

SAYI | ISSUE

10

OCAK | JANUARY 2020

HUKUK BÜLTENİ NEWSLETTER

YAYIN SAHİBİ / OWNER

Egemenoğlu Hukuk Bürosu

Av. Yunus Egemenoğlu - Managing Partner

SORUMLU MÜDÜR / MANAGER IN CHARGE

Dilek Gürsan

EDİTÖR / EDITOR

Dilek Gürsan

YAYIN TÜRÜ / TYPE OF PUBLICATION

Yaygın Süreli / Broad Periodical

egemenoğlu
HUKUK BÜROSU

HUKUK BÜLTENİ NEWSLETTER

Türkçe/İngilizce hazırlanmıştır.
Prepared in Turkish/English.

Yılda bir kez yayımlanır.
Published once year.

DEĞERLİ MÜVEKKİLLERİMİZ VE MESLEKTAŞLARIMIZ,

Geride bıraktığımız sene içerisinde yaşanan hukuki gelişmeler kapsamında hazırlamış olduğumuz hukuk bültenimizin onuncu sayısı ile yeniden karşınızdayız. Bu yılda da farklı sektörlerden yeni müvekkillerimiz ve öncülük ettiğimiz yeni projelerimiz ile yolumuza devam etmekteyiz.

Sene içerisinde sizlerle de paylaştığımız üzere; 2019 yılında yaptığımız başarılı çalışmalar sonucunda IFLR1000 değerlendirme sıralamasında; Sermaye Piyasası: Borç ve Hisse Senedi, Birleşme & Devralma ve Bankacılık Hukuku kategorilerinde “top – tier” seçilmiş bulunmaktayız.

Onuncu sayımızda; Çekin Ticari Hayattaki Yeri ve Güncel Sorunları, Elektronik ve Akıllı Sözleşmelerin Geleceği, Yıllık İzinlerin Elektronik Ortamda Uygulanması ve Fazla Çalışma süreleri gibi özellikle üzerinde çalışmalar yaptığımız Şirketler Hukuku, Özel Hukuk, İş Hukuku ve İcra İflas Hukuku alanlarında sizler için bilgi paylaşımında bulunmak istedik.

2020 Yılı için; Egemenoglu Ailesi, siz değerli müvekkillerimiz & meslektaşlarımız ve Türk Hukuku adına daha iyi bir yıl olmasını temenni ederim.

YUNUS EGEMENOĞLU
Yönetici Ortak



DEAR CLIENTS AND COLLEAGUES,

Once again, we would like to present you with tenth issue of our Newsletter that we have prepared within the scope of legal developments in the past year. This year, we continue our way with our new clients from different sectors and the projects that we lead.

As we have shared with you during the year, IFLR 1000 has ranked Egemenoglu Law Firm as a top tier law firm in the core practice areas such as Capital Markets: Debt, and Equity, Merger & Acquisition and Banking as a result of the successful projects we conducted on during the year 2019.

In our tenth newsletter, we would like to share information about Company Law, Private Law, Labor Law and Execution and Bankruptcy Law such as The Role of the Check in the Commercial Life and Current Issues, The Future of Electronic and Smart Contracts, Practice of Annual Leaves in Electronic Environments and Overtime Work.

I would like to wish the year of 2020 to be a better year on behalf of Egemenoglu Family, our esteemed clients & colleagues and Turkish Law.

YUNUS EGEMENOĞLU
Managing Partner



İÇİNDEKİLER

ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MÜNHASIRLIK KOŞULU BÜŞRA ERSÖZ EFE	6
KEFİLİNİZİ İBRA EDERKEN DİKKAT! BURÇAK KILIÇ /TAHA BEYAZOĞLU	10
İNTERNET ARACILIĞI İLE ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN KURULMASI ÖZGE ALBUSTANOĞLU	16
MİLLETLERARASI UNSURLU SÖZLEŞMELERDE HUKUK SEÇİMİ SELİN SELÇUK	22
ANONİM ŞİRKETLERİN GENEL KURUL TOPLANTILARINDA KARAR VE TOPLANTI NİSAPLARI TOLGA POYRAZ	28
SÖZLEŞME MÜZAKERELERİNİN TANIDIK YÜZÜ: NİYET MEKTUPLARI İREM KOL	34
ÇEKİN TİCARİ HAYATTAKİ YERİ VE GÜNCEL SORUNLAR SERKAN SILACI	40
YILLIK İZİNLERİN ELEKTRONİK ORTAMDA TALEBİ, ONAYLANMASI VE KAYIT ALTINA ALINMASI AYŞE NAZ DUMAN	44
FAZLA MESAI ÜCRETİ ALACAĞINDA İSPAT YÜKÜ KİMDEDİR? AZİZ AYTAÇ	50
MİRASIN HÜKMEN REDDİ DİDEM KELEŞ PINAR	56
İŞ HUKUKUNDA ÇALIŞMA SÜRELERİ VE FAZLA ÇALIŞMA FAZİLET KARABACAKLAR	62
AKTİF İŞGÜCÜ PROGRAMLARI KAPSAMINDA YÜKLENİCİ İŞVERENLERİN, İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIKLARI SORUMLULUĞU SİNEM NUR ÇETİNKAYA	70
AKILLI SÖZLEŞMELERİN GELECEĞİ ÇOŞKUN GENÇ	74
ANONİM ŞİRKETLERDE TUTULMASI VE AÇILIŞ-KAPANIŞ ONAYI YAPTIRILMASI ZORUNLU DEFTERLER MÜCAHİT ÖZDEMİR	82
ANONİM ŞİRKETLERDE PAY SENETLERİ ALPER GÜNERİ	90
TÜRK BORÇLAR KANUNU KAPSAMINDA DÜZENLENEN ÖLÜM TAZMİNATI VE İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞÇİNİN ÖLÜMÜ SEBEBİYLE SONA ERMESİ HALİNDE KIDEM TAZMİNATI TOLGA ERSOY	96
TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ SÜRECİ DİLEK KOÇER AYDIN	102

TABLE OF CONTENTS

6	EXCLUSIVITY CLAUSE FOR THE PRIMARY EMPLOYER SUB-EMPLOYER RELATIONSHIP BÜŞRA ERSÖZ EFE
10	PAY ATTENTION FOR RELEASING YOUR GUARANTOR BURÇAK KILIÇ / TAHA BEYAZOĞLU
16	THE CONCLUSION OF ELECTRONIC CONTRACT VIA INTERNET ÖZGE ALBUSTANOĞLU
22	THE CHOICE OF LAW ON THE CONTRACTS HAVING INTERNATIONAL ELEMENTS IN SELİN SELÇUK
28	QUORUMS IN GENERAL ASSEMBLY MEETINGS OF JOINT STOCK COMPANIES TOLGA POYRAZ
34	A FAMILIAR PRACTICE IN CONTRACT NEGOTIATIONS: LETTER OF INTENT İREM KOL
40	THE ROLE OF THE CHECK IN THE COMMERCIAL LIFE AND CURRENT ISSUES SERKAN SILACI
44	REQUESTS, APPROVALS AND RECORDS ON ANNUAL LEAVES IN ELECTRONIC ENVIRONMENT AYŞE NAZ DUMAN
50	WHO IS THE PARTY WITH THE BURDEN OF PROOF ON THE OVERTIME WAGES? AZİZ AYTAÇ
56	REJECTION OF INHERITANCE BY LAW DİDEM KELEŞ PINAR
62	WORKING TIME AND OVERTIME WORK IN LABOR LAW FAZİLET KARABACAKLAR
70	THE LIABILITY OF THE CONTRACTOR EMPLOYERS FOR WORK ACCIDENTS AND OCCUPATIONAL DISEASES UNDER THE ACTIVE LABOR FORCE PROGRAMS SİNEM NUR ÇETİNKAYA
74	THE FUTURE OF SMART CONTRACTS ÇOŞKUN GENÇ
82	COMMERCIAL BOOKS REQUIRED TO BE KEPT AND TO HAVE THEIR OPENING-CLOSING CERTIFICATIONS IN JOINT STOCK COMPANIES MÜCAHİT ÖZDEMİR
90	SHARE CERTIFICATES IN JOINT STOCK COMPANIES ALPER GÜNERİ
96	THE DEATH COMPENSATION UNDER TURKISH CODE OF OBLIGATIONS THE SEVERANCE PAYMENT IN THE EVENT OF THE TERMINATION OF THE LABOUR CONTRACT DUE TO THE DEATH OF THE EMPLOYEE TOLGA ERSOY
102	COLLECTIVE LABOUR AGREEMENT PROCESS DİLEK KOÇER AYDIN



ASIL İŞVEREN ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE MÜNHASIRLIK KOŞULU

BÜŞRA ERSÖZ EFE
bersoz@egemenoglu.av.tr

Çalışma hayatında üretim çeşitliliğinin, esneklik doğurucu etkenlerin de artması ve bu üretimin işletmeler tarafından kaliteli ve en az maliyet yaratacak şekilde yapılabilme çabası ile birlikte işletmelerin, yatırım yaptığı, istihdam yarattığı iş alanları dışında kalan işlerin bu konuda uzmanlaşmış başka işverenlere verilmesi sonucunu doğurmuş ve alt işveren olarak adlandırılan kavram ortaya çıkmıştır.¹

Alt işveren ilişkisi; 4857 Sayılı İş Kanunu ve buna bağlı olarak çıkarılan 27/09/2008 tarihli Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar olarak tanımlanmıştır.

MÜNHASIRLIK KOŞULU NEDİR?

Alt işveren işçilerinin asıl işverenden alınan işte çalıştırılmalarının üç yönü bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, asıl işverenden alınan işin herhangi bir iş olmaması, esas işin bir bölümü veya yardımcı iş olması; ikincisi, alt işveren işçilerinin münhasıran asıl işverenden alınan işte çalışması; üçüncüsü de, işin belli veya belirlenebilir olmasıdır.²

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 2. Maddesinin 6. Fıkrasında alt işveren tanımı yapılırken "...bu iş için görevlendirdiği işçilerini, sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran" ifadesi kullanılmıştır. Bu ifade iki hususu kapsamaktadır:

Birincisi alt işveren, işçisini sadece bu işverenden aldığı işte çalıştırmalı ve işçiyi farklı işyerlerinde görevlendirmemelidir³. İşçinin münhasıran o işte görevlendirilmesi zorunluluğu ikinci olarak, alt işveren işçisinin sadece asıl işverenden alınan işte çalıştırılması ve asıl işverenin diğer işlerinde çalıştırılmamasını ifade eder.⁴

Asıl işverenin işyerinde çalışan alt işveren işçileri aynı zamanda başka işverenlere ait işyerlerinde çalışıyorsa alt işverenlik ilişkisinden söz edilemeyecektir. Zira 4857 Sayılı İş Kanunu'nda alt işveren, bir işverenden belirli bir işin bir bölümünde veya eklentilerinde iş alan ve işçilerini münhasıran o işyerinde ve eklentilerinde çalıştıran kimse olarak tanımlanmıştır. Bu kapsamda alt işveren işçilerini münhasıran asıl işverenden aldığı işte çalıştırmıyor ise İş Kanunu uyarınca bir asıl işveren alt işveren ilişkisi oluşmamaktadır. Ayrıca alt işverenlerin, üstlendikleri işin asıl işverene ait işlerin belirli bir bölümünü oluşturması ve bunun, asıl işverene ait işyerinde yapılıyor olması gereklidir. Asıl işin belirli bir bölümünü oluşturmayan işlerin üstlenilmesinde veya asıl işin belirli bir bölümü olmakla beraber asıl işverene ait işyeri sınırları dışında yapılıyorsa alt işverenden söz edilemez.⁵

Münhasırlık koşulu sadece 4857 Sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmemiş, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 12. Maddesinin 6. Fıkrasında da; "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölüm veya eklentilerinde, iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü kişiye alt işveren denir" şeklinde ifade edilmiştir. Bu Kanun'da yer alan "bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran" ifadesi münhasırlık koşuluna işaret etmektedir. Görüleceği

EXCLUSIVITY CLAUSE FOR THE PRIMARY EMPLOYER SUB-EMPLOYER RELATIONSHIP

The increase in the diversity of production and flexibility factors in the business life and the effort of this production to be made by the business in a way that creates quality and least cost are caused to give business which are not in the scope of its core business, to invest and create employment to other employers specialized in this field and the concept of called sub-employers has emerged.¹

Sub-employer relationship; pursuant to the Labour Law numbered 4857 and correspondingly entered in force the Sub-Employer Regulation dated 27/09/2008, is defined as the real or legal entity, or the institutions and organizations who undertakes to carry out work in auxiliary tasks related to the production of goods and services or in a certain section of the main activity or for reasons of technological expertise in the establishment of the primary employer and who engages employees recruited for this purpose exclusively in the establishment of the primary employer is called.

WHAT DOES EXCLUSIVITY CLAUSE MEANS?

There are three conditions to the employment of sub-employer's employees from the primary employer. The first of these is that the work undertaken to carry out from the primary employer should not be ordinary, it should be a part of the main work or auxiliary work; the second is that the sub-employer's employees engage exclusively in the work called from the primary employer; and the third is that the work is specific or identifiable.² In the definition of sub-employer in Paragraph 6 of Article 2 of the Labour Law numbered 4857, the expression "...employees who work for this job, only in the workplace that employs and in the work

he/she called" is used. This statement covers two points:

First, the sub-employer should only employ the employees in the work that he/she called from this employer and not engage the employee in different workplaces.³ Secondly, the obligation to engage the employee exclusively to that work means that the sub-employer's employee is employed only in the work that called from the primary employer and not the other works.⁴

If the sub-employer's employee's works in workplace of primary employer are also employed in the workplaces of other employers, the sub-employer relationship shall not be mentioned. In fact, in the Labour Law numbered 4857, the sub-employer is defined as the person who takes a part or attachments of a certain work from an employer and employs own employees exclusively in that workplace and its attachments. In this context, if the sub-employer does not employ the employees exclusively in work called from the primary employer, a primary employer and sub-employer relationship does not occur under the Labour Law. Also, the work undertaken by the sub-employers should compose a specific part of the works of the primary employer, and this must be done in the workplace of the primary employer. It shouldn't be mentioned of the sub employment, if in undertaking works that do not constitute a specific part of the main work or if it is performed outside of the workplace of the primary employer although it is a certain part of the main work.⁵

The exclusivity clause is not only regulated in the Labour Law numbered 4857, but also in Article 12 Paragraph 6 of the Social Security and General Health Insurance Law

üzere 4857 Sayılı İş Kanunu’nu ile 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nda yer alan asıl işveren alt işveren ilişkisi tanımları birbiri ile paraleldir.

Alt işverenlik ilişkisinde alt işveren, araç-gereç ve ekipmanını asıl işverenden aldığı işe tahsis etmeli ve münhasıran bu işte çalıştırdığı personelinin de başka işlerde istihdam etmemelidir.

Bu kapsamda alt işveren işçilerini başka işyerlerinde saatlik veya günlük olarak görevlendirmesi durumunda bu işçiler yönünden asıl işveren- alt işveren ilişkisinin kurulmadığı sonucuna çok rahatlıkla ulaşılabilecektir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki alt işveren işçilerinin bir kısmının asıl işverenin işinde çalıştırılmış olması asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmasına engel teşkil etmemektedir.

