeti alınmış durumdadır. Bu durumda kişilerin Metaverse evrenindeki mülkiyet haklarını ne ölçüde koruyabilecekleri merak konusudur. Aynı arsalar dünyamızda da satıldığı ve malikleri olduğu düşünülürse, ileride Metaverse'teki aynı arazi üzerinde hak iddia eden farklı kişilerle karşılaşmamak işten bile değildir. Bu durumda tapu kayıtları mı yoksa Metaverse evrenindeki kayıtlar mı baz alınacak yine bilinmemektedir.

Eser haklarının, yapılan reklamlara ilişkin telif haklarının akıbeti, Metaverse evreninde bilinmezliğini korumaktadır. Dünyamızda patent hakları bir şirkete ait ürün, Metaverse evreninde kullanılırsa şirket haklarını kullanabilecek midir, yoksa bir anlamda "var olmadığı" kabul edilen bir başka evrende kullanılması klasik

used in a different universe that is deemed to be "non-existent"? Likewise, since selling products in the Metaverse universe does not make a difference in the world we live in, it will be necessary to discuss whether it falls within our rights protected by the law. In the same way, the development of an NFT version of a work that people in the Metaverse can buy with cryptocurrency and the ability to sell it for a price that can be converted to the currencies we use on a daily basis could result in the owner of the same work losing its rights in our reality.

IV. CONCLUSION

Whatever rights are protected in our world, from personal rights to property rights and copyrights, will need to be protected in the same way in the Metaverse. The speed of development of the universe and its use is increasing day by day and is becoming inaccessible. Due to the rapid expansion and diversification of the actions that avatars can perform as a result of cosmological developments, which are distinct from those of everyday life, the laws that are unique to this universe are not yet prepared by considering its needs. In fact, the lack of any notable advancement in this area is a sign of future conflicts and major issues.

BIBLIOGRAPHY

B. BERNARD MARR & CO, <https://bernardmarr.com/a-short-history-of-the-metaverse/> (Date Accessed: 25.10.2022).

J. M. NORMAN, The Aspen Movie Map: Early Interactive Computing and Virtual Reality. <https://www.historyofinformation.com/detail.php?id=2027>. (Date Accessed: 25.10.2022).

Metaverse Avatar Guide; Embody Yourself in the Metaverse. <https://metamandrill.com/metaverse-avатар/#vr-avatars>. (Date Accessed: 08.11.2022).

CIARÁN MCCOLLUM, Metalaw: the Law of the Metaverse. <https://www.iotforall.com/metalaw-law-of-metaverse>. (Date Accessed: 20.10.2022).

GÖKHAN KOCAMAZ, "Metaverse" ve "Hukuk". (Date Accessed: 08.11.2022).

MARTIN BOY, "Regulating The Metaverse: Can We Govern The Ungovernable?", 2022 <https://www.forbes.com/sites/martin-boyd/2022/05/16/regulating-the-metaverse-can-we-govern-the-ungovernable/?sh=708894f71961>. (Date Accessed: 20.10.2022).

anlamda kullandığımız patent haklarını kapsamakta mıdır? Aynı şekilde ürünlerin Metaverse evreninde satılması, içinde bulunduğumuz dünyada bir değişiklik yaratmadığına göre, kanunlarca korunan haklarımızın dahiline girip girmediğinin tartışılması gerekecektir. Aynı şekilde Metaverse'te yer alan kişiler tarafından eserlerin NFT ile satın alınabilen bir versiyonunun oluşturulabilmesi ve günün sonunda kullandığımız para birimlerine dönüştürülebilen kripto para kurundan satılabilmesi, dünyamızda aynı eserin sahibinin hak kaybına sebep olabilmektedir.

IV. SONUÇ

Kişilik haklarından mülkiyet haklarına veya telif haklarına kadar, yaşadığımız dünyada korunan ne tür hak varsa, bunların hepsinin Metaverse evreninde de korunması gerekecektir. Evrenin ve kullanımının gelişme hızı her geçen gün artmakta ve erişilemez bir hal almaktadır. Evrene ilişkin gelişmeler ve haliyle avatların gerçekleştirebildiği eylemlerin bu kadar hızlı genişlemesi ve çeşitlenmesi, Metaverse evreninin bu kadar hızlı ve günlük hayattan farklı gelişmesi karşısında, bu evrene özgü ve bu evrendeki ihtiyaçlar gözetenilerek hazırlanmış özel kanunların düzenlenmemiş olması ve hatta bu konuda henüz göze çarpan bir gelişme yaşanmamış olması, gelecek uyumsuzlukların ve büyük sorunların habercisidir.

KAYNAKÇA

B. BERNARD MARR & CO, <https://bernardmarr.com/a-short-history-of-the-metaverse/> (Erişim Tarihi: 25.10.2022).

J. M. NORMAN, The Aspen Movie Map: Early Interactive Computing and Virtual Reality. <https://www.historyofinformation.com/detail.php?id=2027> (Erişim Tarihi: 25.10.2022).

Metaverse Avatar Guide; Embody Yourself in the Metaverse. <https://metamandrill.com/metaverse-avатар/#vr-avatars> (Erişim Tarihi: 08.11.2022).

CIARÁN MCCOLLUM, Metalaw: the Law of the Metaverse. <https://www.iotforall.com/metalaw-law-of-metaverse> (Erişim Tarihi: 20.10.2022).

GÖKHAN KOCAMAZ, "Metaverse" ve "Hukuk". (Erişim Tarihi: 08.11.2022).

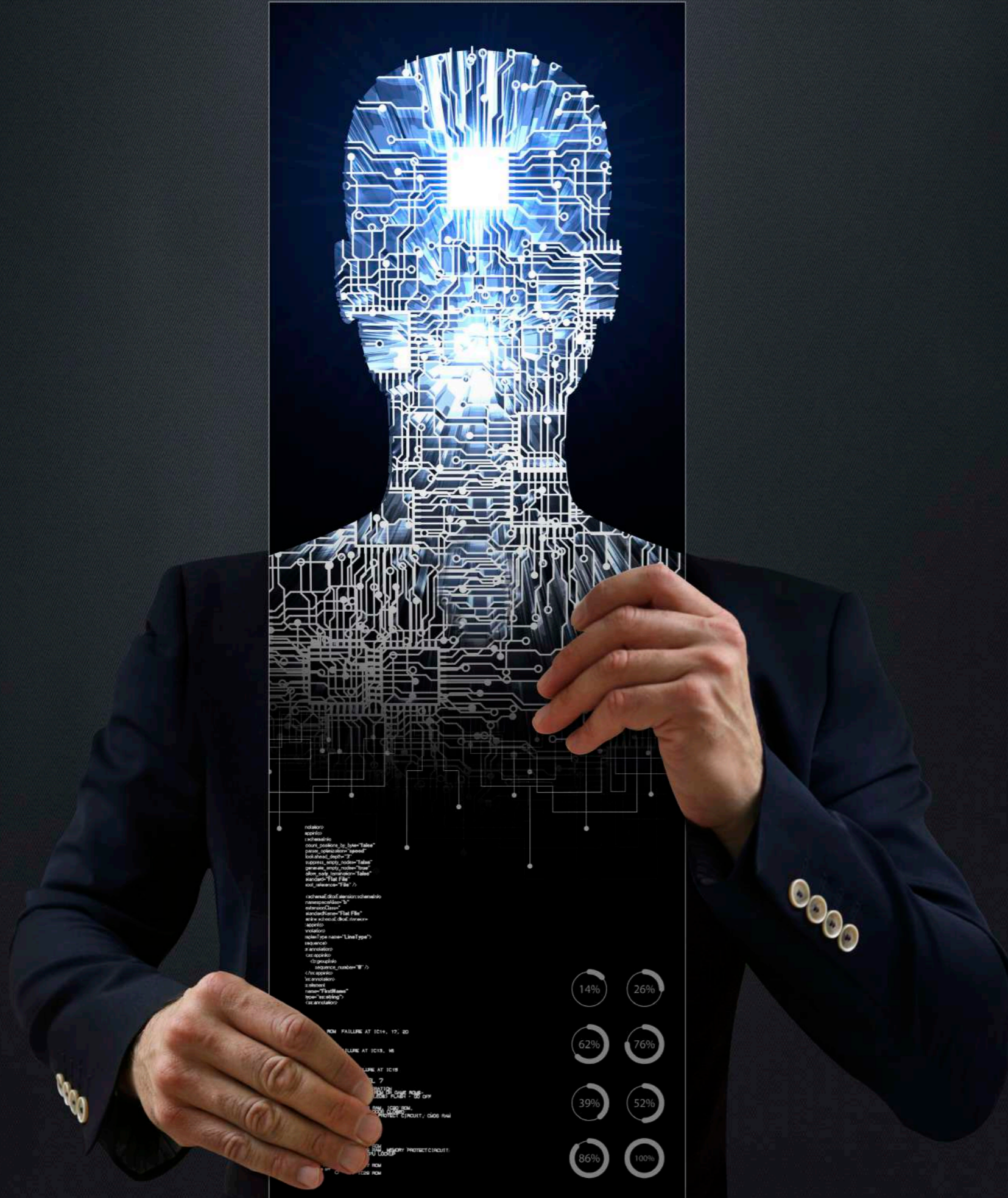
MARTIN BOY, "Regulating The Metaverse: Can We Govern The Ungovernable?", 2022 <https://www.forbes.com/sites/martin-boyd/2022/05/16/regulating-the-metaverse-can-we-govern-the-ungovernable/?sh=708894f71961> (Erişim Tarihi: 20.10.2022).

PART 19

LEGAL RESPONSIBILITY OF THE OPERATOR OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE

YAPAY ZEKAYI İŞLETENİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

CEREN GÜNDÜZ
YİĞİT AKSOY



PART 19

ABSTRACT | ÖZET

Due to the development of technology and the worldwide emphasis on the work carried out in the field of artificial intelligence, artificial intelligence is becoming more prominent in our daily lives.

Teknolojinin gelişmesi ve özellikle yapay zeka alanında gerçekleştirilen çalışmalara dünya çapında ağırlık verilmesi sebebiyle yapay zeka, hayatlarımızda her geçen gün daha fazla yere sahip olmaktadır.

KEYWORDS | ANAHTAR KELİMELELER

Artificial Intelligence, Legal Nature Of Artificial Intelligence, Legal Responsibility, Tort, Employer's Liability, Organizational Responsibility.

Yapay Zeka, Yapay Zekanın Hukuki Niteliği, Hukuki Sorumluluk, Haksız Fiil, Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, Organizasyon Sorumluluğu.

I. INTRODUCTION

In the most general terms, artificial intelligence refers to systems or machines that mimic human intelligence to perform tasks and can iteratively improve themselves based on the information they collect¹. The developments in the field of machine learning and the increase in data acquisition, storage and processing opportunities have made the use of artificial intelligence systems widespread in many fields, especially from health to finance, from transportation to industry, and has brought along a rapid change process in related sectors². It is now necessary to provide artificial intelligence a legal foundation as a result of the change that has been brought forth by a complete grasp of this technology³. In order for a "thing" to have a foundation in the legal system, it must first be legally qualified. Due to the fact that artificial intelligence is a concept that is new and intangible in nature, but creates very strong tangible effects on our lives in addition to this intangibility, difficulties are encountered in its legal characterization. Because at present, it is not easy to legally qualify artificial intelligence with existing evidence, existing thoughts or existing legal structures.

I. GİRİŞ

En genel ifadeyle yapay zekâ, görevleri yerine getirmek için insan zekasını taklit eden ve topladıkları bilgilere göre yinelemeli olarak kendilerini iyileştirebilen sistemler veya makineler anlamına gelir¹. Makine öğrenmesi (*machine learning*) alanında yaşanan ilerlemeler ile veri elde etme, saklama ve işleme olanaklarının artması (*big data*) hususları, sağlıktan finansa, ulaşımdan endüstriye başta olmak üzere birçok alanda, yapay zeka sistemlerinin kullanımını yaygınlaştırmış ve ilgili sektörlerde hızlı bir değişim sürecini beraberinde getirmiştir². Yaşanan bu değişim süreci, yapay zekanın iyice anlaşılması suretiyle, hukuk düzeninde bir zemine oturtulması gerekliliğini doğurmuştur³. Bir "şeyin" hukuk düzeninde bir zemine oturabilmesi için, öncelikle onun hukuken nitelendirilmesi gerekmektedir. Yapay zekanın, yapısı itibarı ile yeni ve soyut ancak bu soyutluğun yanı sıra hayatlarımız üzerinde oldukça güçlü somut etkiler yaratan bir konsept olması hasebiyle hukuken nitelendirilmesinde zorluklarla karşılaşmaktadır. Zira halihazırda, mevcut kanıtlarla, mevcut düşüncelerle ya da mevcut hukuki yapılarımızla yapay zekanın hukuken nitelendirilmesi çok da kolay değildir.



Artificial intelligence subsists by making a series of calculations. As a result of these calculations made by artificial intelligence, erroneous results may occur and damage to third parties may occur. It may even be possible for third parties to be harmed without an erroneous calculation. For example, a self-driving car may crash into an elderly person to save the passengers in it⁴. With the widespread and development of artificial intelligence, a control mechanism based on human will not be possible, because at this point, artificial intelligence itself may cause some damages. For all these reasons, the legal institution and how the damages caused by artificial intelligence will be remedied must be met in the legal order. In addition, it is necessary to evaluate who will be responsible for the damages caused by artificial intelligence, to what extent, and which legal provisions will be applied in this context.

II. DEFINITION AND NATURE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE

Before addressing the issue of responsibility for damage caused by artificial intelligence, it is necessary to explain what intelligence is.

Yapay zeka, bir dizi hesaplamalar yaparak varlığını sürdürmektedir. Yapay zeka tarafından yapılan bu hesaplamalar neticesinde hatalı sonuçlar meydana gelerek üçüncü kişiler nezdinde zarar ortaya çıkabilecektir. Hatta hatalı bir hesaplama olmaksızın üçüncü kişilerin zarar görmesi söz konusu olabilecektir. Örneğin insansız bir arabanın içindeki yolcuları kurtarmak için yaşlı birisine çarpması söz konusu olabilir⁴. Yapay zekanın yaygın bir hale gelmesi ve gelişmesiyle beraber temelinde insan olan bir kontrol mekanizması mümkün olmayacaktır. Zira bu noktada, yapay zekanın bizi kendisi birtakım zararların ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Tüm bu sebeplerle, yapay zekanın neden olduğu zararların hangi hukuki müessese ile nasıl giderileceğinin hukuk düzeninde karşılığını bulması gerekir. Bununla birlikte, yapay zeka tarafından neden olunan zararlardan dolayı kimin, hangi kapsamda sorumlu olacağı ve bu kapsamda hangi hukuki hükümlerin işletileceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

II. YAPAY ZEKANIN TANIMI VE NİTELİĞİ

Yapay zekanın sebep olduğu zararlardan sorumluluk konusuna değinmeden önce zekanın ne olduğunun açıklanması gerekir. Ze-

DİPNOT

¹ Oracle, Yapay Zeka Nedir? (Erişim; 27.11.2022) <https://www.oracle.com/tr/artificial-intelligence/what-is-ai/se>.

² Başak Bak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Yapay Zeka Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", TAAD, Y. 9, S. 35, 2018 s. 213.

³ David Calverley, "Artificial Intelligence As a Legal Person", (Erişim 27.11.2022) http://www.terasemjournals.org/PCJournal/PC0201/calverley_d.html.

⁴ Onur Sarı, "Yapay Zekânın Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluk" TBB Dergisi, S. 147, 2020, s. 252.

FOOTNOTE

¹ Oracle, Yapay Zeka Nedir? (Erişim; 27.11.2022) <https://www.oracle.com/tr/artificial-intelligence/what-is-ai/se>.

² Başak Bak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Yapay Zeka Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", TAAD, Y. 9, S. 35, 2018 p. 213.

³ David Calverley, "Artificial Intelligence As a Legal Person", (Erişim 27.11.2022) http://www.terasemjournals.org/PCJournal/PC0201/calverley_d.html.

⁴ Onur Sarı, "Yapay Zekânın Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluk" TBB Dergisi, S. 147, 2020, p. 252.

PART 19

FOOTNOTE

5 Paulius Čerka/ Grigienė Jurgita/ Sirbikytė Gintarė, "Liability for damages caused by artificial intelligence", Computer Law & Security Review, U.K., V. 31., S. 3, 2015, p. 378, nakleden: **Sarı**, p. 523.

6 Türk Dil Kurumu İnternet Sözlüğü, (Erişim; 27.11.2022) <https://tdk.gov.tr>.

7 Oracle, Yapay Zeka Nedir? (Erişim; 27.11.2022) <https://www.oracle.com/tr/artificial-intelligence/what-is-ai/>.

8 Mert Bakırcı, "Yapay Zeka Hakkında Bir Rehber, Nedir, Ne Değildir, Ne Olacaktır", (Erişim 27.11.2022) <https://evrimagaci.org/yapay-zeka-hakkında-bir-rehber-nedir-nedeğildir-ne-olacaktır-3667>.

9 Emre Bayamlioğlu, "Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zeka ve Kişilik Üzerine Bir Deneme", in: Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. 2, İstanbul 2008, p.135.

10 Alexandre Maia, "The Legal Status of Artificially Intelligent Robots", (Erişim 27.11.2022) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2985466.

11 Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi, Yapay Zekaya İlişkin Uyumlaştırılmış Kurallara Yönelik Tüzük Teklifi. Brüksel: 2021.

12 Seda Kara Kılıçarslan, "Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar", Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Dergisi, Yıl 4, S. 2, 2019, p. 378.

13 Özgür Taşdemir/ Ümit Vefa Özbay/ B. Onur Kireçtepe, "Robotların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Üzerine Bir Deneme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 69, S. 2, 2020 p. 803.

The definition of intelligence has been made in the literature as abilities such as learning, thinking and understanding⁵. In the TDK dictionary, the definition of intelligence is made as "all of the abilities of a person to think, reason, perceive objective facts, judge and draw conclusions, understanding, acumen, astuteness, foresight"⁶.

Artificial intelligence refers to systems or machines that mimic human intelligence to perform tasks and can iteratively improve themselves based on the information they collect⁷. In order to better understand the concept of artificial intelligence, it may be useful to compare it with humans in terms of certain characteristics. Humans are affected by the outside world very quickly and have difficulty in conveying their knowledge and experience. Although humans are not very prone to documentation by nature, they have the ability to generate new ideas⁸. The distinctive and important feature of humans, who are social beings, is that they are sensitive to the environment and lead a life in harmony with the environment. Artificial intelligence can basically perform activities such as thinking, understanding, analysing and acting. In addition, when we look at artificial intelligence, unlike humans, the most important feature is that it can transfer information very quickly and process it very easily. Artificial intelligence is very prone to documentation and can turn into many products with the same features of similar nature. Additionally, the feature of artificial intelligence that can change itself very quickly stands out.

Artificial intelligence approaches events and problems using only the data it contains. For this reason, artificial intelligence does not yet have a sense of social situations, but only a technical sense. It is understood from this that the basis of artificial intelligence is mathematics, probability and statistics. Large amounts of data that cannot be calculated by humans or can be calculated in a very long time can be calculated quickly and easily by artificial intelligence. As a result, specific predictions/detections can be made by artificial intelligence or a task assigned to artificial intelligence can be successfully completed by itself⁹.