Esasen bir işçinin aynı taşeronla bağlı olmak kaydıyla değişik asıl işverenler nezdinde birbiri ardına çalışmış olması halinde, birden fazla asıl işveren alt işveren ilişkisi vardır. Önceki asıl işverenin kıdem tazminatından 1475 Sayılı Yasa’nın 14/2. Maddesi uyarınca kendi dönemi ile sınırlı olarak sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmelidir.⁶

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin yasaya uygun biçimde kurulmasının ardından alt işverenin asıl işverenden aldığı işte çalışmaya başlayan işçinin bir süre alt işverenin başkaca işyerlerinde de çalışmaya başlaması halinde sadece bu işçiye bağlı olarak asıl işveren alt işveren ilişkisi son bulmayacaktır. Asıl işverenden alınan işte münhasıran çalışması olmayan işçi, asıl işveren alt işveren ilişkisi dışında değerlendirilecektir. Ancak alt işveren işçilerinin tamamının asıl işverenden alınan işler dışında, alt işverenin başka işyerlerinde çalışmaya başlaması halinde, asıl işveren alt işveren ilişkisi de sona erecektir. Zira asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığından söz edebilmek için alt işverenin işçilerinin bulunması ve bunların en az birinin asıl işverenden alınan işte münhasıran çalışması gerekir.⁷

Yine alt işveren işçilerinin bir kısmının asıl işverenden alınan işlerde çalışmalarının yanı sıra asıl işverenin diğer işlerinde de çalıştırılmaları halinde, bu işçiler yönünden asıl işveren alt işveren ilişkisinden söz edilemeyecektir.⁸

Yargıtay bir kararında temizlik işinin verildiği alt işveren işçisinin asıl işveren tarafından hizmet içi eğitime de tabi tutularak asıl işverenin asli ve sürekli işlerinde çalıştırılmış olması halinde bu işçinin asıl işverenin gerçek işçisi olduğu ve bu işverene ait işyerine iadesinin gerektiği sonucuna varmıştır⁹. Farklı bir kararda ise alt işveren işçilerinin asıl işverenin işçileri ile birlikte üretim işinde yan yana çalışmaları halinde ortada muvazaalı bir durumun olduğu ve gerçek işverenin sorumlu tutulması gerektiği açıklanmıştır.¹⁰

Sonuç olarak; kanun koyucunun görevlendirilen aynı işçinin çalışmasındaki süreklilikte asıl amacı ilgili işçiden asıl işverenin de müteselsilen sorumlu olmasıdır. Bu kapsamda hukuka uygun asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulabilmesi için alt işveren işçisi sadece asıl işverenden alınan işte çalıştırılmalı ve işçinin belli dönemlerde başka işyerlerinde görevlendirilmemeli, işçiler münhasıran asıl işverenden alınan işte görevlendirmelidir.

¹ Çankaya/Cil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2011, 3. Baskı, s.16.

² İzmir Barosu Dergisi, S.36, Ocak 2016.

³ Çankaya/Cil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2011, 3. Baskı, s.30.

⁴ Çankaya/Cil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2011, 3. Baskı, s.31.

⁵ Canbolat, s. 17.

⁶ Çankaya/Cil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2011, 3. Baskı, s.31.

⁷ Çankaya/Cil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2011, 3. Baskı, s.31.

⁸ Çankaya/Cil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2011, 3. Baskı, s.31.

⁹ Yargıtay 9. HD. 9.11.2005 T. 2005/30958 E, 2005/35533 K.

¹⁰ Yargıtay 9. HD. 17.1.2006 T. 2005/37074 E, 2005/348 K.

numbered 5510 it is stated that “*Third person who takes a work from an employer in a work about production of good and services or parts or attachments of work and who employs the insured person charged for this work who is called sub-employer.*” The expression “employs the insured person charged for this work” in this Law refers to the clause of exclusivity. As it may be seen that the definitions of the sub-employer and primary employer relationship mentioned in the Labour Law numbered 4857 and the Social Security and General Health Insurance Law numbered 5510 are parallel to each other.

In the sub-employer relationship, the sub-employer should allocate the tools and equipment to the work taken from the primary employer and should not employ his/her staff exclusively in other works.

In this context, if the sub-employer engages employees in other workplaces on an hourly or daily basis, it shall be easily said that the primary employer and sub-employer relationship is not occurred for these employees. However, it should be accentuated that the fact that some of the sub-employer’s employees have been employed in the work of the primary employer does not pose an obstacle to the establishment of the primary employer and sub-employer relationship.

In fact, if an employee has worked consecutively with different primary employers, on condition that subject to the same sub-employer, there are more than one primary employer and sub-employer relationships. It must be accepted that the former primary employer is held responsible for severance pay limited to own term according to the Article 14/2 of the Law numbered 1475.⁶

Following the establishment of the primary employer and sub-employer relationship in accordance with the law, if an employee who starts to work in primary employer’s workplace and the sub-employer takes from the primary employer and works for a time in other workplaces of sub-employer, the primary employer and sub-employer relationship shall not be terminated because of solely this employee. The employee who does not work exclusively in the work called from the primary employer shall be

considered that it is outside of the primary employer sub-employer relationship. However, if all of the sub-employer’s employees start to work in other workplaces other than called from the primary employer and in other workplaces of the sub-employer, the primary employer and sub-employer relationship shall be terminated. In order to be able to mention about the existence of the primary employer- sub-employer relationship, the employees of the sub-employer must be and at least one of them must work exclusively in the work taken from the primary employer.⁷

In addition, if some of the sub-employer’s employees are employed in the work called from the primary employer as well as the other works of the primary employer, the primary employer and the sub-employer relationship shall not be mentioned for these employees.⁸

In a decision of the Court of Appeals, it was concluded that if the sub-employer’s employee, in whom the cleaning job is given, is subjected to essential and permanent works with an in-service training by the primary employer, this employee shall be the real employee of the primary employer and that he/she must be returned to the workplace of that employer.⁹ Also in a different decision, it is explained that if the sub-employer’s employees work side by side with the employees of the primary employer in the manufacturing, there is a pretended situation and the real employer should be held responsible.¹⁰

As a result, the main purpose of the legislator in the continuity of the work of the same employee charged is that the primary employer shall be conjointly responsible for the relevant employee. In this context, in order to establish a lawful primary employer and sub-employer relationship, the sub-employer’s employee should only be employed in the work called from the primary employer and the employee should not be employed in other workplaces at particular periods, and the employees should only undertake the work called from the primary employer.

¹ Çankaya/Cil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2011, 3th Edition, p.16.

² İzmir Barosu Dergisi, p.36, Ocak 2016.

³ Çankaya/Cil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2011, 3th Edition, p.30.

⁴ Çankaya/Cil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2011, 3th Edition, p.31.

⁵ Canbolat, p. 17.

⁶ Çankaya/Cil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2011, 3th Edition, p.31.

⁷ Çankaya/Cil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2011, 3th Edition, p.31.

⁸ Çankaya/Cil: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2011, 3th Edition, p.31.

⁹ Court of Appeals 9th CC. 9.11.2005 D. 2005/30958 P. 2005/35533 D.

¹⁰ Court of Appeals 9th CC. 17.1.2006 D. 2005/37074 P. 2005/348 D.

KEFİLİNİZİ İBRA EDERKEN DİKKAT!



BURÇAK KILIÇ / TAHA BEYAZOĞLU
bkilic@egemenoglu.av.tr / tbeyazoglu@egemenoglu.av.tr

Kefalet ilişkisi, gerek sosyal gerek ticari hayatta birçok alanda sıklıkla kullanılmaktadır. Kefalet ilişkilerinde, kefiller haklarını ve borçlarını bilmeden hareket etmeleri nedeniyle kimi zaman büyük borçları ödemek durumunda kalırken, kimi zaman da sorumluluktan kurtulmasına rağmen ödeme yapacağını zannetmektedirler. Bu çalışmamızda, öncelikle kefaletle ilişkin genel bilgiler verildikten sonra Borçlar Kanunu'nun 587. Maddesinin 3. Fıkrasında düzenlenen birlikte kefalet halinde kefilin sorumluluktan kurtulabileceği halleri anlatacağız.

KEFALET SÖZLEŞMESİ NEDİR?

Kefalet sözleşmesi, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğü giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun ("TBK") 581. vd. maddelerinde düzenlenmiştir. TBK m. 581'de yer verilen tanıma göre kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.

Kefalet sözleşmesinin tarafları, kefil ile alacaklıdır. Kefalet sözleşmesinin akdedilmesiyle; kefil, kefil olduğu asıl borçtan farklı, yeni bir borç altına girmektedir. Kefalet sözleşmesi ile teminat altına alınabilecek borç ilişkilerine getirilmiş yasal bir kısıtlama bulunmamaktadır. Asıl borcun konusu para ödeme, iş görme ya da yapmama gibi hangi borç olursa olsun; kefil, asıl borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumluluk üstlenmiş olup her hâlükârda belirli bir meblağ para ödeme borcu altına girmektedir.

KEFALET SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

Kefalet sözleşmesi kefil olacak kişi ile alacaklının, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulacak olup bu sözleşmenin geçerliliği birtakım koşulların varlığına bağlıdır. Bu koşullar; mevcut ve geçerli bir borcun bulunması, kefalet sözleşmesinin şekil şartlarına uyulması, eşin rızasının alınması şeklinde sıralanabilir.

TBK'nın 582. Maddesinde kefalet sözleşmesinin mevcut ve geçerli bir borç için yapılabileceği açıkça belirtilmiştir. Bu maddeye istinaden, asıl borç hukuka, ahlaka, adaba aykırı ise ya da başlangıçtaki imkansızlık, şekle aykırılık, ehliyetsizlik, muvazaa gibi nedenlerle kesin hükümsüz ise, kefalet sözleşmesi de geçersiz olacaktır. Öyle ki, geçersiz bir sözleşmeye dayanarak kefalet sözleşmesi kurulmuş ve daha sonra asıl sözleşme geçerli olarak yeniden yapılmışsa dahi, kefalet sözleşmesi kendiliğinden geçerli hâle gelmeyecektir; kefalet sözleşmesinin tekrar yapılması gerekecektir. Bu durum, hukukumuzda "kefalet sözleşmesinin fer'iliği ilkesi" olarak adlandırılmaktadır.

TBK'nın 583. maddesi uyarınca kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Bu kapsamda yazılı olarak yapılmayan bir kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğu, olası bir davada öne sürülebilecektir.

Ayrıca kefilin hangi miktarda kişisel güvence verdiğinin, bu işlemi hangi şartlarda gerçekleştirdiğinin farkında olması ve yaptığı bu işlemle herhangi bir şekilde aldatılmaması için, kefalet beyanındaki bazı hususların

PAY ATTENTION FOR RELEASING YOUR GUARANTOR

Surety relationship is frequently used in many areas of social and business life. In surety relationships, due to the action without knowing their rights and debts, the guarantors sometimes have to pay high debts and sometimes think that they will pay even though they are discharged from responsibility. In this study, primarily general description about surety is given and then the cases which the guarantor can discharge of the responsibility in the case of guarantees which is regulated in Paragraph 3 of Article 587 of the Code of Obligations.

WHAT IS THE SURETY AGREEMENT?

to the Article 581 of the Turkish Code of Obligations numbered 6098 ("TCO") which has entered into force on 01.07.2012 defines the surety agreement as "the agreement where the surety undertakes to be personally liable towards the creditor in case the debtor fails to fulfil his obligations."

The parties to the surety agreement are the guarantor and creditor. With the execution of the surety agreement; the guarantor incurs new debt, different from the original debt that he/she is guarantor. There is any legal restriction about the debt relationships that can be secured by the surety agreement. Regardless of the subject of the main debt, such as paying money, doing business or not doing; the guarantor is personally liable for the consequences of the failure of the principal debtor to fulfil his/her debt and in any case incur a debt to pay certain amount of money.

THE VALIDITY TERMS OF THE SURETY AGREEMENT

The surety agreement requires the existence of the mutual and consentaneous declaration of intention of the guarantor and the creditor, and the surety agreement is deemed valid in case of the presence of certain conditions. These conditions are stated as; the existence of a valid and present debt, the compliance with the requirements as to form of the surety agreement, receiving the approval of the spouse.

The Article 582 of the TCO clearly stipulates that the surety agreement requires the existence of a valid and present debt. Referring to this article, if the primary obligation is arising from the illegality, immorality, nonadherence, or the nullity such as initial impossibility, informality, inability, simulation, then the surety agreement will be deemed to be invalid. That is, even if a surety agreement is executed on the basis of an invalid contract and then the primary contract is re-validated, the surety agreement will not automatically become valid; the surety agreement shall re-executed. This is entitled as "the principle of accessory of surety agreement" in our law.

Pursuant to the Article 583 of TCO, the surety agreement isn't valid unless is the surety makes in writing form and indicates the maximum amount and the date of the surety which the guarantor is liable. In this context, the surety agreement without making in writing form is invalid, and may argued in a potential case.

bizzat kefilin el yazısı ile yazılması zorunluluğu bulunmaktadır. Bu doğrultuda kefilin; sorumlu olduğu azamî miktarı (hangi miktara kadar kefalet verdiğini bedel olarak), kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda bu sıfatla yükümlülük altına girdiğini, kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.

TBK'nın 584. maddesi ise kefilin, kefalet ile yükleneceği yükümlülükler sebebiyle yalnızca kendisinin değil; ailesinin de ekonomik yönden sıkıntıya düşebileceği ve hatta bu durumun aile birliğini etkileyebileceği düşüncesiyle, evli olan kişiler için, kefalet sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için bir şart daha getirmiştir. Buna göre eşlerden birinin, bir borca geçerli bir şekilde kefil olabilmesi için, diğer eşin yazılı rızasının bulunması şarttır. Eşler arasında mahkemece verilmiş bir aylık kararı veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı bulunması ise bu şartın istisnalarını oluşturmaktadır.

KEFALET TÜRLERİ

TBK'nın 585, 586, 587 ve 588. maddelerinde kefalet sözleşmesinin türleri; Adî Kefalet, Müteselsil Kefalet, Birlikte Kefalet, Kefile Kefil, Rücua Kefil olarak sıralanmıştır.

Adî kefalette alacaklı, borçluya başvurmazdı kefilin takip edemez. Başka deyişle, alacaklı tarafından borcun ödenmesi için ilk olarak asıl borçlu takip ediliş bu takip karşılıksız kalmazdı kefilin, alacaklının adı kefile yönelmesi mümkün değildir. Bu kefalet türü, TBK'da ana kefalet türü olarak düzenlenmiş olup, müteselsil kefalet olarak açıkça belirtilmeyen her kefalet, bir adî kefalettir. Müteselsil kefalette ise kefil, müteselsil kefil sıfatıyla (veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle) yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden kefilin takip edebilir. Kefile Kefil ise alacaklıya karşı, daha önce kefil olmuş ya da olacak kimselerin borcunun üstlenilmesi hâlinde ortaya çıkan kefalet türüdür. Adî ya da müteselsil şekilde kefile kefalet ilişkisi kurulması mümkündür.

Birlikte kefalet; birden fazla kişinin, her biri kendi payı için adî kefil gibi, diğerlerinin payı için kefile kefil gibi sorumlu olmak üzere aynı borca birlikte kefil olmaları

halinde ortaya çıkan kefalet türüdür. Başka bir deyişle, geniş anlamda birlikte kefalet, ister birden haberdar olsun veya olmasın, ister borcun tamamı ister bir kısmı için teminat sağlamış olsun, aynı borç için birden fazla kişinin kefil olması hali olarak ifade edilebilir.