It is possible to divide artificial intelligence into two main types, strong artificial intelligence and weak artificial intelligence¹⁰. Strong artificial intelligence has the ability to overcome various problems and can also de-

velop new approaches to solving the given task. Weak artificial intelligence, on the other hand, can only successfully perform certain reasoning and problem-solving tasks. Strong artificial intelligence could be in the form of a machine built like a human and having a similar sensory perception as a human. In this context, strong artificial intelligences have a system of their own that helps them think and perform complex tasks without human intervention. Weak artificial intelligences, on the other hand, are in the form of a pre-designed machine built with predetermined questions and answers.

Bununla birlikte yapay zekâ, görevleri yerine getirmek için insan zekasını taklit eden ve topladıkları bilgilere göre yinelemeli olarak kendilerini iyileştirebilen sistemler veya makineler anlamına gelir⁷. Yapay zeka konseptinin daha iyi anlaşılabilmesi adına, belli başlı özellikler bakımından insan ile karşılaştırmak faydalı olabilecektir. İnsanlar dış dünyadan çok çabuk etkilenmekte olup bilgi ve tecrübelerini aktarmakta zorlanmaktadır. İnsan, yapısı itibarıyla dokümantasyona çok yatkın olmasa da, yeni fikirler üretme kabiliyetine sahiptir⁸. Sosyal bir varlık olan insanın belirgin ve önemli özelliği, çevreye duyarlı olması ve çevreyle uyumlu bir yaşam sürmesidir. Yapay zeka temelde, düşünme, anlama, analiz etme, harekete geçme gibi faaliyetlerde bulunabilmektedir. Ayrıca yapay zekaya bakıldığında, insandan farklı olarak, en önemli özelliği bilgiyi çok çabuk aktarabiliyor ve çok kolay işleyebiliyor olmasıdır. Yapay zeka, dokümantasyona çok yatkın olup benzer nitelikte aynı özelliği taşıyan birçok ürüne dönüşebilmektedir. Bununla birlikte yapay zekanın, kendisini çok çabuk değiştirebiliyor olması özelliği öne çıkmaktadır.

Olaylara ve problemlere, sadece kendi içindeki verileri kullanarak yaklaşıyor olması sebebiyle yapay zeka, henüz sosyal durum duyumuna sahip olmayıp yalnızca teknik duyuma sahiptir. Buradan da anlaşılmalıdır ki yapay zekanın temelinde matematik, olasılık ve istatistik yer almaktadır. İnsan tarafından hesaplanamayacak yahut çok uzun bir sürede hesaplanabilecek çokluktaki veriler, yapay zeka tarafından hızla ve kolaylıkla hesaplanabilmektedir. Bunun sonucunda yapay zeka tarafından spesifik tahminler/ saptamalar yapılabilen veya yapay zekaya atanan bir görev, kendisi tarafından başarıyla neticelendirilebilmektedir⁹.

Yapay zekayı, güçlü yapay zeka ve zayıf yapay zeka olmak üzere iki ana türe ayırmak mümkündür¹⁰. Güçlü yapay zeka, çeşitli sorunların üstesinden gelme yeteneğini haiz olup ayrıca verilen görevi çözmek için yeni yaklaşımlar geliştirebilmektedir. Zayıf yapay zeka ise yalnızca belirli akıl yürütme ve problem çözme görevlerini başarıyla gerçekleştirebilir. Güçlü

velop new approaches to solving the given task. Weak artificial intelligence, on the other hand, can only successfully perform certain reasoning and problem-solving tasks. Strong artificial intelligence could be in the form of a machine built like a human and having a similar sensory perception as a human. In this context, strong artificial intelligences have a system of their own that helps them think and perform complex tasks without human intervention. Weak artificial intelligences, on the other hand, are in the form of a pre-designed machine built with predetermined questions and answers.

The regulation proposal, which is considered as the first legal regulation on artificial intelligence, was accepted by the European Union Commission on April 21, 2021. According to this regulation proposal, artificial intelligence is defined as software developed with technical approaches and for content creation and decision-making in line with the purposes defined by humans¹¹. The regulation broadly defines artificial intelligence and imposes specific obligations on actors in different parts of the artificial intelligence chain, from providers to manufacturers, importers, distributors and users of artificial intelligence systems, because many obligations in terms of artificial intelligence systems, which are defined as high risk, are included in the regulation.

Could artificial intelligence have a personality? Or what is the legal nature of artificial intelligence? When these questions are asked, it is seen that four basic views come to the fore¹². The first view, and now the more primitive view, is the view that qualifies artificial intelligence as mere objects. The second view is the one that argues that artificial intelligence should be considered in the context of the person and personality rights. The third view, which is called electronic legal entity, is another view put forward to hold artificial intelligence robots that can make their own decisions autonomously. Finally, the fourth is the opinion that it is a work containing intellectual property, that is, an intellectual product.

The first view, the view that describes artificial intelligence as a mere thing, in other words the view of slaves, finds its source in Roman law¹³. When we look closely at the status of slaves in Roman law, it can be seen that their status is similar to robots, which will no doubt have a place in our lives in

yapay zeka, insan gibi inşa edilmiş ve insanla benzer bir duyuşsal algıya sahip bir makine şeklinde olabilir. Bu kapsamda güçlü yapay zekalar, insan müdahalesi olmaksızın karmaşık görevleri düşünmelerine ve gerçekleştirmelerine yardımcı olan kendilerine ait bir sisteme sahiptir. Öte yandan zayıf yapay zekalar, önceden tasarlanmış ve önceden belirlenmiş soru ile yanıtlarla oluşturulmuş bir makine şeklindedir.

Yapay zeka ile ilgili ilk yasal düzenleme olarak kabul edilen tüzük önerisi 21 Nisan 2021 tarihinde Avrupa Birliği Komisyonu'nda kabul edilmiştir. Bu tüzük teklifine göre yapay zeka, teknik yaklaşımlarla geliştirilen ve insanlar tarafından tanımlanan amaçlar doğrultusunda içerik yaratma ve karar vermeye dair yazılımlar şeklinde tanımlanmaktadır¹¹. Tüzük, yapay zekayı geniş bir şekilde tanımlamakta ve yapay zekâ sistemlerinin sağlayıcılarından, üreticilerine, ithalatçılara, distribütörlerine ve kullanıcılara kadar yapay zekâ zincirinin farklı bölümlerindeki aktörler nezdinde özel yükümlülükler öngörmektedir. Zira yüksek riskli olarak tanımlanan yapay zeka sistemleri bakımından birçok yükümlülük tüzük içerisinde yer almaktadır.

Yapay zekanın bir kişiliği olabilir mi? Ya da yapay zekanın hukuki niteliği nedir? Bu sorular sorulduğunda dört temel görüşün daha ziyade ön plana çıktığı görülmektedir¹². Birinci görüş ve artık daha ilkel görüş olarak nitelendirilen yapay zekayı salt eşya olarak nitelendiren görüştür. İkinci görüş, yapay zekanın kişi ve kişilik hakları bağlamında ele alınması gerektiğini ileri süren görüştür. Elektronik tüzel kişilik denilen, otonom bir şekilde kendi kararlarını alabilen yapay zekaya sahip robotların sorumlu tutulabilmesi için ortaya atılan diğer bir görüş olan üçüncü görüş ve dördüncü yani son görüş ise bunun fikri hak içeren bir eser olduğu yani bir fikri ürün olduğu yolundaki görüştür.

İlk görüş olan yapay zekayı salt eşya olarak nitelendiren görüş, diğer bir adıyla köle görüşü, kaynağını Roma hukukunda bulmaktadır¹³. Roma hukukunda kölelerin statüsüne yakından baktığımızda, ilerleyen zamanlarda hayatlarımızda yer sahibi olacağına şüphe bulunmayan robotlar ile statülerinin benzerlik gösterdiği görülebilir. Roma hukukunda köle, kendi kendine düşünebilen, karar verebilen bir çeşit duyuşsal bir mal olarak tanımlanabilecektir. Benzer bir tanımlamanın, ilerleyen zamanların robotları için de söz konusu olacağı söylenebilecektir. Buradan yola

DİPNOT

5 Paulius Čerka/ Grigienė Jurgita/ Sirbikytė Gintarė, "Liability for damages caused by artificial intelligence", Computer Law & Security Review, U.K., V. 31., S. 3, 2015, s. 378, nakleden: **Sarı**, s. 523.

6 Türk Dil Kurumu İnternet Sözlüğü, (Erişim; 27.11.2022) <https://tdk.gov.tr>.

7 Oracle, Yapay Zeka Nedir? (Erişim; 27.11.2022) <https://www.oracle.com/tr/artificial-intelligence/what-is-ai/>.

8 Mert Bakırcı, "Yapay Zeka Hakkında Bir Rehber, Nedir, Ne Değildir, Ne Olacaktır", (Erişim 27.11.2022) <https://evrimagaci.org/yapay-zeka-hakkında-bir-rehber-nedir-nedeğildir-ne-olacaktır-3667>.

9 Emre Bayamlioğlu, "Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zeka ve Kişilik Üzerine Bir Deneme", in: Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. 2, İstanbul 2008, s. 135.

10 Alexandre Maia, "The Legal Status of Artificially Intelligent Robots", (Erişim 27.11.2022) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2985466.

11 Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi, Yapay Zekaya İlişkin Uyumlaştırılmış Kurallara Yönelik Tüzük Teklifi. Brüksel: 2021.

12 Seda Kara Kılıçarslan, "Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar", Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Dergisi, Yıl 4, S. 2, 2019, s. 378.

13 Özgür Taşdemir/ Ümit Vefa Özbay/ B. Onur Kireçtepe, "Robotların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Üzerine Bir Deneme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 69, S. 2, 2020 s. 803.

PART 19

the future. In Roman law, the slave could be defined as a kind of emotional property that could think and decide on its own. It can be said that a similar definition will also apply to robots in the future. From this point of view, it will be possible to consider robots as technological relatives of slaves in terms of their legal status. According to this view, artificial intelligences are considered as intelligent goods like slaves.