Çalışmamızın bu kısmına dek kefalet sözleşmesi hakkında birtakım genel bilgiler verilmiş olup, devamında, uygulamada sıkça başvurulmuş kefalet türlerinden biri olan "Birlikte Kefalet" irdelenecektir. Zira birlikte kefalet, gerek alacaklıya daha büyük bir güvence sağlaması, gerek birlikte kefalet sorumluluğunu üstlenen kefillerin, borcun kısmen de olsa diğer kefiller tarafından ödeneceği düşüncesi ile hareket etmeleri sebebiyle uygulamada en çok tercih edilen kefalet türüdür. Bu kefalet türü "Gerçek Birlikte Kefalet" ve "Gerçek Olmayan Birlikte Kefalet" şeklinde ikili bir ayrımla uygulama bulmaktadır. Birden fazla kişinin birlikte kefil olma iradesine sahip olarak aynı borca kefil olması hâlinde, "Gerçek Birlikte Kefalet"ten söz edilebilecektir. Bu kefalet türünün aksine, birlikte kefil olma iradesi bulunmaksızın, aynı borca birden fazla kişinin birbirinden habersiz olarak kefil olmaları hâlinde ise "Gerçek Olmayan Birlikte Kefalet" ortaya çıkacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 587. Maddesinin 3. Fıkrasında kefilin kefalet borcundan kurtulabileceği haller sayılmıştır. Madde gerekçesinde de "Alacaklı, kefilin aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu varsayım sonradan gerçekleşmezse veya kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması ya da kefaletinin hükümsüz olduğuna karar verilirse, kefil kefalet borcundan kurtulacaktır." denilmiştir. Kefil, kefalet ilişkisinin kurulma nedeni ile fıkrada sayılan hallerden birinin gerçekleşmesi halinde borcundan kurtulacaktır. Kefil, kefalet sorumluluğu altına girerken, aynı borç için başkalarının da kefil olacağını bilerek ve buna güvenerek hareket etmiş olabilir. Bu durumda, borç ödenmediği takdirde sorumluluğun paylaşılacağını, müteselsil kefalet ilişkisinde alacaklı yalnızca bir veya birkaç kefilin sonuna kadar takip etse dahi, borcun tamamını ödemek zorunda kalan kefilin rücu edebileceği diğer teminatların yanında, kendine

In addition, for the avoidance of the consciousness in which amount and conditions that he/she guarantees and the avoidance of the deceived of the surety; some element of the declaration of surety shall draft in handwriting. Accordingly, the guarantor shall draft in handwriting the maximum amount for which he is liable (up to which amount), the date of surety and if so, he/she is liable for the obligation as a joint surety.

Article 584 of TCO sets condition for married persons for establishing a surety agreement in a valid manner with the idea that the guarantor will not only have economic difficulties but also his or her family due to the obligations imposed on guarantor, and this situation may affect the family unity. Accordingly, in order to stand surety in a valid manner, the written consent of the spouse shall be given in advance. The exception to this requirement is a split or separation order issued by a court.

TYPES OF SURETY AGREEMENT

The types of surety agreement are determined in the Article 585, 586, 587 and 588 of TCO; Simple Surety, Joint and Several Surety, Co-surety, Collateral Surety, Counter Surety.

In the simple surety, the creditor cannot resort to debt recovery before suing the principle debtor. In other words, it is not possible for the creditor to sue the guarantor unless the principle debtor is suing for the payment of the debt by the creditor and this suit remains gratuitous. This type of surety is regulated as the main type of surety in the TCO, and in any surety which is not explicitly stated as joint surety is an ordinary surety is a simple surety. In the joint and several surety, if the guarantor assumes responsibility for an obligation as a joint and several guarantor (or any other meaning), the creditor may resort to the guarantor without suing the principal debtor. The collateral surety is also the type of surety that arises when the debts of the people who have been or will be guarantor before are assumed. It is possible to establish a collateral surety relationship in ordinary or jointly.

The Co-surety is the type of surety that occurs where

more than one person is the guarantor of the same debt, each of them is liable as guarantor for their own share, such as the principal guarantor and the other guarantor for the share. In other words, in broad terms, the surety can be defined as the condition that more than one person is the guarantor of the same debt, whether or not someone is aware of it or whether it provides collateral for the whole or part of the debt.

Until this part of our study, some general information has been given about the surety agreement and in the following "Co-surety", which is one of the most frequently used types of surety, will be examined. Co-surety is the most preferred type of surety because of fact that it provides a greater assurance to the creditor and the guarantors who assume the responsibility of Co-surety act with the idea that the debt will be paid by the other guarantors. This type of surety finds a double distinction between "Real Co-surety and Unreal Co-surety". In the event that more than one person are the guarantor of the same conditions with the intention to be the guarantor together, "Real Co-surety" can be mentioned. Unlike this type of surety, "Unreal Co-surety" will arise if more than one person is independently agreed to stand the surety for the same obligations without the intention to be guarantor together.

The Paragraph 3 of the Article 587 of the Turkish Code of Obligations stipulates the circumstances which the guarantor can discharge the surety. In the Article justification it is stipulated that "if the creditor knows or needs to know that the guarantor assumes or have to assume that other persons are or will be the guarantor for the same receivable, the guarantor will be discharged if the assumption is not subsequently realized or if one of the guarantors is bailed out by the creditor or the surety is void." The guarantor shall be relieved of its debt if one of the conditions mentioned in the paragraph occurs due to the establishment of the surety relationship. The guarantor may have acted with the knowledge and trust that others would be the guarantor for the same debt. In this case, the guarantor may have been entered in to surety relationship with the idea that the responsibility will be shared if the debt is not paid, that the risk will be

düşen payı ödemeyen kefillere de rücu edebileceği ve riskin paylaşılaacağı düşüncesiyle kefalet yükümlülüğü altına girilmiş olabilir. Buna göre, kefillerden bir ya da bir kaç, başka kişilerin de kefil olacağını öngörerek kefil olmuş ve bu durum alacaklı tarafından da biliniyor veya bilinmesi gerekiyorsa, ancak sonuçta başka kişiler kefil olmamışsa, ya da kefillerden biri alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılmışsa yahut, kefaletinin geçersiz olduğuna karar verilmişse artık kefil borcundan kurtulacaktır.

TBK587/f.3. fıkrası sadece kefalet açısından uygulanması söz konusu olabilecek bir hüküm olup, kefaletten başka kurumlarda, örneğin birden fazla kişinin yapmış olduğu garanti sözleşmesinde, borca katılmada, müteselsil borçlulukta, birlikte borç üstlenilmesinde ya da toplu rehinde uygulanamaz.

Kefilin TBK587/f.3'e dayanarak sorumluluktan kurtulduğu itirazını ileri sürebilmesi için kendisi ile birlikte başkalarının da aynı borca kefil olduğuna veya olacağına dair alacaklı tarafından bilinebilir nitelikteki varsayımının boşa çıkması gerekmektedir. Bu noktada varsayımın boşa çıkması; varsayım konu olan kişinin kefil olmaması, varsayım konu kefilin alacaklı tarafından sorumluluktan kurtarılması veya varsayım konu edilen kefilin kefaletinin geçersiz olması şeklinde karşımıza çıkabilir. Varsayım boşa çıkan kefil, yani varsayım konu ettiği kişi ya da kişilerin kefil olmaması durumunda kefil sorumluluktan kurtulabilir. Örneğin, öngörülen dört kişiden sadece üçünün kefil olması ve bir kişinin kefil olmaması durumunda, bu bir kişinin kefalet taahhüdünde bulunmaması durumunda, sorumluluk altına girerken bu taahhütte bulunmayan kişinin de kefil olacağı varsayımına sahip olan kefil sorumluluktan kurtulur. Kefil yanlışlıkla daha küçük bir tutarla sorumluluk altına girmişse ya da zamansal açıdan varsayılandan daha dar bir sorumluluk üstlenmişse, bu durumda onu varsayan kefil ya da kefillerin sorumluluğu da buna uygun olarak azalacaktır.

Alacaklı kefillerden bir tanesini, diğer kefillerin onayı olmaksızın borcundan kurtarırsa, bu durumda borcundan kurtulan o kefli göz önünde bulundurarak sorumluluk altına giren her bir kefil, adi ya da müteselsil

birlikte kefil olması herhangi bir fark yaratmaksızın, TBK587/f.3 uyarınca sorumluluktan kurtulur.

Kefillerden bir tanesinin kefalet taahhüdünün geçersiz olması hâlinde, kefalet sözleşmesi geçersiz olanı, kefil olurken varsayımına konu eden kefil sorumluluktan TBK. m. 587/f. 3 uyarınca kurtulacaktır. Kefilin kefaletinin geçersizliği sadece o kefil tarafından değil, aynı zamanda bunda menfaati olan herkes tarafından ileri sürülebilir.

Sonuç olarak, kefil TBK587/f.3 gereğince kendisinin nitelikli varsayımının boşa çıkması hâlinde sorumluluktan kendiliğinden kurtulur. TBK 587/f.3'te belirtilen şartların gerçekleşmesi hâlinde ortaya çıkan hukuki sonuç, varsayımı boşa çıkan kişinin sorumlu olduğu miktarın indirilmesi veya ona tazminat ödenmesi değildir. Üçüncü fıkarda belirtilen şartlar gerçekleştikten sonra, kefilin varsayımı gerçekleşmemişse ve alacaklının kefiliden talepte bulunması hâlinde; kefil TBK 587/f.3 gereğince sorumluluğunun sona erdiği itirazını alacaklıya karşı ileri sürebilecektir. Bu fıkra uyarınca, kefilin sorumluluktan kurtulması, sorumluluktan kurtulan kefilin varsayımına konu ederek kefil olan diğer kefillerin de sorumluluktan kurtulmalarına neden olabilir. Ayrıca kefil, varsayımının alacaklı tarafından bilinebilir olduğunu ve bu varsayımın gerçekleşmediğini ispatlamakla yükümlüdür. Kefil, varsayımın gerçekleşmediği ya da birlikte kefillerden bir tanesinin kefaletinin geçersiz olduğu zamandan başlayarak kefalet borcunun muaccel olduğu zamana kadar sorumluluktan kurtulabilir. Kefalet borcu muaccel olmadan önce, alacaklı tarafından kefillerden biri borcundan kurtarılsa, bunu varsayımına konu eden kefiller açısından da bu madde hükmü uygulanabilecektir. Ancak borcun muaccel olmasından sonraki durum tartışmalıdır. TBK. m. 587/f. 3'e dayanan kefile alacaklı, sözleşmenin kefilin kastettiği şekilde kurulmasına razı olduğunu bildirmesi hâlinde dahi, kefil sorumluluktan tamamen kurtulur. Kısacası, kefillerden bir tanesinin borcundan kurtulması hâlinde, bu kefli göz önünde bulundurarak sorumluluk altına giren diğer kefiller de sorumluluktan kurtulacaktır.

shared and the creditor, who have to pay all debt, will revoke to the guarantors who do not pay the own part and the other guarantees even if the creditor follows only one or several guarantors in the joint surety relationship. Accordingly, the guarantor will be released if one or more of the guarantors have been vouched for the assumption that other persons will also be guarantors and this is known or should be known by the creditor, but ultimately other persons have not been guarantors, or if one of the guarantors has been bailed out by the creditor or the surety is invalid.

Paragraph 3 of Article 587 of TCO is an article which can only be enforced for surety and cannot be enforced in other institutions such as guarantee agreement, participation in debt, joint liability, joint debt or collective pledge.

In order to assert the objection that the guarantor to be relieved of liability according to the Paragraph 3 of Article 587 of TCO, the creditor's assumption that he/she and others will be the guarantor of the same debt shall be failed. At this point, the situation that the assumption is failed; the person subject to the assumption is not a guarantor, the surety subject to the assumption is recovered from the liability by the creditor or the surety of the guarantor subject to the assumption is invalid can show up. The guarantor, whose assumption is failed, that is, the guarantor may be relieved of liability if the person or persons to whom it is assumed is not a guarantor. For example, if only three of the proposed four persons are guarantors and one is not a guarantor, in the event that a person does not commit to surety, the guarantor who has the assumption that the person who does not make this commitment will be liable, will be relieved of the liability. If the guarantor has inadvertently assumed liability for a smaller amount or has taken a narrower liability than the time assumed, then the liability of the guarantor or guarantors assuming will be reduced accordingly.

If the creditor discharges one of the guarantors from their debts without the consent of the other guarantors, in that case, each guarantor, without any difference simple or joint, who takes responsibility

under consideration of that guarantor who stands surety, , will be discharged from liability in accordance with Paragraph 3 of Article 587 of TCO.

In the event that one of the guarantor's commitment is invalid, the guarantor, which is the subject of the invalid surety contract, shall be released from the liability due to the Paragraph 3 of Article 587 of TCO. The invalidity of the surety can be asserted not only by that guarantor, but also by anyone who has an interest in it.

As a result, the guarantor is automatically relieved of the liability in case his qualitative assumption is wasted in accordance with the Paragraph 3 of Article 587 of TCO. The legal consequence that arises when the conditions set out in TCO 587/3 are not the reduction of the amount of the person responsible about assumption or payment of compensation to him/her. After the conditions due to the Paragraph 3 are realized, if the guarantor's assumption has not been fulfilled and the creditor makes a request from the guarantor; the guarantor will be able to raise an objection to the creditor according to the 587/3 of TCO. Pursuant to this paragraph, the guarantor's disqualification may be subject to the assumption of the guarantor, which may lead to the exclusion of other guarantors. In addition, the guarantor is obliged to prove that the assumption is known to the creditor and that this assumption is not realized. The guarantor may be free of liability from the time that the assumption does not materialize or the surety of one of the guarantors is invalid, until the surety is due. If one of the guarantors is rescued from the debt by the creditor before the surety is due, the provision of this article may also be applied to the guarantors subject to the assumption. However, the situation after the debt is debatable. In the case of guarantor based on the surety according to the Paragraph 3 of Article 587 of TCO, the guarantor shall be relieved of the liability even if he/she declares that he/she is willing to establish the contract as intended. In short, in case one of the guarantors discharged, the other guarantors who take liability by considering this guarantor will be released from the liability.



İNTERNET ARACILIĞI İLE ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN KURULMASI

ÖZGE ALBUSTANOĞLU
oalbustanoglu@egemenoglu.av.tr

ELEKTRONİK TİCARET (E-TİCARET) VE ELEKTRONİK SÖZLEŞME KAVRAMLARI

Türk Borçlar Kanunu ("TBK") ya da Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da ("ETDHK") elektronik ticaret ya da elektronik sözleşmenin tanımları yapılmamıştır. Ancak, ETDHK'nin amaç ve kapsamını belirleyen 1. maddesi ile elektronik ileti tanımına ilişkin 2. maddesinden hareketle, elektronik ticareti, mal veya hizmetlerin elektronik ortamda, üretimi, pazarlanması, satımı ve dağıtımına yönelik gerçekleştirilen ticari işlemlerin bütünü olarak; elektronik sözleşmeyi ise bu araçlarla yapılan sözleşmeler olarak tanımlamak mümkündür.

Görüleceği üzere, elektronik sözleşme kavramı, sözleşmenin içeriği ile değil; kuruluş yöntemiyle ilgilidir. Bu nedenle, sırf bu özelliği nedeniyle ayrı ve kendine özgü bir sözleşme kategorisi yaratılarak bu sözleşmelere uygulanacak özel kurallar oluşturulmasına ihtiyaç bulunmadığından, Borçlar Hukuku'nda yer alan, sözleşmelerin kuruluşuna, geçerliliğine ve ifasına ilişkin hükümler niteliğine uygun düştüğü ölçüde elektronik sözleşmelere de uygulanabilecektir.

Burada geçen **elektronik ortam** kavramı, telex, faks, elektronik posta gibi tüm elektronik iletişim araçlarını kapsayacak kadar geniş bir kavramdır. Ancak elektronik ticaret kavramı, esasen internet üzerinde yapılan ticari işlemleri ifade etmek üzere kullanılmaktadır.

II.ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERİN KURULMASI

A.Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşuna İlişkin Beyanlar (Öneri, Öneriye Davet ve Kabul)

TBK'nin 1. maddesi gereği, elektronik sözleşmelerin de kurulabilmesi için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının varlığı aranır. İşte bu beyanlardan ilki öneri, diğeri ise kabuldür. Bir elektronik sözleşmenin kurulmasından söz edebilmek için, elektronik sözleşmeye ilişkin bu irade beyanlarının her ikisinin de elektronik ortamda açıklanması gerekir.