According to this view, artificial intelligence should also be allowed to have legal existence and to take certain legal actions, since they have the ability of reason and will, just like the slaves in Roman law. However, due to the fact that they do not have the legal capacity, it will be necessary to accept that all the rights they have acquired and the legal responsibility that will arise will be on the master, that is, the owner of the goods, as in the case of slaves. At the point of responsibility under criminal law¹⁴, this view cannot offer a complete solution, but it may be possible that the owner of the artificial intelligence is responsible for compensation.

Therefore, it is certain that artificial intelligence cannot be described as a person in this way. As it is known in our law, there are legal persons as well as real persons. At this point, one of the views that emerge when the person view is mentioned is the second view, which claims that artificial intelligence has a legal personality, in other words, it should have a legal personality and should be accepted as such.

çıkarak robotları, hukuki statüleri açısından kölelerin teknolojik akrabaları olarak değerlendirmek mümkün olacaktır. Bu görüş uyarınca, yapay zekalar, köleler gibi zekâ sahibi eşya olarak değerlendirilmektedir.

Bu görüş uyarınca tıpkı Roma hukukundaki köleler gibi akıl ve irade yetisine sahip olduklarından dolayı, hukuken, yapay zekaların da hukuki varlıklarının olması ve birtakım hukuki işlemlerde bulunmalarının önü açılmalıdır. Ne var ki, hak ehliyetine sahip olmamaları sebebiyle, elde ettikleri tüm haklar ve doğacak hukuki sorumluluğun kölelerde olduğu gibi efendide yani eşya malikinde olmasının kabulü gerekecektir. Ceza hukuku kapsamındaki sorumluluk noktasında ise¹⁴ bu görüş tam bir çözüm sunamamakta olup, ancak yapay zekanın malikin tazminat sorumluluğunun gündeme gelmesi söz konusu olabilecektir.

Dolayısıyla yapay zekanın bu şekilde bir kişi olarak nitelendirilemeyeceği muhakkaktır. Hukukumuzda bulunduğu üzere gerçek kişilerin yanı sıra tüzel kişiler de vardır. Bu noktada kişi görüşü dendiğinde ortaya çıkan görüşlerden bir tanesi yapay zekanın tüzel kişiliğe sahip olduğunu ileri süren, bir başka deyişle, tüzel kişiliğe sahip olması gerektiğini, böyle kabul edilmesi gerektiğini ileri süren aşağıda incelenecek olan ikinci görüştür.

İkinci görüş, yani yapay zekanın tüzel kişiliğe sahip olması gerektiğini savunan bu görüş uyarınca, yapay zekanın otonom ve bilişsel yapıları sebebiyle gerçek kişi olarak kabul edilmeleri asla mümkün değildir¹⁵. Ancak, hukuki statülerin yalnızca insanlara tanınma-

According to the second view, which argues that artificial intelligence should have a legal personality, it is never possible for artificial intelligence to be accepted as a real person due to its autonomous and cognitive structures¹⁵. Nonetheless, it has been demonstrated that recognizing non-human beings under a legal status as a solution to many issues that arise in terms of artificial intelligence by asserting that legal status is not just acknowledged for humans. Because, as it is known, a legal entity is a legal abstract personality that is outside of human due to some social, economic and many other reasons. According to this view, it is aimed to give artificial intelligence a legal personality like the partners and thus be subject to property.

This view is perhaps one of the most popular views. Against this view, it can be stated that there must be something that constitutes the artificial intelligence legal entity. However, it cannot be said that this is the case in terms of artificial intelligence. Then, perhaps, a completely different concept of legal person will have to be created. When the cases of legal liability, which will be explained in detail below, come to the fore due to artificial intelligence, will the legal person theory be able to adequately explain this situation? Because the legal person is completely isolated from the person who created it. If the legal entity is completely isolated from the persons forming it, will it be possible to compensate the damage caused by artificial intelligence constituting a legal entity from the person who created it?

Another view that emerges at this point is the electronic legal entity view. This view is one of the views included in the advisory report dated 27 January 2017 prepared by the European Parliament's Committee on Legal Affairs. It is a brand-new kind of entity that is an electronic legal entity. This view was put forward so that robots with artificial intelligence, which can make their own decisions autonomously, can be held responsible. Electronic personality is not one of the legal statuses in existing legal systems, and the view of electronic personality states that a completely new status should be created within legal systems¹⁶.

The fourth view focuses on the point that artificial intelligence is also a work. There is no doubt that in our law, artificial intelligence is also a work, because the work can be a tangi-

diği belirtilerek, yapay zeka açısından gündeme gelen birçok problemin çözümü olarak, insan dışı varlıkları bir hukuki statü altında tanımak olarak gösterilmiştir. Zira bilindiği üzere tüzel kişilik; bir takım toplumsal, ekonomik ve birçok sebep ile insan dışında olan bir hukuki soyut kişiliktir. Bu görüşe göre, yapay zekalara ortaklara olduğu gibi bir tüzel kişilik tanınması ve böylelikle mülkiyete konu edilebilmesi amaçlanmaktadır.

Bu görüş belki de en çok taraftar toplayan görüşlerden bir tanesidir. Bu görüşe karşı olarak, yapay zeka tüzel kişiliğini teşkil eden bir şeyin olması gerektiği ifade edilebilir. Oysa yapay zeka açısından bu hususun vaki olduğu söylenemez. O halde belki de başka bir tüzel kişi kavramının yaratılması gerekecektir. Yapay zeka sebebiyle aşağıda detaylıca açıklanacak hukuki sorumluluk halleri gündeme geldiğinde, tüzel kişi teorisini bu durumu yeterince açıklayabilecek midir? Zira tüzel kişi, kendisini oluşturan kişiden tamamen soyutlanmaktadır. Tüzel kişinin kendisini oluşturan kişilerden tamamen soyutlandığı takdirde, bir tüzel kişilik teşkil eden yapay zeka sebebiyle meydana gelen zararı kendisini oluşturan kişiden tazmin etmek mümkün olabilecek midir?

Bu noktada ortaya çıkan bir başka görüş, elektronik tüzel kişilik görüşüdür. Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu tarafından hazırlanan tavsiye niteliğindeki 27 Ocak 2017 tarihli raporda yer alan görüşlerden biridir. Yepyeni bir tür elektronik tüzel kişilik türüdür. Bu görüş, otonom bir şekilde kendi kararlarını alabilen yapay zekâya sahip robotların sorumlu tutulabilmesi için ortaya atılmıştır. Elektronik kişilik görüşü, mevcut hukuk sistemlerinde yer alan hukuki statülerden biri olmayıp, bu alanda tamamen yeni bir statü yaratılması gerektiğini belirtmektedir¹⁶.

Dördüncü görüşü olan eser görüşü, yapay zekanın aynı zamanda bir eser olduğu noktasına yoğunlaşmaktadır. Kuşkusuz ki hukukumuzda yapay zekanın aynı zamanda bir eser niteliğinde olduğu noktasında şüphe yoktur. Zira eser, maddi bir varlık olabileceği gibi maddi olmayan, gayri maddi bir varlık da olabilecektir. Sonuçta yapay zeka, aslında maddi niteliği olmayan bir yazılımdır.

Elektronik tüzel kişilik görüşü, tamamen yeni bir hukuki statü yaratılması anlamına gelmektedir. Her ne kadar bu yönde atılmış bir adım olmadığı için uygulanabilirliği düşük bir ihtimal gibi görünüyorsa da mevcut ve

DİPNOT

¹⁴ Bu konu hakkında bir çalışma için bkz. **Ceren Özbek/ Veli Özer Özbek**, "Yapay Zekânın Dâhil Olduğu Suçlar Bakımından Ceza Hukuku Sorumluluğunun Belirlenmesi", Ceza Hukuku Dergisi, C. 14, S. 41, 2019. p. 603 - 622.

¹⁵ **Kılıçarslan**, Tartışmalar, s. 379.

¹⁶ European Parliament, Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, (Erişim; 27.11.2022) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html.

FOOTNOTE

¹⁴ Bu konu hakkında bir çalışma için bkz. **Ceren Özbek/ Veli Özer Özbek**, "Yapay Zekânın Dâhil Olduğu Suçlar Bakımından Ceza Hukuku Sorumluluğunun Belirlenmesi", Ceza Hukuku Dergisi, C. 14, S. 41, 2019. p. 603 - 622.

¹⁵ **Kılıçarslan**, Tartışmalar, p. 379.

¹⁶ European Parliament, Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, (Erişim; 27.11.2022) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html.



PART 19

ble asset as well as an intangible asset. After all, artificial intelligence is essentially intangible software.

The electronic legal entity view means the creation of a completely new legal status. Although it may not seem to be applicable given that no legal action has been taken in this direction, it can be argued that this is the most consistent and applicable point of view because it will address all present and potential legal issues. In the report of the European Parliament's Committee on Legal Affairs, it is foreseen that the electronic legal entity should be registered in a registry just like legal entities and in terms of compensation liability arising from the damages caused by artificial intelligence, it is foreseen to apply to the financial fund to be created as a way of compensation. With this status to be created, artificial intelligence will be able to get into debt, own intellectual property products, be a patent inventor and even own patents. As a result, just as legal personality means rights and responsibilities for partnerships, the same logic may apply to artificial intelligence¹⁷.

III. IMPUTABILITY AND THE SUBJECT OF THE COMPENSATION

A. Imputability

As also mentioned above, autonomous artificial intelligence systems are divided into two sub-categories, weak and strong artificial intelligence, and the self-decisions and actions of such systems vary. This situation also brings the liability of artificial intelligence. There is disagreement on the topic of imputability, which refers to whether artificial intelligence can be held accountable. Opinions are present in the literature that the operators of the less autonomous artificial intelligence systems shall be held responsible in terms of the damages caused by the decisions made by these less autonomous artificial intelligences¹⁸. However, the same conclusion cannot be reached in terms of the damages caused by the relatively autonomous intelligence artificial intelligence systems with a high level of autonomy. An autonomous artificial intelligence system with its self-developed features; makes it difficult for the artificial intelligence operator to be held liable for the damages it causes by removing

geleceği muhtemel olan tüm hukuki problemlere çözüm getireceği için en tutarlı ve uygulanabilir görüş olduğundan söz edilebilecektir. Zira Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu'nun raporunda, elektronik tüzel kişiliğin, aynen tüzel kişilerde olduğu gibi bir sicile kaydedilmesi öngörülmekte ve yapay zekanın meydana getireceği zararlardan doğan tazminat sorumluluğu bakımından ise, tazmin yolu olarak, oluşturulacak maddi fona başvuru öngörülmektedir. Oluşturulacak bu statü ile yapay zeka borç altına girebilecek, fikri mülkiyet ürünleri sahibi olabilecektir, patent buluşçusu ve hatta bunların sahibi olabilecektir. Ezcümle, ortaklıklar için nasıl yasal kişilik hak ve sorumluluklar anlamına geliyorsa, aynı mantık yapay zeka için de söz konusu olabilecektir¹⁷.

III. ATFEDİLEBİLİRLİK VE TAZMİNATIN KONUSU

A. Atfedilebilirlik

Yukarıda da bahsedildiği üzere, otonom yapay zeka sistemleri zayıf ve güçlü yapay zeka olarak ikiye ayrılmakta ve sistemlerin kendi kendine karar vermesi ve eylemde bulunması değişiklik göstermektedir. Bu durum yapay zekanın sorumluluğunu da gündeme getirmektedir. Yapay zekaya sorumluluk yüklenmesi bakımından atfedilebilirlik meselesi, üzerinde mutabakata varılmayan bir konu olmaktadır. Doktrinde az otonom özellikteki yapay zekaların verdiği kararların doğurduğu zararlar bakımından bunu yapay zekayı işletene sorumluluk yükleneneğine ilişkin görüşler bulunmaktadır¹⁸ ve yapay zekanın verdiği zararlar yapay zekayı işletene atfedilebilirken, otonom seviyesi artmış görece otonom yapay zeka sistemleri bakımından aynı sonuca varılamamaktadır. Kendi kendine geliştirdiği özellikleri olan otonom bir yapay zeka sistemi; karmaşık, şeffaf olmayan yapısı ve opak özellikleriyle birlikte, verdiği zarardan yapay zekayı işletenin sorumlu tutulmasını illiyet bağıını kesme-

the causal connection, along with its complex, non-transparent structure and opaque features. Therefore, an issue of imputability arises in terms of the damages caused by artificial intelligence systems with a high level of autonomy, whilst the decisions of artificial intelligence systems with a low level of autonomy and their results may be attributed to those who benefit from these systems.

In terms of artificial intelligence systems that develop and work with machine learning systems, called as *Deep Learning*¹⁹ or *Machine Learning*²⁰; the situations where artificial intelligence can learn on its own due to data entry into these systems or data opened for the use by these systems, may improve itself with experience, but besides, it needs various updates by the operator of artificial intelligence, and it also raises the attribution problem²¹.

The techniques used by artificial intelligence in its learning process and their unpredictable results and non-transparent structure are called the Black Box Effect. In other words, it is experienced that artificial intelligence systems make decisions by taking initiative on their own and cause unpredictable, undesirable consequences²². Therefore, the question required to be asked is whether the existing liability law regimes are sufficient enough to provide this protection and which related liability regimes will be providing compensation for these damages in order to effectively protect the victims.

B. What is the Subject of the Breach and the Compensation?

The unforeseen outcomes and harm created by artificial intelligence through its ability to make individual and autonomous decisions can look as pure economic damage, a violation of fundamental freedoms, and a loss of opportunity and profit. To give an example from around the world and today, an artificial intelligence system that ranks patients who will undergo dialysis in Switzerland must do this according to the creatinine ratio in each individual's body. However, it made only a binary distinction in the way of separating the creatinine ratios of white-skinned and black-skinned individuals. Since the creatinine ratios of black-skinned individuals are higher, artificial intelligence put it at the end

siyle güçleştirmektedir. Dolayısıyla düşük otonomi seviyesine sahip olan yapay zeka sistemlerinin kararları ve bunların sonuçları bu sistemlerden fayda sağlayanlara atfedilebilirken yüksek otonomi seviyesine sahip yapay zeka sistemlerinin verdiği zararlar bakımından bir atfedilebilirlik problemi ortaya çıkmaktadır.

Yapay zekanın, *Deep Learning*¹⁹ ya da *Machine Learning*²⁰ diye adlandırılan makine öğrenimiyle gelişen ve çalışan yapay zeka sistemleri bakımından, bu sistemlere yapılan veri girişi veya bu sistemlerin kullanımına açılan veriler sebebiyle yapay zekanın kendine öğrenebilmesi, tecrübeyle beraber kendisini geliştirebilmesi, ancak bunun yanında yapay zekayı işleten tarafından çeşitli güncellemeye ihtiyaç duyması durumları, yapay zekayı işleteninden bağımsızlaştırırsa da, atfedilebilirlik problemini de gündeme getirmektedir²¹.

Yapay zekanın öğrenmede kullandığı tekniklere ve bunların öngörülemez sonuçlarına ve şeffaf olmayan yapısına kara kutu etkisi (Black Box Effect) denmektedir. Yani yapay zekanın, inisiyatif olarak karar verdiği ihtimaller ve öngörülebilir olmayan, istenmeyen sonuçlara da sebebiyet verdiği görülmektedir²². Dolayısıyla burada sorulması gereken, mağdurların etkin bir şekilde korunabilmesi için öncelikle mevcut sorumluluk hukuku rejimlerinin bu korunmayı sağlamakta yeterli olup olmadıkları ve ilgili sorumluluk rejimlerinin ortaya çıkan bu zararların hangilerinin tazmin edilmesini öngörecektir.

B. İhlal ve Tazminatın Konusu Nedir?

Yapay zekanın kendi verebildiği otomatik ve bireysel kararlarla neden olduğu öngörülemez sonuçlar ve zararlar; salt ekonomik zararlar, mutlak hakların ihlali ve kar ve fırsat kaybı olarak karşımıza çıkmaktadır. Dünya üzerinden ve günümüzden örnek vermek gerekirse, İsviçre'de diyalize girecek hastaları sıralayan bir yapay zeka sistemi, bu sıralamayı her bireyin vücudundaki kreatinin oranına göre yapması gerekirken, beyaz tenli ve siyahı tenli bireylerin kreatinin oranlarını ayırma şeklinde yalnızca ikili bir ayırım yaparak siyahı tenli bireylerin kreatinin oranları daha yüksek olduğu için listenin sonuna koyarak bu bireylerin diyalizden yararlanmalarını otonom kararıyla ertelemiştir. Bir diğer

FOOTNOTE

¹⁷ Kılıçarslan, Tartışmalar, p. 379.

¹⁸ Cevdet Yavuz, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 4, 2008; Sefa Reisoğlu, Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler, 23. Baskı, İstanbul, 2012. p.48.

¹⁹ Tanya Tiwari/ Tanuj Tiwari/ Sanjay Tiwari, "How Artificial Intelligence, Machine Learning and Deep Learning are Radically Different?", International Journals of Advanced Research in Computer Science and Software Engineering, C. 8, S. 2, 2018, p. 1.

²⁰ Tiwari, ML and DL. p. 3.

²¹ Nieves Briz/ Allison Bender, "Key Challenges of Artificial Intelligence: Liability for AI Decisions" <https://www.businessgoing.digital/key-challenges-of-artificial-intelligence-liability-for-ai-decisions/> (Erişim Tarihi; 27.11.2022).

²² Briz, Bender, Key Challenges. <https://www.businessgoing.digital/key-challenges-of-artificial-intelligence-liability-for-ai-decisions/> (Erişim Tarihi; 27.11.2022).

DİPNOT

¹⁷ Kılıçarslan, Tartışmalar, s. 379.

¹⁸ Cevdet Yavuz, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 4, 2008; Sefa Reisoğlu, Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler, 23. Baskı, İstanbul, 2012. s. 48.

¹⁹ Tanya Tiwari/ Tanuj Tiwari/ Sanjay Tiwari, "How Artificial Intelligence, Machine Learning and Deep Learning are Radically Different?", International Journals of Advanced Research in Computer Science and Software Engineering, C. 8, S. 2, 2018, s. 1.

²⁰ Tiwari, ML and DL. S. 3.

²¹ Nieves Briz/ Allison Bender, "Key Challenges of Artificial Intelligence: Liability for AI Decisions" <https://www.businessgoing.digital/key-challenges-of-artificial-intelligence-liability-for-ai-decisions/> (Erişim Tarihi; 27.11.2022).

²² Briz, Bender, Key Challenges. <https://www.businessgoing.digital/key-challenges-of-artificial-intelligence-liability-for-ai-decisions/> (Erişim Tarihi; 27.11.2022).

PART 19

FOOTNOTE

23 Sinan Sami Akkurt, "Yapay Zekanın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 13, 2019, p. 48.

24 Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi, "Yapay Zekaya İlişkin Uyumlaştırılmış Kurallara Yönelik Tüzük Teklifi. Brüksel: 2021.

25 European Parliament, Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, (Erişim Tarihi: 27.11.2022) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html.

26 Amedeo Santosuosso/ Chlara Boscarato/ Floro Ernesto Caroleo/ Lynette Rene Labruto/ Christophe Leroux, "Robots, Market and Civil Liability: A European Perspective In 2012 September", The 21st IEEE International Symposium on Robot and Human Interactive Communication, 2012, p. 1051 – 1058.

27 Sarı, Sorumluluk, p. 260.

28 Sam Lehman-Wilzig, "Frankenstein Unbound: Toward a Legal Definition of Artificial Intelligence", FUTURES: The Journal of Forecasting and Planning, C. 13, S. 6, 1981, p. 443.