1.Öneri ve Öneriye Davet

İnternet aracılığıyla mal ve hizmetlerinin tanıtımını ve bunlarla ilgili sözleşme yapmak isteyen kişilerin bu tekliflerinin hukuken geçerli bir öneri sayılabilmesi için, TBK'da belirtilen şartları taşıması gerekir.

Buna göre bir irade beyanın öneri sayılabilmesi için, sözleşmenin bütün esaslı unsurlarını içermesi, karşı tarafın kabul beyanı ile sözleşmenin kurulmasına imkân verecek nitelikte olması ve icabı yapanın icabı ile bağlı kalmak niyetinde olması gerekmektedir. İcabı yapanın icabı ile bağlı olmak niyetinde olmadığı anlaşılıyorsa, bu irade beyanı öneriye davet olarak kabul edilecektir.

Web sitesinde satışa sunulan ürünlerle ilgili bilgilerin öneri mi, yoksa öneriye davet mi olduğu konusunda doktrinde ağırlıklı olarak savunulan görüşün, bu bilgilerin "öneri" değil ve fakat "öneriye davet" olarak kabul edilmesi yönünde olduğunu belirtmek gerekir. Zira ürünlere ilişkin bilgileri sunan kişinin,

THE CONCLUSION OF ELECTRONIC CONTRACT VIA INTERNET

I.CONCEPTS OF E-COMMERCE AND ELECTRONIC CONTRACT

Turkish Code of Obligations ("TCO") or Law on the Regulation of Electronic Commerce ("LREC") do not have a definition for e-commerce or electronic contract. However, starting from Article 1, which defines the purpose and scope of LREC, and Article 2 which sets out the definition of electronic message, it is possible to define electronic commerce as the whole of the commercial transactions carried out for the production, marketing, sale and distribution of goods or services in electronic environment; and electronic contract as the contract made through electronic communication instruments.

As can be seen, the concept of electronic contract is not based on the content of the contract; but it relates to the formation method. Therefore, since there is no need to create special rules to be applied to these contracts by creating a separate and unique contract category just because of this feature, the provisions of the Law of Obligations regulating the formation, validity and performance of the contracts also apply to electronic contracts to the extent that they are appropriate to the nature.

The concept of **electronic media** is broad enough to cover all electronic communication instruments such as telex, fax and electronic mail. However, the concept of electronic commerce is mainly used to refer to commercial transactions on the Internet.

II.THE CONCLUSION OF ELECTRONIC CONTRACTS

A.Declarations on the Conclusion of Electronic Contracts (Offer, Invitation to an Offer and Acceptance)

Pursuant to Article 1 of the TCO, the existence of mutual and appropriate will declarations of the parties is sought in order to form electronic contracts. The first of these statements is the offer and the other is acceptance. In order to be able to speak of the conclusion of an electronic contract, both these declarations of will regarding the electronic contract must be disclosed in electronic form.

1.Offer and Invitation to an Offer

For those who wish to promote their goods and services through the Internet and to make contracts related to them, their offers must meet the requirements stated in the TCO in order to be considered as a legally valid proposal.

Accordingly, in order for a declaration of will to be considered as an offer, it must contain the essential elements of the contract, be capable of formation the contract with the declaration of acceptance of the counter party and intend to be bound by the offeror. If it is understood that the offeror does not intend to be bound by the offer, this declaration of will be deemed as an invitation to an offer.

sözleşme yapmadan önce muhatabın ödeme gücü hakkında bilgi sahibi olması ve talep edilen ürünün stoklarında bulunup bulunmadığını kontrol etmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu itibarla önerinin, ancak internet kullanıcısının web sitesinde yer alan sipariş formunu doldurarak internet üzerinden göndermesi ile yapılmış olacağı kabul edilmektedir.

Web sitesinde ilan edilen bilgilerin, mal veya hizmetlerin fiyatı, ürünlerin temel özellikleri gibi sözleşmenin objektif bakımdan esaslı unsurlarını içermesi ve satıcı veya hizmet sunanın yapmış olduğu teklif ile bağlı olmadığını gösteren bir ifadeyi içermemesi halinde ise, öneri olarak kabul edilecektir.

2.Kabul

Sözleşmenin kurulabilmesi için, muhatabın, kendisine yapılan icabı kabul etmesi ve kabule ilişkin irade beyanının icabı yapana ulaşması gerekir. Bir beyanın kabul beyanı sayılabilmesi için, öneride yer alan şartlara uygun olması gerekmektedir. Şayet öneride belirtilen şartları değiştiriyor veya yeni şartlar ekliyor ise bu beyanlar kabul beyanı değil, yeni bir öneri olarak değerlendirilir.

İnternet üzerinden yapılan sözleşmelerde kabul beyanı, web sayfasında ilan edilen genel şartların altında ya da yanında yer alan “kabul ediyorum” butonunun tıklanması suretiyle ya da e-postayla gönderilen icaba, yine e-posta yoluyla açıkça kabul beyanın gönderilmesi metoduyla da açıklanabilir.

B.Ehliyet

Elektronik sözleşmelerde, genellikle taraflar sözleşmenin kurulmasından önce bir araya gelmediğinden sözleşmenin kurulması sırasında ve devamında birbirini görememektedirler. Türk Medeni Kanunu’nun (“TMK”) 15. maddesine göre, ayırt etme gücüne sahip olmayanların (tam ehliyetsizlerin) yaptıkları işlemler hüküm ifade etmeyeceğinden yapılan hukukî işlem geçersiz sayılacak; sonrasında yasal temsilcinin izni ya da onayı olsa dahi işlem geçerli hâle gelmeyecektir. Bu nedenle tam ehliyetsiz bir kişiyle elektronik ortamda sözleşme akdeden bir kişi, sözleşmenin elektronik

ortamda gerçekleştiğinden bahisle, işlemin geçerli olduğunu ileri süremeyecektir. TMK’nın 16. Maddesi uyarınca, ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar (sınırlı ehliyetsizler) ile yapılan elektronik sözleşmeler için ise, yasal temsilcilerinin rızası olması halinde işlem geçerli hale gelecektir.

C.Hazırlar Arası Elektronik Sözleşmeler ve Hazır Olmayanlar Arası Elektronik Sözleşmeler

İradenin açıklanması ile karşı tarafa ulaşması arasında bir zaman aralığının var olup olmamasına göre, sözleşmeler, hazırlar arası ve hazır olmayanlar arası sözleşmeler olarak ayrıma tabi tutulmaktadır. Sözleşmelerin hazırlar arasında yapılıp yapılmadığını belirleyen unsur, tarafların karşılıklı olarak birbirlerinin beyanlarını anında öğrenme ve buna karşı cevap verme imkânlarının varlığına göre tespit edilmektedir.

Elektronik sözleşmelerin hazır olanlar veya hazır olmayanlar arası sözleşme olarak nitelendirilmesi, bu sözleşmelerin kuruluşunda kullanılan araçlara bağlı olarak değişir. Kullanılan araçlar, sözleşmenin kuruluşuna ilişkin beyanların karşı tarafa anında ulaşmasına imkân veriyor ise, hazırlar arası bir elektronik sözleşmenin varlığında söz edilecektir. Örneğin; internet aracılığı ile video konferans görüşme metodu ile yapılan sözleşmeler hazırlar arası elektronik sözleşme olarak kabul edilirken; elektronik posta ile yapılan sözleşmeler hazır olmayanlar arası elektronik sözleşmeler olarak değerlendirilmek gerekir. Hazır olmayanlar arası yapılan sözleşmelerin en yaygın örneğini; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da düzenlenen ve taraflarından birini tüketicinin oluşturduğu mesafeli sözleşmeler oluşturmaktadır.

III.BİLGİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

ETDHK’da (m. 3-5) elektronik sözleşmelerin kurulmasına ilişkin birtakım özel düzenlemeler yer almaktadır. ETDHK 3. maddesi, hizmet sağlayıcılara, yani e-ticaret faaliyetinde bulunan gerçek ya da tüzel kişilere, elektronik sözleşmelerin kurulmasından önce veya kurulması sırasında, karşı tarafa bir takım konularda bilgi verme ve verileri koruma yükümlülüğü

It should be noted that the predominant argument in the doctrine as to whether the information about the products offered for sale on the website is an offer or an invitation to an offer is that this information should be accepted as “an invitation to an offer” and not as “an offer”. It is accepted that the person providing the information about the products must have information about the solvency of the counter party before making a contract and check whether the requested product is in stock. In this respect, it is accepted that the offer will only be made by the Internet user by filling in the order form on the website and sending it over the Internet.

It will be deemed as an offer provided that the information posted on the website includes objectively substantive elements of the contract, such as the price of the goods or services, the basic characteristics of the products, and does not include a statement indicating that the seller or service provider is not bound by the offer.

2.Acceptance

In order for a contract to be concluded, the offeree must accept the offer and the declaration of will regarding the acceptance must be received by the offeror. In order for a declaration to be considered as an acceptance, it must comply with the requirements of the offer. If they are changed or new conditions are added, these declarations are considered as a new offer, not an acceptance.

For the contracts concluded through Internet, declaration of acceptance can be made by clicking the “I accept” button placed next or under the general conditions announced on the website or by sending an e-mail expressing the declaration of acceptance clearly if the offer is sent by an e-mail.

B.Capacity

In electronic contracts, since the parties do not meet before the conclusion of the contract, they cannot see each other during and after the conclusion of the contract. According to Article 15 of the Turkish Civil Code (“TCC”), the transactions made by those who do not have the capacity of

discernment (incompetent) will not be effective; and the transaction will not be valid even if the legal representative gives their permission or approval for those transactions. Therefore, a person who concludes an electronic contract with an incompetent person will not be able to claim that the transaction is valid since the contract is realized electronically. According to Article 16 of the TCC, for electronic contracts with minors and persons with limited capacity, the transaction shall be valid if the consent of their legal representative is obtained.

C.Electronic Contracts Made Inter Praesentes and Electronic Contracts Made Inter Absentes

Contracts are divided into two categories, as contracts made inter praesentes (face to face) and contracts made inter absentes (not physically present), depending on whether there is a time interval between the disclosure of the will and the receipt of that will by the counter party. The factor that determines whether the contracts are made inter praesentes is determined according to the possibility of the parties to mutually learn and respond to each other's declarations.

The qualification of electronic contracts as contracts made inter praesentes and contracts made inter absentes varies depending on the instruments used in the conclusion of these contracts. If the instruments used ensure that the statements regarding the establishment of the contract are immediately reached to the other party, then it will be deemed to as electronic contracts made inter praesentes. For example; while the contracts made with the method of video conference call via Internet are accepted as electronic contracts made inter praesentes; the contracts made by electronic mail should be considered as contracts made inter absentes. The most common examples of contracts made inter absentes are the distance sales contracts in which one of the parties to the contract is a consumer under the Law on Consumer Protection.

yüklemiş; bu yükümlülükler uymayanlar için cezaî yaptırımlar öngörmüştür (m. 12).

Buna göre, e-ticaret faaliyetinde bulunan hizmet sağlayıcıların sözleşmelerin kurulmasından önce veya kurulması sırasında karşı tarafa, güncel tanıtıcı bilgileri (gerçek kişiler için ad, soyad ve adres; tüzel kişiler için ise ticaret unvanı, merkez adresi, vb. bilgiler), elektronik sözleşmenin kurulabilmesi için izlenecek teknik adımlara ilişkin bilgileri, web sitesi üzerinden kurulan bir sözleşmede, kabulün gönderilme biçimi, karşı tarafça iletilmesi gereken kredi kartı ya da adres bilgisi gibi bilgilerin iletilme yöntemi, sözleşme metninin sözleşmenin kurulmasından sonra kendisi tarafından saklanıp saklanmayacağı ya da bu sözleşmeye alıcının daha sonra erişiminin mümkün olup olmayacağı ve erişim devam ediyorsa ne kadar süreyle erişilebileceği, veri girişindeki hataların açık ve anlaşılır bir şekilde belirlenmesine ve düzeltilmesine ilişkin teknik araçlara ilişkin bilgileri ve uygulanan gizlilik kuralları ve varsa alternatif uyumsuzluk çözüm mekanizmaları gibi pek çok hususta bilgi verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Ayrıca hizmet sağlayıcının bu yükümlülüğünü ihlali halinde genel hükümlere göre tazminat sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

SONUÇ

Elektronik sözleşme kavramı, sözleşmenin kurulmasında ve/veya ifasında internetin kullanıldığı sözleşmeleri ifade eder. Elektronik sözleşmelerde icabın yapılmasında, klasik iletişim araçlarından farklı olarak, web sitesi veya elektronik posta gibi araçlar kullanılmaktadır. İnternet, elektronik sözleşmelerin kurulmasında yalnızca bir araç olmakla sözleşmelerin kurulması, hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlaması konularına TBK'da yer alan kurallar uygun düştüğü ölçüde elektronik sözleşmeler bakımından da uygulanacaktır.

Ancak elektronik sözleşmeler, sözleşmenin hizmet sağlayıcı, yani e-ticaret faaliyetinde bulunan gerçek ya da tüzel kişi tarafına ETDHK ile kimi yeni yükümlülükler ve bu yükümlülükler uymaması durumunda cezai yaptırımlar getirilmiş olmakla özel önem arz etmektedir.

Ayrıca elektronik sözleşmelerin taraflarından birinin tüketici olması durumunda, elektronik sözleşme aynı zamanda, diğer koşullar da varsa, mesafeli sözleşme olarak nitelendirilecek ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a da tabi olacaktır. Bu durumda, elektronik sözleşmenin kurulmasından önce, karşı tarafın ayrıca Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nde öngörülen konularda ve biçimde önceden bilgilendirilmesi gerekmektedir.

III.DISCLOSURE REQUIREMENTS

LREC (Art. 3-5) stipulates some special requirements for the conclusion of electronic contracts. Article 3 of the LREC states an obligation on service providers who are real or legal persons engaged in e-commerce, to provide information and protect the data prior to the conclusion of electronic contracts; and imposed criminal sanctions for those who did not comply with these obligations (Art. 12).

Pursuant to Article 3 of LREC, prior to the conclusion of electronic contracts service providers must provide information to the counter party; such as up-to-date introductory information (for real persons; name, surname and address; for legal entities trade name, central address, etc.), technical steps to be followed in order to conclude an electronic contract; the method of transmission of information such as credit card or address information to be transmitted by the party, whether the contract text will be stored by itself after the conclusion of the contract, or whether the buyer will be able to access this contract at a later time and if the access continues, how long it will remain, information on technical means for clearly identifying and correcting errors in data entry and the rules on confidentiality to apply, and alternative dispute resolution mechanisms, if any. In addition, the service provider may be liable for compensation under the general provisions in case of breach of this obligation.

CONCLUSION

The concept of electronic contract refers to the contracts in which the Internet is used in the conclusion and/or performance of the contract. For electronic contracts in order for the offer to be made other instruments such as website or e-mail are used, unlike traditional communication instruments.

Since the Internet is just an instrument used for the conclusion of electronic contracts, the provisions of the Law of Obligations regulating the formation, validity and performance of the contracts also apply to electronic contracts to the extent that they are appropriate to the nature.

However, electronic contracts are of special importance since LREC brings out new obligations for the service provider party of the contract who is the real or legal person engaged in e-commerce activities, and imposes criminal sanctions for those who did not comply with these obligations.

In addition, in cases where one of the parties to the electronic contracts is a consumer, the electronic contract shall also be deemed as a distance sales contract provided that the other requirements are met and shall be subject to the Law on Consumer Protection. In this case, prior to the conclusion of the electronic contract, the counterparty must also be informed in advance of the issues and in the form under the Law on Consumer Protection and the Distance Sales Contracts Regulation.