29 European Parliament, Study On Civil liability Regime For Artificial Intelligence: European Added Value Assessment [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/654178/EPRS_STU\(2020\)654178_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/654178/EPRS_STU(2020)654178_EN.pdf), (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

30 European Parliament, Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

31 Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi Başkanlığı, "Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi" [https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR UlusalYZStratejisi2021-2025.pdf](https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR%20UlusalYZStratejisi2021-2025.pdf) (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

of the list and postponed the benefit of these individuals from dialysis with its autonomous decision. In another example, artificial intelligence systems caused the hiring company to group applicants based on gender, school, and nationality, causing applications from certain groups to be ignored. As seen in these examples, there are different views about who will be held responsible in cases where artificial intelligence causes loss of rights and profits, or even damage to individuals.

IV. THE OPERATOR OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND ITS LEGAL RESPONSIBILITY

A. Who is the Operator of Artificial Intelligence?

Considering who the operator of artificial intelligence is, it is seen that there is no regulation regarding this issue in our doctrine and literature. Since artificial intelligence systems lack personality, it does not appear practical for our legislation to relate to the autonomous behaviours of artificial intelligence, according to Turkish Civil Code No. 4721 ("TCC")²³. In the proposal of the European Parliament and the Council of the European Union for the Regulation on Harmonized Rules on Artificial Intelligence, the operator of artificial intelligence is defined as a provider, user, authorized representative, importer and distributor²⁴. The producers, operators, and owners are cited as users who can be held accountable in the Recommendation

örnekte ise yapay zeka sistemleri, işe alım yapan şirketin, başvuranları cinsiyet, okulları ve milliyetleri nedeniyle gruplandırmasına neden olarak belirli grupların başvurularının göz ardı edilmesine neden olmuştur. Bu örneklerde görüldüğü gibi, yapay zekanın bireylerde hak ve kar kaybına, hatta zarara yol açtığı durumlarda sorumluluğun kime yükleneceği hakkında farklı düşünceler mevcuttur.

IV. YAPAY ZEKAYI İŞLETEN VE HUKUKİ SORUMLULUĞU

A. Yapay Zekayı İşleten Kimdir?

Yapay zekayı işletenin kim olduğu düşünüldüğünde, doktrinimizde ve literatürde bu konuda bir düzenleme olmadığı görülmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na ("TMK") göre, yapay zeka sistemleri kişilik sahibi olmadığından dolayı, yapay zekanın otonom davranışlarından dolayı kendilerine başvurmak hukukumuzda pratik açıdan mümkün gözükmemektedir²³. Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi'nin Yapay Zekaya İlişkin Uyumlaştırılmış Kurallara İlişkin Tüzük teklifinde yapay zekayı işleten; sağlayıcı, kullanıcı, yetkili temsilci, ithalatçı ve dağıtıcı olarak tanımlanmaktadır²⁴. Avrupa Parlamentosu Tavsiye Raporu'nda ise sorumlu tutulabilecek işletenin üreticiler, operatörler, mal sahipleri olduğu belirtilmiştir²⁵.



Report of the European Parliament²⁵. In addition, the European Council Directive Regarding the Responsibility of The Manufacturer numbered 85/374 widely accepts²⁶ that artificial intelligence is a product, the manufacturer's liability will rise but it was stated that the operators shall not be fully responsible because of the cognitive abilities of artificial intelligence²⁷. In the 2020 charter proposal, the European Union legislators stated that the back end, which they define as the operator; who codes, creates and updates the artificial intelligence; and the front end that distributes and provides it, should both be held responsible.

In this context, in order to eliminate the risks of artificial intelligence, the liability of the operator is taken into consideration for the compensation of the damages caused by the artificial intelligence system and furthermore in the doctrine; these responsibilities are analysed under the employer's liability, tort liability and organizational responsibility.

B. Legal Responsibility of the Operator of Artificial Intelligence

When artificial intelligence²⁸ is evaluated together with the concepts of artificial intelligence and law, the issue of who will be responsible has been the subject of discussion. With the widespread use of artificial intelligence, current and/ or future risks and requirements in the legal system are taken into consideration, and it is concluded that the liability regulation regarding artificial intelligence is necessary. Although there is a tendency to make relevant legal arrangements before the European Parliament²⁹ and the European Commission³⁰, some studies are also carried out in our country³¹.

Article 66/1 of the Turkish Code of Obligations numbered 6098 ("TCO"), headed Employer's Liability, provides an opinion on the operator of artificial intelligence's responsibility for the harm caused by artificial intelligence. In this context, compensation may be sought. Pursuant to Article 66 of the TCO, "the employer is obliged to compensate the damage caused by the employee to others during the execution of the work assigned to him". Therefore, it has been regulated in the law that the employer can be held responsible for the damages caused by the employee during the execution of a work, and it has become possible to demand the damages

Ayrıca 85/374 sayılı Üreticinin Sorumluluğuna İlişkin Avrupa Konseyi Direktifi'nde yapay zekanın bir ürün olduğu kabul edilmekte²⁶, direktifte üreticinin hukuki sorumluluğunun gündeme geleceği sonucuna varılmış olsa da, yapay zekanın bilişsel yeteneklere sahip olmasından dolayı üreticinin yapay zekanın verdiği zarardan tamamen sorumlu olması gerektiği belirtilmiştir²⁷. Avrupa Birliği kanun koyucuları, 2020'deki tüzük teklifinde ise işleten bunu kodlayan, yaratan, güncellemelerini yapan olarak tanımladığı arka ucun ve bunu dağıtan, sağlayan ön ucun ikisinin de sorumlu tutulması gerektiğini belirtmektedir.

Bu kapsamda yapay zekanın yarattığı riskleri bertaraf edebilmek adına yapay zekanın sebep olduğu zararların tazmininde yapay zekayı işletenin sorumluluğuna gidilmekte, doktrinde ise bu sorumluluk halleri; adam çalıştırmanın sorumluluğu, haksız fiilden doğan sorumluluk ve organizasyon sorumluluğu bağlamında incelenmektedir.

B. Yapay Zekayı İşletenin Hukuki Sorumluluğu

Yapay zeka²⁸; yapay zekayı işleten ve hukuk ilişkisi kavramları ile birlikte değerlendirildiğinde doktrinde tartışma konusu olan bir konu, sorumluluğun kime yükleneceği olmuştur. Yapay zekanın kullanımının yaygınlaşmasıyla birlikte hukuk düzeninde mevcut ve/ veyahut ileride ortaya çıkabilecek riskler ve gereksinimler göz önünde bulundurulmakta, yapay zekaya ilişkin sorumluluk düzenlemesinin gerekli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Avrupa Parlamentosu²⁹ ve Avrupa Komisyonu³⁰ nezdinde ilgili hukuki düzenlemeler yapma yönünde eğilim görülmekle birlikte, ülkemizde de³¹ birtakım çalışmalar gerçekleştirilmektedir.

Yapay zekanın sebep olduğu zararlarda yapay zekayı işletenin sorumluluğu hakkında bir görüş, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ("TBK") adam çalıştırmanın sorumluluğu başlıklı m. 66/1'e dayanılacağı ve bu kapsamda tazminat talep edilebileceği yönündedir. TBK m. 66 uyarınca "adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür". Dolayısıyla, bir işin görülmesi sırasında, çalışanın verdiği zararlardan işverenin sorumlu tutulabileceği TBK'da düzenleme altına alınmış ve işçinin sebep olduğu zarardan ötürü işverene başvurulması mümkün

DİPNOT

23 Sinan Sami Akkurt, "Yapay Zekanın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 13, 2019, s. 48.

24 Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi, "Yapay Zekaya İlişkin Uyumlaştırılmış Kurallara Yönelik Tüzük Teklifi. Brüksel: 2021.

25 European Parliament, Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, (Erişim Tarihi: 27.11.2022) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html.

26 Amedeo Santosuosso/ Chlara Boscarato/ Floro Ernesto Caroleo/ Lynette Rene Labruto/ Christophe Leroux, "Robots, Market and Civil Liability: A European Perspective In 2012 September", The 21st IEEE International Symposium on Robot and Human Interactive Communication, 2012, s. 1051 – 1058.

27 Sarı, Sorumluluk, s. 260.

28 Sam Lehman-Wilzig, "Frankenstein Unbound: Toward a Legal Definition of Artificial Intelligence", FUTURES: The Journal of Forecasting and Planning, C. 13, S. 6, 1981, s. 443.

29 European Parliament, Study On Civil liability Regime For Artificial Intelligence: European Added Value Assessment [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/654178/EPRS_STU\(2020\)654178_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/654178/EPRS_STU(2020)654178_EN.pdf), (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

30 European Parliament, Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

31 Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi Başkanlığı, "Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi" [https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR UlusalYZStratejisi2021-2025.pdf](https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR%20UlusalYZStratejisi2021-2025.pdf) (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

PART 19

caused by the employee from the employer³². There must be a damage in line with this article, this damage should be caused by an action of the employee, and there should be an appropriate causal link between the damage and the wrongful act of the employee.

Although artificial intelligence has the ability to think, develop and execute, it is the operator of artificial intelligence that activates the artificial intelligence. In other words, it may be appropriate to see the artificial intelligence as the employee and the operator as the employer in this respect³³. However, a situation that should be considered is that, unlike the relationship between the employee and the employer, a contractual relationship has not been established between the artificial intelligence and the operator of artificial intelligence, and the artificial intelligence does not work for a fee to the operator of artificial intelligence. From this point of view, it will be necessary to say that artificial intelligence cannot be an employee in the context of employer's liability.

It is among the opinions that the operator of artificial intelligence can compensate the damages caused by the artificial intelligence according to the provisions of tort. Pursuant to article 49 of the TCO, liability arising from tort relates to the breach of an obligation to be complied with not only to a specific person but also to everyone. The damaged party may also demand compensation in accordance with the provisions of tort, in the event that one of the persons damages the other person without any previous or existing relationship with the tortious act³⁴. Likewise, in order to be responsible for tortious act, it is not necessary that any debt relationship has been established between the operator of artificial intelligence and the damaged party. The tortious act regulated in article 49 of the Turkish Code of Obligations has four elements: illegality, causal link, fault and damage. Due to the autonomous nature of artificial intelligence, it does not seem reasonable to look for the fault of the operator of artificial intelligence in the unlawful action caused by the artificial intelligence. For this reason, it would not be right for the operator of artificial intelligence to be responsible for the tort.