MİLLETLERARASI UNSURLU SÖZLEŞMELERDE HUKUK SEÇİMİ



SELİN SELÇUK
sselcuk@egemenoglu.av.tr

Yabancılık unsuru içeren, milletlerarası unsurlu sözleşmelerde tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku tayin etmeleri ‘hukuk seçimi’ olarak anılmaktadır. Hukuk seçimi, irade muhtariyeti ilkesi temelinde gerçekleşmektedir.

Türk doktrinde irade muhtariyeti, kendi seçtiği kanuna göre kendi Hukukî ilişkisini idare edebilme kudreti ya da sözleşmeler alanında tarafların kendi menfaatinin gerçekleştirilmesini amaçla doğrudan ya da dolaylı olarak tespit ettikleri hukuka tâbi olması anlamına gelmektedir. Kanunlar ihtilafı hukukunda taraflara irade muhtariyeti tanınması istisnai nitelik taşımaktadır. Esasen bu ilke kanunlar ihtilafı hukukunda yalnızca bazı konularda uygulama alanı bulmakla birlikte, yoğunlukla sözleşmeden doğan borç ilişkileri için kabul edilmektedir. Bu kapsamda, tüm çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Türk Hukuku’nda da sözleşme taraflarına irade muhtariyeti ilkesi çerçevesinde sözleşmeye uygulanacak hukuk bakımından serbestçe seçim yapabilme imkânı tanınmaktadır.

Uygulanacak hukuku kendilerinin tayin etmesi ile taraflar, sözleşmenin kuruluşu, geçerliliği ve sona ermesi ile sözleşmeden doğan hak, alacak ve yükümlülüklerini kendilerinin seçtikleri belirli bir hukuka tabi kılmaktadır. Bu nedenledir ki, hem milletlerarası hukuk hem Türk Hukuku mevzuatında yapılacak hukuk seçimi birtakım usul ve şartlara bağlanmış ve tarafların hukuk seçimine dair düzenlemeler hem milletlerarası hukuk hem Türk Hukuku mevzuatında ele alınmıştır.

Türk hukukunda, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (“MÖHUK”)’da hukuk seçimi hususu düzenlenmekte olup, kanunun 24/1. maddesinde sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbi oldukları hükmü yer almaktadır. Milletlerarası hukukta ise, bu hususta milletlerarası nitelikli birçok düzenleme bulunmakla birlikte, en güncel olanı 19 Mart 2015 tarihli Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimi İlkelerine dair ‘La Haye İlkeleri (“Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts”)’dir. La Haye İlkeleri, bağlayıcı olmasa dahi hukuk seçimine ilişkin temel ilkelerin çerçevesini çizmekte olması sebebiyle önem taşımaktadır. Bu düzenlemenin 5. maddesinde tarafların, ticari ilişkiye uygulanacak hukuku seçerken kendileri aksini kararlaştırmadıkça herhangi bir şarta tabi olmadığını düzenlenmektedir.

MÖHUK madde 24/1’in “Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir.” hükmü uyarınca hukuk seçiminin, sınırlama yapılarak yalnızca sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde söz konusu edilebileceği sonucu çıkarılabilmekle birlikte, borç doğuran sözleşmelerle birlikte mevcut borç ilişkisinde değişiklik yapan, borcu sona erdiren sözleşmeler ile alacağın devri ve borcun nakli sözleşmelerinin de bu kapsamda değerlendirilebileceği ve hukuk seçimine konu olabileceği görüşü hâkimdir.

Milletlerarası unsurlu sözleşmelerde tarafların hukuk seçiminde kural olarak şekil serbestisi bulunmaktadır. Hukuk seçiminin ne şekilde yapılabileceği yine MÖHUK madde 24/1’de düzenlenmiştir:

THE CHOICE OF LAW ON THE CONTRACTS HAVING INTERNATIONAL ELEMENTS IN

In the contracts having international elements in, the parties' determination of the law to be applied to the contract is referred to as 'choice of law'. The choice of law is based on the principle of the autonomy of the will.

As per the Turkish doctrine, the autonomy of the will means that the power to manage its own legal relationship according to the law of its choice or that being subject to the law determined by the parties directly or indirectly in order to realize its own interests in the field of contracts. In the law of conflict of laws, the provision of the autonomy of the will of the parties constitutes an exception. Essentially, this principle applies only to certain issues in conflict of laws, but it is widely accepted for the contractual obligations. In this context, as in all contemporary legal systems, also in Turkish Law, the parties are entitled to choose the law to be applied to the contract in their own discretion, within the scope of the principle of the autonomy of will.

Upon the determination of the applicable law by themselves, the parties happen to make the establishment, validity and termination of the contract and the rights, receivables and obligations arising from the contract subject to a specific law of their choice. For this reason, the choice of law to be made in both international law and Turkish Law legislation is subject to a number of procedures and conditions, and the regulations concerning the choice of law of the parties are discussed in both international law and Turkish Law legislation.

In Turkish law, the Law No. 5718 on International Private Law and Procedural Law (“MÖHUK”) regulates

the choice of law and Article 24/1 in it states that the contractual obligations are subject to the law that is explicitly chosen by the parties. As to the regulations in the international law, although there are many international regulations on this issue, the most recent one is ‘La Haye Principles’; **Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts**, dated 19 March 2015. Although La Haye Principles are not binding, it has significant importance because it outlines the basic principles of the choice of law. Article 5 of this regulation states that the parties are not subject to any conditions unless they agree otherwise when choosing the law to be applied to the commercial relationship.

Pursuant to Article 24/1 in MÖHUK, “Contractual obligations are subject to the law explicitly chosen by the parties.”; it can be considered that the choice of law can only be applicable in the event of any contractual obligations. However, the contracts which are terminating or transferring or changing the current receivables and the current debts along with the contracts having contractual obligations in, can also be evaluated within this scope and may be subject to the choice of law.

In the contracts having international elements in, the parties have the freedom of form in principle on the choice of law. The way of making the choice of law is regulated also in Article 24/1 in MÖHUK:

“Contractual obligations are subject to the law explicitly chosen by the parties. The choice of law, which can be understood without any hesitation from the provisions of the contract or the conditions of the case, shall also be valid.”

"Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir."

Buna göre, hukuk seçimi açık veya örtülü/zımnî olmak üzere iki şekilde yapılabilir:

- Hukuk seçiminin açık olarak yapılması, uygulanacak hukuka dair ayrı bir sözleşme yapmak veya akdedilecek sözleşmeye hüküm eklemek suretiyle tarafların iradelerini yansıtmaları ve uygulanacak hukuku seçmeleri yoluyla gerçekleştirilmektedir. Bu seçim bir ülke hukukunun uygulanacağını direkt olarak ifade edilmesi ile olabileceği gibi, örneğin 'sözleşme tarafı olan A Şirketi'nin yerleşim yeri hukuku' şeklinde de tayin edilebilmektedir. Burada önemli olan husus uygulanacak hukukun tamamıyla ve içerisinde şüphe barındırmaksızın, açık ve net bir şekilde tespit edilebilir nitelikte olmasıdır.
- Hukuk seçiminin örtülü/zımnî olarak yapılması halinde ise tarafların iradeleri bir olmakla birlikte bunu açık ve net bir biçimde belirtmemektedirler. Örtülü hukuk seçiminde de tarafların hukuk seçimi yönünde gerçek bir iradeleri mevcuttur. Ancak bu irade açık olmayıp, olayın özelliklerinden veya hâl ve şartlardan "tereddüde yer vermeyecek şekilde" anlaşılmaktadır. Tarafların sözleşmede açık olarak hukuk seçiminin yapıldığı başka bir sözleşmeye atıf yapmaları, belli bir hukuk temelinde yapılmış genel sözleşme şartlarını kullanmaları, belli bir para biriminde ödeme yapılmasının kararlaştırılması gibi haller örtülü hukuk seçiminin tespitinde dikkate alınabilecek örnekler olmakla birlikte, bu haller tek başına örtülü bir seçim yapıldığına dair yeterli bir dayanak teşkil etmemektedir. Bu noktada, sözleşmenin değerlendirildiği aşamada ancak bu ve benzeri birden fazla örneğin bir arada olması, örtülü hukuk seçimi yapıldığının tespitinde önem arz etmektedir.

MÖHUK madde 24/2 ise, tarafların üzerinde mutabık kaldıkları hukukun, sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanması hususunda anlaşabilmelerine imkân tanımaktadır:

"Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler."

Bu halde taraflar, sözleşmenin bir veya birden fazla bölümüne uygulanacak birden fazla hukuk seçiminde bulunabilmektedir. Ancak bu 'imkân' uygulamada olumsuzluklara neden olabilmekte, sözleşmenin bütünlüğünü bozup çelişkili durumlara yol açabilmektedir. Doktrinde ise kısmi hukuk seçiminin kabul edilmesi ve kısmi hukuk seçiminin belli sınırlamalarla yapılabilmesi yönünde iki görüş de hâkim olup, La Haye İlkeleri'nde de, madde 6 çerçevesinde, tarafların kısmi hukuk seçiminde bulunabilecekleri düzenlenmektedir.

MÖHUK'ta hukuk seçiminin zamanı bakımından da düzenleme mevcut olup, madde 24/3 şu şekildedir:

"Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir."

Bu hüküm uyarınca, uygulanacak hukukun kural olarak taraflarca her zaman seçilebileceği düzenlenmekte olup, hukuk seçimi sözleşmenin kurulması, uyumsuzluğun doğması ve hatta yargıya intikal etmesi halinde yargılama başlayınca da değişmektedir. Ayrıca taraflar, hukuk seçiminde sonradan değişikliğe de gidebilmektedirler. Ancak, sözleşmenin kurulması aşamasından sonra yapılabilecek değişikliklerde sınırlama söz konusu olup, sözleşme tarafı olmayan üçüncü kişilerin haklarının korunması koşulu ile sözleşmenin kurulma anından itibaren geçmişe etkili olarak tarafların hukuk seçimini değiştirmelerine olanak tanınmaktadır. Bu halde, yapılan değişiklik sözleşmenin şekli geçerliliğini ya da üçüncü kişilerin haklarını etkilemeyecektir.

Accordingly, the choice of law can be made in two ways, either explicitly or implicitly:

- The choice of law can be made explicitly, either by making a separate contract on the applicable law or by adding provisions showing the will of the parties to choose the applicable law to the contract to be concluded. This choice can be determined by the direct expression of the application of a country's law, as well as by stating a term such as 'the law in the domicile of the contracting party 'Company A'. The significant part is that the law to be applied is completely and without any doubt, explicitly and clearly detectable.
- In the event of the choice of law is made implicitly, the will of the parties is one and same, however they do not specify it explicitly and clearly. On the choice of law made implicitly, the parties have an actual will on the choice of law. However, this will is not explicit and it is only understood from the characteristics or the circumstances and conditions of "the event without any hesitation". While the parties explicitly refer to another contract in which the choice of law is made, use the general contractual terms made on the basis of a particular law and determine to make payments in a certain currency, those would constitute examples that may be taken into consideration in the determination of the choice of law implicitly. However these cases does not constitute an adequate basis to consider the choice of law is made implicitly. In this context, while the contract is evaluated, it is important having these examples and so forth as many as together with to determine whether the choice of law was made implicitly or not.

Article 24/2 in MÖHUK provides the parties to agree on the application of the chosen law to whether the whole or a part of the contract:

"The Parties may decide whether the chosen law would apply to the whole or a part of the contract."

In this case, the parties may choose more than one law to be applied to one or more parts of the contract. However, this 'opportunity' may cause problems in practice and may lead to contradictory situations by disrupting the integrity of the contract. As per the doctrine, there are two opinions on the acceptance of the choice of law partially and the choice of law partially along with some limitations, and Article 6 of La Haye Principles also stipulates that the parties may make the choice of law partially.

There is also a regulation in terms of the time of the choice of law in MÖHUK and in this manner the provision of Article 24/3 is as follows:

"The choice of law may be made or changed by the parties at any time. The choice of law after the establishment of the contract is effective retroactively, without prejudice to the rights of third parties."

Pursuant to this provision, it is regulated that the law to be applied may be chosen by the parties at any time in principle, and the choice of law may be made until the establishment of the contract, until any dispute arises or even if any dispute is already submitted to the court/arbitration, until the proceedings starts. In addition, the parties may change the choice of law afterwards. However, the change that may be made after the establishment of the contract are subject to a restriction, and provided that the rights of third parties who are not parties to the contract are protected, the parties are allowed to change the choice of law effective retroactively as of the establishment of the contract. In such case, the change shall not affect the validity of the contract or the rights of third parties.

The parties usually prefer making the choice of law in the contracts having international elements in which they will conclude before the commercial relationship to be established between them, since it provides the opportunity to determine their advantages and disadvantages by their joint decisions. The choice of law can be made in order to provide certainty where the possibility of the

Taraflar, aralarında kuracakları ticari ilişki öncesinde akdedecekleri milletlerarası unsurlu sözleşmelerde, avantajlarını ve dezavantajlarını müşterek kararlarıyla belirleyebilme imkânı tanınması sebebiyle yoğunlukla uygulanacak hukuku seçme yöntemini tercih etmektedirler. Hukuk seçimi yapılması, milletlerarası unsurlu bir sözleşmede birden çok hukukun uygulanması ihtimalinin söz konusu olabileceği hallerde kesinlik arz etmesi amacıyla yapılabildiği gibi, sözleşme tarafları bakımından bir ihtiyaç olarak da görülebilir. Bununla birlikte, tarafların aralarındaki olası uyuşmazlığa tarafsız bir hukukun uygulanmasını sağlamak amacıyla sözleşme öncesinde hukuk seçiminde bulunması da en önemli gerekçelerden biridir.

Hukuk seçiminin yapılması ile, diğer kolaylıkların yanında öncelikle sözleşmelerde belirsizlik ortadan kaldırılıp belirlilik, öngörülebilirlik ve kesinlik sağlanmakta ve uyuşmazlık halinde hakim veya hakemlere uygulanacak hukukun tespiti konusunda kolaylık yaratılmakta olup, uyuşmazlık halinde uygulanacak hukukun tayini söz konusu olduğunda muhtemel ihtilafların önüne geçilmesine de olanak sağlanmaktadır.

Hukuk seçiminin yapılmasının bir başka faydası da, milletlerarası ticaretin gerekliliği olan hız ve verimin elde edilmesidir. Zira sırf uygulanacak hukukun tayini, tarafların arasındaki ticari ilişkiden doğabilecek ihtilafların bir kısmının önceden önlenebilmesine yardımcı olacaktır.

Tüm bu açıklamalar ışığında taraflar, milletlerarası unsurlu sözleşmelerde mevzuat ve irade muhtariyetinin öngördüğü koşullar çerçevesinde ve koşullara uygun olarak hukuk seçimini yapabilecek, taraflarca seçilen hukukun uygulanması ancak kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi hali yahut doğrudan uygulanan kurallar dışında engellenemeyecektir.¹

¹ Prof. Dr. Esener, Turhan: Devletler Hususi Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensipleri
Prof. Dr. Tiryakioğlu, Bilgin: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk
Dr. Güner, Cemil: Milletlerarası Unsurlu Acente İlişisine Uygulanacak Hukuk
Murtaz, Gözde: Yabancı Unsurlu Akitlerde Hukuk Seçimine Dair Meseleler (5718 sayılı MOHUK m.24 ile Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair İlkeler Kapsamında)

application of more than one law in the contracts having international elements in may be in question, as well as it may be seen as a need by the parties. In addition to those, one of the most important reasons is that the parties choose a law before the establishment of the contract in order to ensure that an impartial and neutral law shall be applied to the potential dispute between them.

By making the choice of law, among other facilities, firstly the uncertainty in the contracts is eliminated and the predictability and certainty are provided, and then in case of any dispute, the convenience in the determination of the law to be applied is happened to be provided to the judges or arbitrators and also avoiding any possible further dispute on the applicable law is happened to be provided.

Another benefit of making the choice of law is obtaining the speed and the efficiency required on the international trade business. Because only the determination of the law to be applied shall help to prevent some of the disputes that may arise from the commercial relationship between the parties in advance.

In light of all these explanations, the parties shall be able to choose the law in accordance with and in the scope of the conditions stipulated by the regulations and the autonomy of the will in the contracts having international elements in, and the application of the law chosen by the parties shall not be prevented except in the event of any contradiction to the public order or directly applicable rules.¹

¹ Prof. Dr. Esener, Turhan: Devletler Hususi Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensipleri Prof. Dr. Tiryakioğlu, Bilgin: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk
Dr. Güner, Cemil: Milletlerarası Unsurlu Acente İlişisine Uygulanacak Hukuk
Murtaz, Gözde: Yabancı Unsurlu Akitlerde Hukuk Seçimine Dair Meseleler (5718 sayılı MOHUK m.24 ile Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair İlkeler Kapsamında)



ANONİM ŞİRKETLERİN GENEL KURUL TOPLANTILARINDA KARAR VE TOPLANTI NİSAPLARI

TOLGA POIRAZ
tpoyraz@egemenoglu.av.tr

KARAR VE TOPLANTI NİSABI NEDİR?

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na ("Kanun") göre genel kurulun toplantı gerçekleştirebilmesi ve karar alabilmesi için belirli sayıda şirket pay sahibinin toplantıya katılması ve karar alması gerekmektedir. Toplantının gerçekleştirilebilmesi için mevcut olması gereken asgari sayı toplantı nisabı; kararın alınabilmesi için gereken asgari olumlu oy sayısı ise karar nisabı olarak adlandırılmaktadır.

ANONİM ŞİRKETLERDE GENEL TOPLANTI VE KARAR NİSABI NEDİR?

Kanun'un 418. maddesi uyarınca, genel kurul Kanun'da veya ana sözleşmede aksine düzenleme olan haller hariç olmak üzere sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanır. Bu nisabın toplantı süresince korunması şarttır. İlk toplantıda anılan nisaba ulaşılamadığı takdirde, ikinci toplantının yapılabilmesi için nisap aranmaz. Kararlar ise toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile verilir.

Örneğin; eşit sermayeye sahip dört ortaklı X şirketinin genel kurul toplantısı, gündemde daha ağır nisap gerektiren bir karar olmadığı sürece, sadece tek bir ortağın hazır bulunması ile toplanabilecek ve katılan ortağın veya ortakların çoğunluğunun olumlu oyu ile karar alınabilecektir. İlk toplantıda anılan nisaba ulaşılamadığı takdirde ise ayrıca bir asgari nisap aranmaksızın toplantı gerçekleştirilecektir ve yine toplantıda hazır bulunan pay sahiplerinin olumlu oyu ile karar alınacaktır.

ÖZEL TOPLANTI VE KARAR NİSAPLARI NELERDİR?

Ağırlaştırılmış toplantı ve karar nisapları Kanun'un çeşitli maddelerinde düzenlenmiştir. Bunlar şu şekildedir;

1. Kanun'un 421/1. maddesi uyarınca; Kanun'da veya esas sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde, ana sözleşmeyi değiştiren kararlar, şirket sermayesinin en az yarısının temsil edildiği genel kurulda, toplantıda mevcut bulunan oyların çoğunluğu ile alınır. İlk toplantıda öngörülen toplantı nisabı elde edilemediği takdirde, ikinci toplantıda şirket sermayesinin en az üçte birinin temsil edilmesi gerekmektedir.

Yukarıdaki örneği tekrar ele aldığımızda; eğer gündeminde ana sözleşme değişikliği olan bir genel kurul toplantısı yapılacaksa bu durumda toplantının gerçekleştirilebilmesi için en az iki pay sahibinin toplantıda hazır bulunması gerekmekte ve katılanların çoğunun olumlu oy vermesi gerekmektedir. Eğer ilk toplantıda en az iki üye hazır bulunmaz ise bu durumda kararın alınabilmesi için en az sermayenin üçte birinin temsil edilmesi ve katılanların çoğunun olumlu oyu gerekmektedir.

2. Kanun'un 421/1. maddesi ana sözleşme değişikliklerinde genel toplantı ve karar nisabını düzenlemekle birlikte Kanun'un 421/2. maddesi uyarınca bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük koyan ve şirketin merkezinin yurt dışına taşınmasına ilişkin ana sözleşme değişikliği kararları için sermayenin

QUORUMS IN GENERAL ASSEMBLY MEETINGS OF JOINT STOCK COMPANIES

WHAT IS A QUORUM?

In accordance with the Turkish Commercial Code No. 6102 ("Law"), a certain number of shareholders are required to attend and vote in favor of decisions in order for the general assembly to convene and take resolutions. The minimum number of shareholders required for the meeting to be held is called the meeting quorum; the minimum number of affirmative votes required for a resolution to be taken is called the resolution quorum.

WHAT IS THE REQUIRED MEETING AND RESOLUTION QUORUMS IN JOINT STOCK COMPANIES?

Pursuant to Article 418 of the Law, the general assembly shall convene with the presence of the shareholders or their representatives that meet at least one quarter of the capital, except in cases where there is a contrary regulation in the Law or the articles of association of that company. This quorum must be maintained during the meeting. If the quorum aforementioned cannot be reached in the first meeting, no quorum is required to hold the second meeting. Resolutions are taken by the majority of the votes present in the meeting.

For example; the general assembly meeting of the company X which have four shareholders owning equal number of shares may be convened only with the presence of a single shareholders and affirmative vote or votes of the majority of the participating shareholders, unless there is a resolution requiring a more aggravated quorum on the agenda. If the said quorum cannot be reached in the first meeting, the meeting will be held without a minimum quorum

and the resolution will be taken with the affirmative vote of the shareholders present in the meeting.

WHAT ARE THE SPECIAL MEETING AND RESOLUTION QUORUMS?

The aggravated meeting and decision quorums are regulated in various articles of the Law. These are as follows;

1. Pursuant to Article 421/1 of the Law; unless otherwise provided for in the Law or the articles of association, resolutions amending the articles of association are taken by the majority of the votes present in the general assembly meeting, where at least half of the shares is represented. If the quorum foreseen in the first meeting is not reached, at least one third of the company's shares must be represented in the second meeting.

When we review the example above again; if a general assembly meeting is to be held with a change in the articles of association of the agenda, at least two shareholders must be present for the meeting to be held and most of the attendees must vote affirmatively for the resolution amending the articles of association to be taken. If minimum two shareholders are not present in the first meeting, then at least one third of the shares must be represented and a positive vote of the majority of the attendees is required to take the decision.

2. While Article 421/1 of the Law regulates the general meeting and resolution quorum for amendments to the articles of association, in

tümünü oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin oybirliğiyle alınacaktır. İlk toplantıda nisaba ulaşılamaması üzerine ikinci toplantıda da sermayenin tümünü oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin katılımları ile gerçekleştirilecektir.

Örneğin; X şirketinin ana sözleşmesinin bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikinci yükümlülük koyan veya şirketin merkezine yurt dışına taşınmasına yönelik değiştirilmesi söz konusu ise bu kararın tüm ortakların katılacağı ve olumlu oy kullanacağı bir genel kurulda gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

3. Aşağıdaki esas sözleşme değişikliği kararları, sermayenin en az %75'ini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla alınır:

a) Şirketin işletme konusunun tamamen değiştirilmesi.

b) İmtiyazlı pay oluşturulması.

c) Nama yazılı payların devrinin sınırlandırılması.

İlk toplantıda nisaba ulaşılamaması üzerine ikinci toplantıda da sermayenin tümünü oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin katılımları ile gerçekleştirilecektir.

Örneğin; X şirketinin ana sözleşmesinin şirketin işletme konusunun tamamen değiştirilmesi, imtiyazlı pay oluşturulması veya nama yazılı payların devrinin sınırlandırılmasına yönelik değiştirilmesi söz konusu ise bu kararın en az üç pay sahibinin katılacağı ve olumlu oy kullanacağı bir genel kurulda gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

4. Pay senetleri menkul kıymet borsalarında işlem gören şirketlerde; sermayenin artırılması ve kayıtlı sermaye tavanının yükseltilmesine veya birleşmeye, bölünmeye ve tür değiştirmeye ilişkin esas sözleşme değişiklikleri yapılacak genel kurul toplantılarında, esas sözleşmelerinde aksine

hüküm yoksa pay sahiplerinin en az dörtte birinin hazır bulunması ve katılanların çoğunun olumlu oyu gerekmektedir.

5. Anonim şirketlerde birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin hazırlanan planların onaylanması için genel kurulda esas veya çıkarılmış sermayenin çoğunluğunun temsil edilmesi; hazır bulunanların oylarının dörtte üçünün olumlu oyu gerekmektedir.

Örneğin; X şirketinin bölünme sözleşmesinin onaylanabilmesi için en az üç üyenin genel kurul toplantısına katılması ve katılanların dörtte üçünün olumlu oy vermesi gerekmektedir.

6. Anonim şirketin feshi veya tasfiyesi için genel kurulda sermayenin en az dörtte üçünün hazır bulunması ve toplantıya katılan tüm pay sahiplerinin olumlu oyu gerekmektedir.

Tasfiyeden dönülmesi için ise genel kurulda sermayenin en az %60'ının hazır bulunması ve toplantıya katılanların tüm pay sahiplerinin olumlu oyu gerekmektedir.

Örneğin; X şirketinin tasfiyeye girebilmesi için en az üç pay sahibinin toplantıya katılması ve katılan herkesin olumlu oyu gerekmektedir.

KANUN'DA DÜZENLENEN TOPLANTI VE KARAR NISAPLARI DEĞİŞTİRİLEBİLİR Mİ?

Kanun'da düzenlenen toplantı ve karar nisapları sadece ana sözleşmede aksi düzenlenmiş olmakla birlikte değiştirilebilecektir. Buna karşın; Kanun'da düzenlenen genel kurul toplantı nisapları ana sözleşme ağırlaştırılabilir, ancak hafifletilemez.

Örneğin; X şirketinin ana sözleşmesinde imtiyazlı pay oluşturulmasına yönelik ana sözleşme değişiklikleri için gerekli toplantı ve karar nisapları %60'a düşürülemeyecek, ancak %80'e çıkarılabilecektir.

accordance with the Article 421/2 of the Law amendments to the articles of association regarding the transfer of the company's headquarters abroad, imposing obligations and secondary liabilities for the closing of the balance sheet losses shall unanimously be resolved. Upon the failure to reach the quorum in the first meeting, the second meeting will be held with the same quorum.

For example; if the articles of association of the company X is amended to cover the balance sheet losses, or to transfer the company's head office abroad, this resolutions shall be taken at a general meeting in which all shareholders will attend and vote affirmatively.

3. The following amendments to the articles of association shall be taken by affirmative votes of the shareholders or their representatives representing at least 75% of the shares:

a) Utter amendment of the business of the company.

b) Creation of privileged shares.

c) Restriction on the transfer of registered shares.

Upon the failure to reach the quorum in the first meeting, the second meeting will be held with the participation of the shareholders or their representatives representing the entire shares of the company.

For example; if the articles of association of the company X is amended to amend the utter business of the company, to create privileged shares or to limit the transfer of registered shares, this resolution must be taken in a general assembly where at least three shareholders will participate and vote affirmatively.

4. In companies of which shares are traded in stock exchanges; in order to increase the capital and to increase the registered capital upper limit or

to amend the articles of association regarding merger, division and type change, if there is no contrary provision in the articles of association, at least one fourth of the shareholders must be present and the majority of the participants must vote affirmatively in the general meeting.

5. In order for approval of the plans prepared for mergers, demergers and change of type in joint stock companies; it is required for the majority of the capital or issued capital to be represented in the general assembly and affirmative votes of three quarters of the attendees.

For example; in order to ratify the demerger agreement of company X, at least three members must attend the general assembly meeting and three quarters of the participants must vote affirmatively.

6. For the dissolution or liquidation of a joint stock company, at least three quarters of the shares shall be present in the general assembly meeting and the affirmative votes of all shareholders who are present at the meeting are required.

In order to cancel the liquidation, at least 60% of the shares must be present in the general assembly meeting and the affirmative votes of all shareholders who are present at the meeting are required.

For example; in order for the company X to be liquidated, at least three shareholders are to attend the meeting and to vote affirmatively. In order to cancel the liquidation, at least three shareholders are to attend the meeting and to vote affirmatively.

CAN MEETING AND RESOLUTION QUORUMS BE AMENDED?

The quorums for meetings and resolutions stipulated in the Law may only be amended if otherwise is provided for in the articles of association. However; the quorums of the general assembly meetings set

NİSAPLARA AYKIRI OLARAK KARAR ALINMASININ YAPTIRIMI NEDİR?

Toplantı ve karar nisapları genel kurul kararlarının kurucu unsurları arasında olup yeterli toplantı veya karar nisabına ulaşılmaksızın karar alınması halinde o karar yok hükmünde kabul edilecektir. Başka bir deyişle o karar hukuken hiç doğmamış kabul edilecektir. İlgili karar ticaret siciline tescil edilse veya icra edilse dahi o karar hukuken geçerlilik kazanmayacaktır.

Toplantı veya karar nisaplarına aykırı olarak alınan kararların mahkemeden yokluğunun tespiti her zaman ileri sürülebilecektir. Böyle bir dava herhangi bir zamanaşımı süresine tabi değildir.

SONUÇ

Anonim şirketlerin genel kurullarında genel kurul toplantı nisabı sermayenin en az dörtte biri olup kararlar katılanların çoğunun olumlu oyuyla alınmaktadır. Buna ek olarak Kanun'da başta ana sözleşme değişiklikleri olmak üzere çeşitli ağırlaştırılmış nisaplar düzenlenmiştir. Kanun'da düzenlenen toplantı ve karar nisapları ana sözleşme ile ağırlaştırılabilir, ancak hafifletilemeyecektir. Toplantı veya karar nisaplarına aykırı olarak alınan kararlar yok hükmünde olup zamanaşımına tabi olmaksızın bu kararların yokluğunun tespiti her zaman mahkemeden talep edilebilecektir.

TR

ENG

forth in the Law may be aggravated by the articles of association but cannot be mitigated.

For example; the meeting and resolution required for the amendment of the articles of association for the creation of a privileged share in the articles of association of the company X shall not be decreased to 60%, but may be increased to 80%.

WHAT IS THE SANCTION OF TAKING RESOLUTIONS CONTRARY TO THE QUORUMS?

The meeting and decision quorums are among the constituent elements of the resolutions of the general assembly meetings and if a resolution is taken without required meeting or decision quorum, it will be accepted as a non-resolution. In other words, that resolution shall not be deemed legally existed. Even if the relevant resolution is registered or executed in the trade registry, that resolution will not be legally valid.

The determination of the absence of the resolutions taken in contradiction with the meeting or resolution quorums can be asserted at any time. Such a case is not subject to any statute of limitations.

CONSEQUENT

It the general assembly meetings of joint stock companies, the general assembly meeting quorum is at least one fourth of the shares and resolutions are taken with the affirmative vote of the majority of the participants. In addition, various aggravated quorums are regulated in the Law, in particular amendments to the articles of association. The quorums for meetings and resolutions stipulated in the Law may be aggravated by the articles of association, but will not be mitigated. Resolutions taken in contradiction with the meeting or decision quorums shall be null and void and the determination of the absence of such decisions may be requested from the court at any time.