Another view regarding the responsibility of the operator of artificial intelligence is the organizational responsibility regulated in article 66/3 of the TCO. In the literature, it is stat-

ed by *Büyüktanır* that the responsibility of the operator may try to be solved in the context of organizational responsibility regulated in article 66/3 of the TCO³⁵. Although organizational responsibility is regulated in the same article as employer's liability, organizational responsibility is a different concept within its terms and results.

Yapay zekanın düşünme, geliştirme ve uygulama kabiliyeti olsa da yapay zekayı faaliyete geçiren yapay zekayı işletendir. Yani yapay zekayı çalıştıran, yapay zekayı işleteni ise çalıştıran/ işveren olarak görmek bu açıdan yerinde olabilecektir³³. Lakin göz önünde bulundurulması gereken bir durum; çalışan ve işveren arasındaki ilişkiden farklı olarak yapay zekayla yapay zekayı işleten arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulmamış olması ve yapay zekanın yapay zekayı işletene bir bedel karşılığında çalışmamasıdır. Bu açıdan bakıldığında ise, yapay zekanın adam çalıştıran sorumluluğu bağlamında bir çalıştırılmayacağını söylemek gerekecektir.

Yapay zekayı işletenin, yapay zekanın sebep olduğu zararların tazminini haksız fiil hükümlerine göre de yapabileceği, görüşler arasındadır. TBK m. 49 uyarınca haksız fiilden doğan sorumluluk, yalnızca belirli bir kimseye değil herkese karşı uyulması gereken bir yükümlülüğün ihlal edilmesine ilişkindir. Haksız fiilden zarar gören, kendisine zarar veren haksız fiille aralarında daha önceden herhangi bir münasebet bulunmayan veya mevcut bir münasebet bulunmakla birlikte bu münasebet ihlal edilmeksizin kişilerden birisinin diğerine zarar vermesi halinde haksız fiil hükümlerine göre tazminat talep edilebilir³⁴. Aynı şekilde haksız fiilden sorumluluk doğması için, yapay zekayı işleten ile fiilden zarar gören arasında daha önce herhangi bir borç ilişkisinin kurulmuş bulunması şart değildir. TBK m. 49'da düzenlenen haksız fiilin hukuka aykırılık, illiyet bağı, kusur ve zarar olmak üzere dört unsuru bulunmaktadır. Yapay zekanın otonom yapısından ötürü, yapay zekanın sebep olduğu hukuka aykırı bir eylemde bulunmasında yapay zekayı işletenin kusurunu aramak makul görünmemektedir. Bu nedenle haksız fiilden ötürü yapay zekayı işletenin sorumluluğuna gitmek doğru olmayacaktır.

Yapay zekayı işletenin sorumluluğuna ilişkin bir diğer görüş ise, TBK m. 66/3'te düzenlenen organizasyon sorumluluğudur. Doktrinde *Büyüktanır* tarafından yapay zekayı işletenin sorumluluğunun TBK m. 66/3'de düzenlenen organizasyon sorumluluğu bağlamında çözülmeye çalışılabileceği belirtilmiştir³⁵. Organizasyon sorumluluğu, her ne

ed by *Büyüktanır* that the responsibility of the operator may try to be solved in the context of organizational responsibility regulated in article 66/3 of the TCO³⁵. Although organizational responsibility is regulated in the same article as employer's liability, organizational responsibility is a different concept within its terms and results.

Organizational responsibility, regulates that an organization will be strictly liable for damages that occur within that organization just because it organizes a certain work. In a decision given by the Supreme Court in 1978, the organization was held strictly liable. While trying to place a pole lifted with the help of a crane in a construction, the carrying ring of the crane broke and it fell on a third person below, caused serious injury. In this case, the Court of Cassation did not find it sufficient for the company to inform the employees and inspect the area, and held the company responsible because the injury in question was within the construction of the company³⁶.

When viewed from the perspective of the artificial intelligence operator, it should be examined in terms of organizational responsibility; specifically, whether at least one employee of the artificial intelligence operator is employed in the location where the artificial intelligence is operated, regardless of how it functions, whether there is an organization involved in the operation of artificial intelligence, and whether there has been any harm from this organization. From this perspective, it can be said that organizational responsibility has found a wide application area and is now the subject of decisions of regional courts of appeal³⁷.



kadar adam çalıştıran sorumluluğuyla aynı maddede düzenlenmiş olsa da organizasyon sorumluluğu, şartları ve sonuçları dahilinde farklı bir düzenlemedir.

Organizasyon sorumluluğu, bir organizasyonun yalnızca bir işi organize ettiği için, o organizasyon dahilinde meydana gelen zararlardan kusursuz olarak sorumlu olacağını düzenlemektedir. Yargıtay tarafından 1978 tarihinde verilen bir kararda organizasyonun kusursuz sorumluluğuna gidilmiştir. Bir inşaatta vinç yardımıyla kaldırılan bir direk yerleştirilmeye çalışırken, vincin taşıma halkası kopmuş ve aşağıda bulunan üçüncü bir kişinin üzerine düşerek ağır yaralanmasına sebep olmuştur. Bu olayda Yargıtay, şirketin çalışanları bilgilendirmesini ve alanı denetlemesini yeterli bulmamış, söz konusu yaralanmanın şirketin inşaatı dahilinde olması sebebiyle şirketi sorumlu bulmuştur³⁶.

Yapay zekayı işleten açısından düşünüldüğünde ise organizasyon sorumluluğu bakımından incelenmesi gereken; yapay zekayı işletenin en az bir çalışanın yapay zekanın işletildiği yerde, ne şekilde çalıştığı fark etmeksizin, çalışıyor olup olmadığı, yapay zekanın işletilmesinde bir organizasyon olup olmadığı, bu organizasyon bünyesinde meydana gelen bir zarar olup olmadığıdır. Bu perspektiften bakıldığında organizasyon sorumluluğunun geniş uygulama alanı bulunduğunu, günümüzde bölge adliye mahkemeleri kararlarına konu olduğu söylenebilmektedir³⁷.

DİPNOT

32 Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Ankara 2016, p. 342.

33 Ayyüce Kızrak, "Motivasyon, Yapay Zeka ve Derin Öğrenmenin Hikayesi", <https://yapayzeka.ai/motivasyon-yapay-zeka-ve-derin-ogrenmenin-hikayesi> (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

34 Haluk Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 66.

35 Sarı, Sorumluluk, s. 286.

36 Erdem Büyüksağış, Hukuk Perspektifinden Yapay Zeka, 1. Baskı, İstanbul 2022. s. 92 - 94

37 Büyüksağış, Yapay Zeka. s. 92 - 94.

FOOTNOTE

32 Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Ankara 2016, p. 342.

33 Ayyüce Kızrak, "Motivasyon, Yapay Zeka ve Derin Öğrenmenin Hikayesi", <https://yapayzeka.ai/motivasyon-yapay-zeka-ve-derin-ogrenmenin-hikayesi> (Erişim Tarihi: 27.11.2022).

34 Haluk Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2010, p. 66.

35 Sarı, Sorumluluk, p. 286.

36 Erdem Büyüksağış, Hukuk Perspektifinden Yapay Zeka, 1. Baskı, İstanbul 2022. p. 92 - 94.

37 Büyüksağış, Yapay Zeka. p. 92 - 94.

PART 19

V. CONCLUSION

Artificial intelligence, which is quickly advancing and spreading, has a favourable influence on our daily lives and science in a number of fields. The work in the systems it is integrated into is made easier and results are obtained more quickly thanks to artificial intelligence, which has a profound ability to store, process, and utilise data. But, another characteristic of artificial intelligence, the capacity for independent thought and decision-making, renders it independent of the artificial intelligence operator. This situation has led to the necessity of determining the legal nature of artificial intelligence in the doctrine. There are also views that claim that artificial intelligence is just a property, as well as opinions that argue that it should have a legal personality, be real, legal or electronic. In addition to this difference of opinion, which has not been agreed upon yet, who is the operator of artificial intelligence and to whom the damages and losses caused by artificial intelligence to third parties may be attributed have also been the subject of discussion in our law. Regarding the responsibility of the artificial intelligence operator, the views that the artificial intelligence operator will be held responsible within the framework of the employer's liability, organizational responsibility under the TCO, or finally, tort liability under the general provisions of the TCO are discussed in doctrine and practice, but there is no consensus on this issue yet.



V. SONUÇ

İvmesi giderek artan bir hızla ilerleyen ve kullanımı yaygınlaşan yapay zeka, günümüzde birçok alanda hayatımıza ve bilime katkı sağlamaktadır. Derin bir veri depolama, işleme ve kullanma yeteneğine sahip olan yapay zeka, entegre edildiği sistemlerde işleri kolaylaştırmakta, sonuca gitmede hız kazandırmaktadır. Lakin yapay zekanın bir diğer özelliği olan kendi kendine düşünmesi ve otonom kararlar alabilmesi, yapay zekayı yapay zekayı işletenden bağımsızlaştırmaktadır. Bu durum, doktrinde yapay zekanın hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekliliğini doğurmuştur. Yapay zekanın salt eşya olduğunu iddia eden görüşler olduğu kadar; gerçek, tüzel veya elektronik olmak üzere kişilik sahibi olması gerektiğini savunan görüşler mevcuttur. Halihazırda bir muhtabakata varılmayan bu görüş ayrılığına ek olarak, yapay zekayı işletenin kim olduğu ve yapay zekanın üçüncü kişilerde sebep olduğu zarar ve kayıpların kime yüklenebileceği de hukukumuzda tartışma konusu olmuştur. Yapay zekayı işletenin sorumluluğu söz konusu olduğunda yapay zekayı işletenin; TBK kapsamında adam çalıştıran sorumluluğu, organizasyon sorumluluğu veya son olarak TMK'nın genel hükümleri uyarınca haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde sorumlu tutulacağı görüşleri doktrinde ve uygulamada tartışılmakta, fakat bu hususta henüz bir fikir birliği bulunmamaktadır.