SÖZLEŞME MÜZAKERELERİNİN TANIDIK YÜZÜ: NİYET MEKTUPLARI

İREM KOL

ikol@egemenoglu.av.tr

Niyet mektupları, kanunlarımızda ve hukuk sistemimizde yer almayan bir kavram olmamasına rağmen, günümüzde sözleşmesel ilişkilerin git gide daha kapsamlı hale gelmesi ve uzayan müzakere süreçlerinde duyulan gereklilik doğrultusunda özellikle ticari nitelikli sözleşmesel ilişkiler için neredeyse olmazsa olmaz diyeceğimiz bir uygulama haline gelmiştir.

Niyet mektubu uygulamasının ardındaki amaç taraflardan birinin kurulması hedeflenen söz konusu sözleşmesel ilişkinin dayanmasını istediği temel unsurları karşı tarafa hitaben ortaya koyması ve bu şekilde devam eden müzakere sürecinin çerçevesinin daraltılmasıdır.

NİYET MEKTUPLARI SÖZLEŞME NİTELİĞİ TAŞIR MI?

Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesi, tarafların iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklanması ile sözleşme kurulacağını belirtmektedir. Tarafların bu irade açıklamalarından ilki hukuk düzleminde "öneri" olarak nitelendirilmekte olup; diğer tarafça icaba uygun olarak açıklanan irade beyanı "kabul" niteliğindedir. Her ne kadar, sözleşme kurma niyetindeki iki taraftan birinin irade açıklaması niteliğinde olsa dahi niyet mektuplarını bir "öneri" olarak kabul edemeyeceğimiz yönünde doktrinde görüş birliği bulunmaktadır. Zira niyet mektubu içerisinde yer alan hususlar karşı tarafça kabul edilerek imza altına alınsa dahi burada bir öneri – kabul ilişkisi ve sözleşmenin kurulması söz konusu değildir. Taraflar hala müzakere aşamasındadır ve kararlaştırılmayan hususların mevcut olduğu aşikârdır.

Burada karşımıza çıkan ilk ve en yaygın soru, niyet mektuplarının tarafları bağlayıcı nitelikte olup olmadığıdır.

NİYET MEKTUPLARI TARAFLAR İÇİN BAĞLAYICI MIDIR?

Kural olarak niyet mektupları tarafları taahhüt ve/veya yükümlülük altına sokan araçlar değildir. Taraflar, niyet mektubunda yer alan hususları yerine getirme yükümlülüğü altına olmadıkları gibi sözleşme ilişkisi içerisine girme taahhüdü de vermemektedirler. Niyet mektuplarının her iki tarafça imza altına alınması da sıkça görülen bir uygulama olup bu halde dahi niyet mektubunun bir sözleşme statüsüne girmediğini belirtmek gerekir. Taraflarca imza altına alınan bir niyet mektubu ancak; müzakere sürecinde tarafların öneriye davet konusundaki niyet ve tutumlarının ciddiyetine delalet eder ve müzakere sürecini ilerletmeyi hedefler. Niyet mektubu kavramının niteliğinden gelen bu kuralın aksi taraflarca açıkça niyet mektubunun kendileri için bağlayıcı olduğu belirtilerek kararlaştırılabilir.

NİYET MEKTUPLARI KAPSAMINDA HERHANGİ BİR HUKUKİ SORUMLULUK GÜNDEME GELİR Mİ?

Yukarıda bağlayıcılığa ilişkin açıklamalarımızın hemen arkasından eklemek gerekir ki; niyet mektuplarının kural olarak bağlayıcı olmayan niteliği, tarafların bu kapsamda hukuk düzleminde herhangi bir sorumluluğunun doğmayacağı anlamına gelmemektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak

A FAMILIAR PRACTICE IN CONTRACT NEGOTIATIONS: LETTER OF INTENT

Letters of intent are actually a concept that is not included in our laws and legal system. Nevertheless, letters of intent have become an almost indispensable practice, especially for commercial contractual relations, in line with the increasing scope of contractual relations and the necessity of prolonged negotiation processes.

The purpose of the letter of intent is to have one of the parties reveal the essential elements of the contractual relationship, which is intended to be established, and to narrow the framework of the ongoing negotiation process.

DO LETTERS OF INTENT CARRY THE LEGAL NATURE OF A CONTRACT?

Article 1 of the Turkish Code of Obligations states that a contract shall be established upon the mutual and appropriate disclosure of the parties' wills. The first of these parties' declaration of will is considered as a "tender" and the declaration of will declared by the other party in accordance with the tender is "acceptance" in legal parlance. Although the letter of intent is a will statement of one of the parties intending to establish a contract, there is consensus in the doctrine that we shall not accept the letter of intent as a "tender". Because, even if the issues in the letter of intent are accepted and signed by the other party, we cannot make reference to a tender - acceptance relationship and the establishment of the contract. The parties are still in the negotiation phase and it is obvious that there are issues that have not been decided.

The first and most common question generated here is whether letters of intent are adstrictory on the parties.

ARE LETTERS OF INTENT ADSTRACTORY FOR THE PARTIES?

In principle, letters of intent are not concepts that put parties under commitment and/or obligation. The parties are not under the obligation to fulfill the matters stated in the letter of intent nor do they undertake to enter into a contractual relationship. It is a common practice to sign the letter of intent by both parties, and even in this case, it should be noted that the letter of intent shall not be evaluated as a contractual status. A letter of intent signed by the parties shall only signify the seriousness of the intentions and attitudes of the parties to the invitation to tender during the negotiation process and shall aim to advance the negotiation process. The parties can agree on the contrary of this rule, which comes from the nature of the letter of intent, by clearly stating that the letter of intent shall be adstrictory on them.

DOES ANY LEGAL RESPONSIBILITY ARISE WITHIN THE SCOPE OF LETTERS OF INTENT?

It is necessary to add immediately after our explanations about cohesiveness; the non-binding nature of the letter of intent does not mean that the parties does not have any legal responsibility in this respect. Article 2 of the Turkish Civil Code stipulates that everyone must be in compliance with the rule of honesty and good faith in exercising their rights

zorunda olduğunu ve bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeninin korumayacağını hüküm altına almaktadır. Dürüstlük kuralı bir sözleşme görüşmesine başlayan taraflara da bazı yükümlülükler getirmektedir. Dolayısıyla niyet mektupları kapsamında; sözleşme müzakereleri sırasında gerçekleştirilen kusurlu davranışlardan (culpa in contrahendo) doğan sorumluluk kavramı karşımıza çıkmaktadır.

Culpa in contrahendodan doğan sorumluluk edimin yerine getirilmesi talebini doğurmaz. Ancak muhatabın sözleşmenin yapılacağı ile alakalı yaptığı masrafların karşılanıp karşılanmayacağı önem kazanır.¹ Eğer taraflardan biri karşı tarafta sözleşmenin mutlaka imzalanacağı hususunda yanlış düşüncelere sebep olursa göstermesi gereken yükümlülükler aykırı davranmış olur. Bu durumda da karşı tarafın zararlarını culpa in contrahendo ilkeleri uyarınca karşılamakla yükümlüdür. Aynı şekilde gönderen tarafta uygun hazırlık işlemlerini yerine getirmekten kaçınırsa muhataptan güveninin kötüye kullanılmasından dolayı uğradığı zararları tazmin ettirebilir.²

Ayrıca; tarafların aralarındaki söz konusu ilişkinin hukuki sonuçları, durumun hal ve şartlarına göre vekâletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil kavramları ile ilişkilendirilebilir ve bu kapsamda sorumluluk halleri gündeme gelebilir.

NIYET MEKTUPLARI İÇİN ÖNGÖRÜLMÜŞ BİR ŞEKİL ŞARTI VAR MIDIR?

Niyet mektupları için öngörülmüş belirli bir şekil şartı söz konusu değildir. Zira Türk Borçlar Kanunu madde 12/1'de açıkça "sözleşmenin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir." ifadesi yer almaktadır. Ancak kurulması hedeflenen sözleşmesel ilişki için mevzuatta öngörülen bir şekil şartı söz konusu ise ilgili sözleşme müzakereleri kapsamında imzalanacak olan niyet mektubunun da aynı şekil şartına tabi olması gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Ayrıca, kanunlarda öngörülen bir zorunluluk olmamakla birlikte, mektup olma niteliği uyarınca niyet mektuplarının yazılı olması gerektiği yönünde doktrinde görüş birliği bulunmaktadır.

NIYET MEKTUPLARININ BENZERLİK TAŞIDIĞI BAŞKACA HUKUKİ ARAÇLAR

Niyet mektuplarının aslında Anglo-Amerikan hukuk sistemine ait bir uygulama olduğu bilinmekte olup bizim hukuk sistemimizde yer alan başkaca kavramlar ile de sıkça karıştırılmaktadır.

Türk Hukuku'nda niyet mektuplarının benzerlik taşıdığı hukuki kavramların başında önsözleşmeler gelmektedir. Ön sözleşme, Türk Borçlar Kanunu'nun 29. maddesinde tanımlanmaktadır. İlgili maddeye göre, bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir ve önsözleşme olarak anılır. Ön sözleşme, 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda benzer bir hukuki nitelik taşımakta, fakat "akit yapma vaadi" olarak tanımlanmaktadır.³

Ön sözleşmede taraflar arasında gelecekte bir sözleşme kurulacağına dair taahhüt karşılıklı olabileceği gibi, bir kişinin diğer kişiye sözleşme yapmayı vaat etmesi de mümkündür. Ön sözleşme ile tarafları ileride bir sözleşme yapma yükümlülüğü altına girdiklerinden, bu sözleşmenin yapılmaması halinde tarafların Türk Borçlar Kanunu uyarınca borcun ifa edilmemesinden kaynaklanan zararlarını talep etmeleri mümkündür. Son olarak, Ön sözleşmelerin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlanmıştır.⁴

Niyet mektuplarının benzerlik taşıdığı bir diğer hukuki işlem ise "centilmenlik anlaşması" olarak anılmaktadır. Centilmenlik anlaşmaları, taraflar arasında hukuki yükümlülük yaratmazlar ve taraflar bakımından hukuken bağlayıcı olmadıkları kabul edilir. Centilmenlik anlaşmalarında taraflar hukuken bağlayıcılığı olmasa da uyuşan iradelerini açıklamaktadır. Bu anlaşmalar kapsamında tarafların üstlenebilecekleri yükümlülüklerin ifası, hukuki yollara değil, taraflar arasındaki "centilmenlik" ilişkisine dayanır. Centilmenlik anlaşmaları hukuken

and debts, and that any explicit abuse of a right shall not be protected by law. The rule of honesty also imposes certain obligations on the parties who start a contract negotiation. Therefore, within the scope of letters of intent; the concept of liability culpa in contrahendo arising from the misconduct carried out during the contract negotiations will be in question.

The responsibility arising from culpa in contrahendo does not give rise to the demand fulfillment for performance. However, it is important to determine whether the costs of the contractor related to the conclusion of the contract will be covered.¹ If one of the parties causes misconceptions on the other party about the case that the contract must be signed, will be acted in contradiction with its obligations. In this case, the party shall be liable to cover the damages of the other party in accordance with the principles of culpa in contrahendo. Likewise, if the party sending the letter of intent avoids performing appropriate preparatory procedures, shall be responsible to compensate for the damages caused by the abuse of trust.²

Also, the legal consequences of the relationship between the parties may be related to the concepts of acting without authority, unjust enrichment and wrongful act according to the situation and conditions and responsibilities may be raised in this context.

IS THERE A REQUIREMENT AS TO FORM FOR LETTERS OF INTENT?

There is no requirement as to form for letters of intent. The provision of Article 12/1 of the Turkish Code of Obligations clearly states that "the validity of the contract does not requires any form unless otherwise provided for by law." If there is a requirement as to form provided in the legislation for the contractual relationship to be established, it will not be wrong to say that the letter of intent to be signed within the scope of the related contract negotiations should be subject to the same form requirement.

There is also a consensus in the doctrine that letters of intent should be written in accordance with the nature of being a letter, although it is not a requirement of the law.

OTHER LEGAL INSTRUMENTS SIMILAR TO LETTERS OF INTENT

Letters of intent are known to be a practice of the Anglo-American legal system and are often confused with other concepts in our legal system.

In the Turkish Law, preliminary contracts are at the forefront of legal concepts in which letters of intent are similar. The preliminary contract is defined in Article 29 of the Turkish Code of Obligations. According to the relevant article, the contracts for the future establishment of a contract are valid and referred to as a preliminary contract. The preliminary contract also had has a similar legal character in the Turkish Code of Obligations No.818, but is defined as "a promise to conclude a contract".³

In the preliminary contract, the commitment to establish a future contract between the parties may be mutual, or it is possible for one person to promise the other person to conclude a contract. Since the parties are obliged to conclude a contract within the scope of preliminary contract, it is possible for the parties to claim damages arising from non-performance of the debt in accordance with the Turkish Code of Obligations. Finally, the validity of the preliminary contracts depends on the form of the future contract.⁴

Another legal procedure in which letters of intent are similar is called "gentleman's agreement". Gentleman's agreements do not create legal obligations between the parties and are deemed to be not legally binding on the parties. Even if it is not legally binding, in the gentleman's agreement, the parties disclose their will. The fulfillment of the obligations that the parties may undertake under these agreements is not based on legal means but on the gentleman's relationship between the parties. Although gentleman's agreements do not have legally binding consequences, they do not

bağlayıcı sonuç doğurmasa da, hukuken imkân tanınmayan, örneğin rekabeti kısıtlayıcı ya da emredici hukuk kurallarına aykırı sözleşmeler yapılmasını mümkün kılmamaktadır. Bununla birlikte, centilmenlik anlaşmaları özellikle birden fazla hukuk sisteminin kurallarına dikkat edilmesini gerektiren uluslararası ticari işlemlerde taraflar için çabuk bir çözüm imkânı sunmaktadır.⁵

SONUÇ

Niyet mektupları, tarafların ileride kurma hedefinde oldukları sözleşmesel ilişki çerçevesinde tabi olunacak hususları beyan ettikleri irade açıklamaları şeklinde özetlenebilecek; uzun ve karmaşık müzakere süreçlerinde tarafların daha hızlı ve planlı ilerlemesini sağlamak amacıyla özellikle ticari ilişkilerde sıkça kullanılan hukuki bir araçtır. Kural olarak bağlayıcı nitelikte değildir ancak bu durum tarafların niyet mektubu kapsamında herhangi bir hukuki sorumluluğu olmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır.

¹ DİNAR, s.131.

² DİNAR, s.132.

³ Kübra Ercoşkun Şenol, Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt 74, Sayı 2, Oca 2016, Sayfalar 709 - 738

⁴ Kübra Ercoşkun Şenol, Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt 74, Sayı 2, Oca 2016, Sayfalar 709 - 738

⁵ Metin İkizler, Centilmenlik Anlaşmaları, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 415-441

make it possible to enter into contracts that are not legally permissible, for example, that are restrictive of competition or contrary to mandatory law. However, gentleman's agreements provide a quick solution for the parties, especially in international business transactions that require attention to the rules of more than one legal system.⁵

CONCLUSION

Letters of intent may be summarized in the form of statements of will in which the parties declare the issues that will be subject to the contractual relationship they intend to establish in the future and also as a legal tool that is frequently used especially in commercial relations in order to enable the parties to proceed faster and in a planned way in long and complex negotiation processes. In principle, it is not adstrictory, but this should not be interpreted as the parties do not have any legal responsibility under the letter of intent.

¹ DİNAR, Page 131.

² DİNAR, Page 132.