BIBLIOGRAPHY

- DAVID CALVERLEY, "Artificial Intelligence As a Legal Person", http://www.terasemjournals.org/PCJournal/PC0201/calverley_d.html (Erişim Tarihi: 27.11.2022).
- MAIA ALEXANDRE, "The Legal Status of Artificially Intelligent Robots", https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2985466 (Erişim Tarihi: 27.11.2022).
- AYYÜCE KIZRAK, "Motivasyon, Yapay Zeka ve Derin Öğrenmenin Hikayesi", <https://ayyucekizrak.medium.com/motivasyon-yapay-zeka-ve-derin-%C3%B6%C4%9Frenme-48d09355388d> (Erişim Tarihi: 08.12.2022).
- BAŞAK BAK, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Yapay Zeka Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", TAAD, Y. 9, S. 35, 2018.
- MERT BAKIRCI, "Yapay Zeka Hakkında Bir Rehber, Nedir, Ne değildir, Ne Olacaktır", <https://evrimagaci.org/yapay-zeka-hakkında-bir-rehber-nedir-nedegildir-ne-olacaktır-3667> (Erişim Tarihi: 27.11.2022).
- SEDA KARA KILIÇARSLAN, "Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar", Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Dergisi, Yıl 4, S. 2, 2019.
- ÖZGÜR TAŞDEMİR/ ÜMİT VEFA ÖZBAY/ B. ONUR KİREÇTEPE, "Robotların Hukuki ve Cezaî Sorumluluğu Üzerine Bir Deneme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 69, S. 2, 2020.
- CEREN ÖZBEK/ VELİ ÖZER ÖZBEK, "Yapay Zekanın Dâhil Olduğu Suçlar Bakımından Ceza Hukuku Sorumluluğunun Belirlenmesi", Ceza Hukuku Dergisi, C. 14, S. 41, 2019.
- SİNAN SAMİ AKKURT, "Yapay Zekanın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", Sayıştay Dergisi, S. 13, 2019.
- AVRUPA PARLAMENTOSU VE AVRUPA BİRLİĞİ KONSEYİ, "Yapay Zekaya İlişkin Uyumlaştırılmış Kurallara Yönelik Tüzük Teklifi", Brüksel, 2021.
- ONUR SARI, "Yapay Zekanın Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluk", TBB Dergisi, S. 147, 2020.
- EUROPEAN COMMISSION, "Report From the Commission to the European Parliament, The Council and The European Economic And Social Committee: Report on the Safety and Liability Implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and Robotics.", 2020.
- SELAHATTİN SULHİ TEKİNAY/ SERMET AKMAN/ HALUK BURCUOĞLU/ ATILLA ALTOP, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1998.
- HALUK TANDOĞAN, Türk Mesuliyet Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2010.
- HALUK N. NOMER, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, İstanbul 2021.
- TÜRKİYE CUMHURİYETİ CUMHURBAŞKANLIĞI DİJİTAL DÖNÜŞÜM OFİSİ BAŞKANLIĞI, "Ulusal Yapay Zeka Stratejisi" <https://cbddo.gov.tr/Shared-Folder/Server/Genel/File/TR%20UlusalYZStratejisi2021-2025.pdf> (Erişim Tarihi: 27.11.2022).
- TANYA TİWARİ/ TANUJ TİWARİ/ SANJAY TİWARİ, "How Artificial Intelligence, Machine Learning and Deep Learning are Radically Different?" International Journals of Advanced Research in Computer Science and Software Engineering, C. 8, S. 2, 2018.
- NIEVES BRIZ/ ALLISON BENDER, "Key Challenges of Artificial Intelligence: Liability for AI Decisions" <https://www.businessgoing.digital/key-challenges-of-artificial-intelligence-liability-for-ai-decisions/> (Erişim Tarihi: 27.11.2022).
- ERDEM BÜYÜKSAĞIŞ, Hukuk Perspektifinden Yapay Zeka, 1. Baskı, İstanbul 2022.
- CEVDET YAVUZ, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 4, 2008.
- SEFA REİSOĞLU, Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler, 23. Baskı, İstanbul, 2012.
- AHMET M. KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Ankara 2016, s. 342.
- AMEDEO SANTOSUOSSO/ CHLARA BOSCARATO/ FLORO ERNESTO CAROLEO/ LYNETTE RENE LABRUTO/ CHRISTOPHE LEROUX, "Robots, Market and Civil Liability: A European Perspective In 2012 September", The 21st IEEE International Symposium on Robot and Human Interactive Communication, 2012.
- EMRE BAYAMLIOĞLU, "Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zeka ve Kişilik Üzerine Bir Deneme", in: Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. 2, İstanbul 2008.

KAYNAKÇA

- DAVID CALVERLEY, "Artificial Intelligence As a Legal Person", http://www.terasemjournals.org/PCJournal/PC0201/calverley_d.html (Erişim Tarihi: 27.11.2022).
- MAIA ALEXANDRE, "The Legal Status of Artificially Intelligent Robots", https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2985466 (Erişim Tarihi: 27.11.2022).
- AYYÜCE KIZRAK, "Motivasyon, Yapay Zeka ve Derin Öğrenmenin Hikayesi", <https://ayyucekizrak.medium.com/motivasyon-yapay-zeka-ve-derin-%C3%B6%C4%9Frenme-48d09355388d> (Erişim Tarihi: 08.12.2022).
- BAŞAK BAK, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Yapay Zeka Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", TAAD, Y. 9, S. 35, 2018.
- MERT BAKIRCI, "Yapay Zeka Hakkında Bir Rehber, Nedir, Ne değildir, Ne Olacaktır", <https://evrimagaci.org/yapay-zeka-hakkında-bir-rehber-nedir-nedegildir-ne-olacaktır-3667> (Erişim Tarihi: 27.11.2022).
- SEDA KARA KILIÇARSLAN, "Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar", Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Dergisi, Yıl 4, S. 2, 2019.
- ÖZGÜR TAŞDEMİR/ ÜMİT VEFA ÖZBAY/ B. ONUR KİREÇTEPE, "Robotların Hukuki ve Cezaî Sorumluluğu Üzerine Bir Deneme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 69, S. 2, 2020.
- CEREN ÖZBEK/ VELİ ÖZER ÖZBEK, "Yapay Zekanın Dâhil Olduğu Suçlar Bakımından Ceza Hukuku Sorumluluğunun Belirlenmesi", Ceza Hukuku Dergisi, C. 14, S. 41, 2019.
- SİNAN SAMİ AKKURT, "Yapay Zekanın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", Sayıştay Dergisi, S. 13, 2019.
- AVRUPA PARLAMENTOSU VE AVRUPA BİRLİĞİ KONSEYİ, "Yapay Zekaya İlişkin Uyumlaştırılmış Kurallara Yönelik Tüzük Teklifi", Brüksel, 2021.
- ONUR SARI, "Yapay Zekanın Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluk", TBB Dergisi, S. 147, 2020.
- EUROPEAN COMMISSION, "Report From the Commission to the European Parliament, The Council and The European Economic And Social Committee: Report on the Safety and Liability Implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and Robotics.", 2020.
- SELAHATTİN SULHİ TEKİNAY/ SERMET AKMAN/ HALUK BURCUOĞLU/ ATILLA ALTOP, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1998.
- HALUK TANDOĞAN, Türk Mesuliyet Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2010.
- HALUK N. NOMER, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, İstanbul 2021.
- TÜRKİYE CUMHURİYETİ CUMHURBAŞKANLIĞI DİJİTAL DÖNÜŞÜM OFİSİ BAŞKANLIĞI, "Ulusal Yapay Zeka Stratejisi" <https://cbddo.gov.tr/Shared-Folder/Server/Genel/File/TR%20UlusalYZStratejisi2021-2025.pdf> (Erişim Tarihi: 27.11.2022).
- TANYA TİWARİ/ TANUJ TİWARİ/ SANJAY TİWARİ, "How Artificial Intelligence, Machine Learning and Deep Learning are Radically Different?" International Journals of Advanced Research in Computer Science and Software Engineering, C. 8, S. 2, 2018.
- NIEVES BRIZ/ ALLISON BENDER, "Key Challenges of Artificial Intelligence: Liability for AI Decisions" <https://www.businessgoing.digital/key-challenges-of-artificial-intelligence-liability-for-ai-decisions/> (Erişim Tarihi: 27.11.2022).
- ERDEM BÜYÜKSAĞIŞ, Hukuk Perspektifinden Yapay Zeka, 1. Baskı, İstanbul 2022.
- CEVDET YAVUZ, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 4, 2008.
- SEFA REİSOĞLU, Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler, 23. Baskı, İstanbul, 2012.
- AHMET M. KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Ankara 2016, s.342.
- AMEDEO SANTOSUOSSO/ CHLARA BOSCARATO/ FLORO ERNESTO CAROLEO/ LYNETTE RENE LABRUTO/ CHRISTOPHE LEROUX, "Robots, Market and Civil Liability: A European Perspective In 2012 September", The 21st IEEE International Symposium on Robot and Human Interactive Communication, 2012.
- EMRE BAYAMLIOĞLU, "Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zeka ve Kişilik Üzerine Bir Deneme", in: Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. 2, İstanbul 2008.

NOTLAR

Lined writing area for page 308.

NOTLAR

Lined writing area for page 309.

NOTLAR

Lined writing area with horizontal lines.

NOTLAR

Lined writing area with horizontal lines.

Native. Integrative. Transformative.



 **mecellem**

Akıllı Hukuki Risk Yönetim Platformu

Özgün. Yenilikçi. Dönüştürücü.



Akıllı Hukuki Risk Yönetim Platformu