³ Kübra Ercoşkun Şenol, Freedom to Determine the Content of the Contract and Its General Limit: Article 27 of Turkish Code of Obligations, İstanbul University Law Faculty Magazine, Volume No:74, No: 2, January 2016, Pages 709 - 738

⁴ Kübra Ercoşkun Şenol, Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt 74, Sayı 2, Oca 2016, Sayfalar 709 - 738

⁵ Metin İkizler, Gentleman's Agreements, D.E.Ü. Law Faculty Magazine, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, No.19, Special Edition 2017, Pages 415-441



ÇEKİN TİCARİ HAYATTAKİ YERİ VE GÜNCEL SORUNLAR

SERKAN SILACI
ssilaci@egemenoglu.av.tr

GİRİŞ

Temel tanımını ve zorunlu unsurlarını Türk Ticaret Kanunu'nun 780.maddesinde bulan çek, Türk Hukuku'nda bir kambiyo evrakı türü olarak düzenlenmiştir. Bir piyasa ve iktisat kavramı olan kambiyo, para ya da para yerine geçen belgelerin değişimi işlemi olarak da tanımlanabilir. Bu yönüyle de çek bir ödeme aracıdır ve para yerine geçer.

Görüldüğünde ödenmesi gereken çek, koçanlar halinde bankalarca basılır ve koşullarını taşıyan her tacire bankaların verdiği bir ödeme aracıdır. Çek koçanı olarak günlük kullanıma girmiş çek hesabı, muhatap banka nezdinde çek sahibi tacirin kredibilitesini de doğrudan ilgilendirir.

Çekin en temel düzenlemesi Türk Ticaret Kanunu'nda yer almakta olup, 20.12.2009 tarih ve 27438 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5941 sayılı Çek Kanunu, bu hususta düzenlenmiş bir özel yasadır. Bu yasada hukukî ve cezaî yönleriyle çek, geniş şekilde düzenlenmiştir. İşte bu incelemenin konusu da Türk Ticaret Kanunu ile Çek Kanunu'nda düzenlenen çekle ilgili olarak uygulamada en çok karşılaşılan sorunları irdelemektir. Bu irdeleme sıklıkla karşılaşılan sorunları soru yanıt şeklinde incelemekten ibarettir.

HUKUKÎ AÇIDAN SORUNLAR

1. İleri vadeli olarak düzenlenen çekte keşide tarihinden önce çek bankaya tahsil amacıyla ibraz edilebilir mi?

Her ne kadar çekte vade olmasa da ve görüldüğünde ödenmesi gerekse de, uygulamada çekler çok büyük

bir oranda ileri vadeli olarak düzenlenmektedir. Zira ülkemizde ticarî hayatta nakit kullanımı az olup, genellikle kredi kartı, çek veya senet ödeme aracı olarak kullanılmaktadır. Her sektörün kendi koşulları ve özel durumlarına göre nakit yoğunluğu değişmekte olup, tahsilatta vade uzayabilmektedir. Bu açıdan çekler de ileri vadeli olarak düzenlenmektedir. Çekte vade olmadığından muhatap bankaya her zaman (ve çekin üzerinde yazılı keşide tarihinden önce) ibraz edilebilir, çek hesabı uygunsa banka ödemeyi yapar. Bununla birlikte çek hesabı uygun değilse çekin arkasına bu durumun yazılması keşide tarihinden önce olanaklı değildir. Bu açıdan bu nitelikteki bir çek de takibe konu edilemeyecektir. Ancak ticarî hayatın bir gereği olarak çekin keşide tarihinden önce bankaya ibraz edilmesi tercih edilmez.

2. Çeki elinde bulunduran kişi (yasanın tanımıyla yetkili hâmil) bu çeki elindeyken kaybederse ne yapabilir?

Yetkili hâmil böyle bir durumda bulunduğu yer ya da çekin keşide edildiği yerdeki asliye ticaret mahkemesinde zayı nedeniyle çekin iptali davası açabilir. Davada ödemedi men yasağı da talep edebilir. Yargılama sürecinde 6 aylık ilan süresi olup, Ticaret Sicil Gazetesi'nde aralıklarla 3 kez ilan yapılır. 6 aylık süre ilk ilanın yapıldığı gün başlar ve sürenin sonunda çekin elinde olduğunu iddia ve ispat eden kişi çıkmazsa çek iptal edilir. Çeki elinde bulunduran birinin bu süre içinde çıkması durumunda yetkili hâmilin istirdat (geri isteme) davası açması gerekir.

THE ROLE OF THE CHECK IN THE COMMERCIAL LIFE AND CURRENT ISSUES

ABSTRACT

The check is a bill of exchange whose basic definition and mandatory elements are found in Article 780 of the Turkish Commercial Code is regulated as a type of foreign exchange documents in Turkish Law. Exchange can be defined as the process of exchange of money or documents replacing money, which is a concept of market and economics. In this respect checks are used as a paying instrument and replace money.

The sight drafted check is printed as a check book by the bank and each merchant fulfilling the conditions is a payment tool provided by the banks. The check account, which is used daily as a check stub, is directly related to the credibility of the merchant holding the check at the drawee bank.

The basic regulation of the check is included in the Turkish Commercial Code and the The Check Law Numbered 5941, which entered into force after being published in the Official Gazette dated 20.12.2009 and numbered 27438, is a special law regulated in this regard. In this law, checks are regulated in terms of legal and criminal aspects. The subject of this study is to examine the most common problems related to the checks issued in the Turkish Commercial Code and the Check Law. This examination consists of examining frequently encountered problems in the form of question and answer.

LEGAL ISSUES

1. May the checks submit to the bank for the purpose of collecting the check before the date of the check in the postdated check?

Although the check has no due date and must be pay at sight, in practice checks are often issued postdated. Likewise in our country, cash uses in commercial life rarely and generally used as credit card, check or promissory note as a payment instrument. Cash intensity varies according to each sector's own conditions and special circumstances and maturity may be extended in collection. In this respect, checks are also issued as postdated. Since the check does not have a due date, the check can always be presented to the bank (and before the date of the check written on the check), the bank pays if the check account is appropriate. However, if the check account is insufficient, it is not possible to write this before the due date. In this respect, this check can not be a subject to an enforcement proceeding.

2. What if the person holding the check ("bearer" by the definition of the law) loses the check while holding it?

In such a case, the competent authority may initiate a lawsuit for cancellation of the check due to loss in the first instance commercial court in the place where it is located or where the check is discovered. In the case, bearer may also demand the preclusion from the payment. There is a 6-month announcement period in the proceedings and 3 advertisements are made in the Trade Registry Gazette at intervals. The period of 6 months starts on the day of the first announcement and at the end of the period, the check is canceled if the person claiming that the check is in his possession and not proving it. If the holder of the check is released within this period, the competent authority should file a claim for restitution.

3. Konkordato mühleti içerisinde ek tahsil edilebilir mi?

Ülkemizde özellikle son aylarda önemli bir yere gelmiş olan ve gündemde yer alan konkordato mühleti içerisinde çekin tahsili konusu önem taşıtmaktadır. Konuyu ikiye ayırarak incelemekte yarar vardır. İlk olasılıkta çekin düzenlenmesi ve muhataba verilmesi konkordato mühlet tarihinden  nceyse ve ek ileri tarihli olarak düzenlenmiş ve bu tarih mühlet içerisine denk gelmişse, bu ek ödenemez. Zira bu ek icra iflas Kanunu kapsamında konkordatoya tâbi  di alacak niteliğindedir ve ödeme yaşağı vardır. Bununla birlikte, konkordato mühlet kararını veren mahkeme bu konuda konkordato komiserini yetkili kılabilir, bu durumda komiser onayıyla çekin karşılığını ödemek olanaklıdır.

İkinci olasılıkta konkordato mühleti içerisinde çekin düzenlenmesi durumunda konkordato komiserinin onayı arandığından, komiser buna onay vermişse çekin ödenmesi olanaklıdır. Her iki olasılıkta da çekin karşılığının ödenmesinde komiserin onayı vermesi, alacaklıların ve borçlunun menfaatinin gerektirmesine bağlıdır. Çünkü konkordato, borçlunun alacaklılarıyla yapacağı ve mahkemenin onaylağı bir tasfiye sözleşmesidir ve her iki tarafın da menfaatinin gerektirir.

CEZAİ AÇIDAN SORUNLAR

1. Sermaye şirketleri adına düzenlenen çeklerde çekin karşılığını bulundurmamak konulu suçta cezaî sorumluluk kimdedir?

Bu konuda 5941 sayılı ek Kanunu hüküm içermektedir. Buna göre, çekin bankaya ibraz edildiğı tarihte şirketi temsil etmeye yetkili kişinin sorumluluğı düzenlenmiştir. Daha önce düzenlenen yönetim kurulunun tümü gibi bir geniş sorumluluk bu son düzenlemede daraltılmış ve ticaret sicilde tescil edilen ve şirketi temsil etmeye yetkili kişi ya da kişilerle sınırlandırılmıştır. Yasa burada şikayetin inceleme merci olarak icra mahkemesini belirlemiş olup, İcra İflas Kanunu hükümlerine göre de şikayet süresi, çekin bankaya ibraz edildiğı tarihten itibaren 3 aydır.

2. Konkordato mühlet içerisinde olan şirketlerde (ve şahıslarda) sorumluluğun kapsamı nedir?

5941 sayılı yasadaki bu açıdan sorumlular arasında bir ayırım yapılmamıştır. Bununla birlikte, konkordato mühleti ve tedbir hükümleri çekin karşılığının ödenmesini tedbiren durdurduğı için burada yasadaki kaynaklanan bir durum vardır ve cezaî sorumluluğun buna göre belirlenmesi gerekir. Bu kapsamda konkordato davaları için özel bir durumu da belirtmekte yarar vardır. Buna göre, ceza yargılamasını yürüten mahkeme, öncelikle çekin konkordato  n projesine konu olup olmadığına bakmalı ve dahil edilmesi durumunda konkordato davasının sonucunu bekletici mesele yapmalıdır. Konkordatonun alacaklılarca kabul edilip mahkemece onanması durumunda beraat kararı verilmeli, iflas kararı çıkması durumunda ise ek keşide etme yetkisi konusunda mahkemenin nasıl bir karar verdiğıne göre bir karar oluşturmalıdır. Nitekim uygulamada ortaya çıkan sorunlar ve farklı istinaf mahkemesi kararları nedeniyle bu konuda Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin verdiğı karar da bu yönde olmuştur. Yargıtay bu noktada belirttiğimiz ayırıma gitmiş ve konkordato davasının sonucuna göre davranılması gerektiğini yani bir anlamda konkordato davasının sonucunun beklenmesi gerektiğini belirtmiştir. Eğer konkordato teklifi kabul edilirse çekten ötürü ceza verilemeyecektir. Konkordatonun reddi ya da iflas kararı verilmesi durumunda, eğer konkordato yargılamasını yapan mahkeme ek hesabıyla ilgili yetkiyi komiserine vermişse yine sorumluluktan söz edilemeyecektir. Mahkemenin b yle bir kararı vermemesi durumunda ise yargılamaya devam edilecek ve ekten kaynaklı ceza verilebilecektir.

3. Can the check cash during the concordat term?

In our country, especially in recent months the collection of the check had become an important issue within the deadline of the concordat. It is useful to examine the subject in two separate parts.

In the first case, if the check is issued and given to the drawee before the deadline of the concordat and the check is arranged in postdated and this date coincides with the deadline, this check cannot be cashed. This check is in the nature of a receivable subject to concordat under the Execution and Bankruptcy Law and there is a ban on payment. However, the court that has made the decision of the concordat respite may authorize the concordat commissioner in this matter, in which case it is possible to pay the check with the approval of the commissioner.

In the second possibility, it is possible to pay the check if the approval of the concordat commissioner is sought if the check is issued within the time limit. In both cases, the commissioner's approval for the payment of the check depends on the interests of the creditors and the debtor. Because the concordat is a liquidation agreement with the creditors of the debtor and which is approved by the court and requires the interests of both parties.

CRIMINAL ISSUES

1. Who has the criminal liability for the crime of not checking the checks against the checks issued on behalf of the capital companies?

The Check Law Numbered 5941 contains provisions on this subject. According to the Law, the responsibility of the person authorized to represent the company was arranged on the date the check was submitted to the bank. A broad responsibility, such as the entire board of directors previously held, was narrowed in this final regulation and limited to the person or persons registered in the trade registry and authorized to represent the company. The law hereby specifies the enforcement court as the reviewing authority of the complaint and

according to the provisions of the Execution and Bankruptcy Law, the duration of the complaint is 3 months from the date the check is submitted to the bank.

2. What is the scope of the liability in the companies (and individuals) that are within the deadline?

The Law Numbered 5941 does not distinguish between those responsible ones in this respect. However, as the concordant deadline and precautionary provisions prevent the payment of the provision for the check, there is an issue which arises from the law and the criminal liability must be determined accordingly. In this context, it is worth mentioning a special case for concordat cases. Accordingly, the court conducting the criminal proceedings should first look at whether the check is subject to the preliminary issue about the concordat project and, if it is included, it should make the outcome of the concordat case pending. If the concordance is accepted by the creditors and approved by the court, an acquittal decision should be issued and in case of bankruptcy decision, it should form a decision according to the court's decision on the authority to check checks. As a matter of fact, due to problems arising in practice and different appeals court decisions, the decision of the 19th Criminal Chamber of the Court of Cassation was also in this direction. The Court of Cassation went to the distinction mentioned at this point and stated that the concordat case should be treated according to the result, in other words, the result of the concordat case should be waited. If the concordat offer is accepted, there will be no penalty for the checks. In the event of a refusal or bankruptcy decision of the concordat, the liability cannot be mentioned again if the court which made the concordat proceedings gave the authority to the commissioner for the check account. If the court does not make such a decision, the proceedings will continue and penalties may be imposed.



YILLIK İZİNLERİN ELEKTRONİK ORTAMDA TALEBİ, ONAYLANMASI VE KAYIT ALTINA ALINMASI

AYŞE NAZ DUMAN
nduman@egemenoglu.av.tr

İşyerlerinde izin kayıtlarını tutan birim ve/veya bu kayıtları tutmakla yükümlü personelin zaman kaybının önüne geçilmesi ve iş akışı içerisindeki veriminin artırılması; tutulan yıllık izin kayıtlarının güvenli ve kolay şekilde arşivlenmesi gibi nedenlerle işverenlerin çözüm arayışı içerisinde oldukları gözlemlenmektedir. Buna bağlı olarak, işverenin yönetim yetkisi kapsamında; sürekli olarak değişen ve gelişen teknolojik imkanlardan faydalanılmakta ve güncel yazılım sistemleri işyerlerinde uygulama alanı bulmaktadır. Özellikle de personel sayısı fazla olan şirketlerde, çok daha pratik bir yöntem olması sebebiyle elektronik sistemlerin kullanıldığı bilinmektedir.

Özlük dosyasının bir parçası olan yıllık izin kayıtlarının da işveren tarafından saklanması yükümlülüğü dikkate alındığında, kayıtların elektronik sistemler vasıtasıyla tutulması yönteminin hukuken doğru ve güvenli olup olmayacağı değerlendirilmelidir.

Hukukun; hayatın olağan akışını göz önünde bulundurduğu ve günlük yaşamdan etkilendiği gözetildiğinde, bireylerin/toplumun etki alanına giren her konuya olduğu gibi teknolojik gelişmelere de hukukun ayak uydurmak durumunda olduğu şüphesizdir.

Dolayısıyla, özlük dosyası kapsamında yer alan yıllık izin kayıtlarının işveren tarafından belirlenecek hukuka uygun bir yöntemle, elektronik sistemlerde işleme alınması ve saklanması bir sakınca olmayacağı düşünülmektedir.

İŞVEREN TARAFINDAN ELEKTRONİK ORTAMDA İŞLEME ALINACAK VE KAYIT ALTINDA TUTULACAK İZİN KAYITLARI İÇİN HUKUKA UYGUN BİR YÖNTEM BELİRLENİRKEN NELERE DİKKAT EDİLMELİDİR?

Yasal düzenlemeler ve yüksek mahkeme içtihatlarına göre, yıllık izinlerin kullanıldığına ispatı bakımından işveren ispat yükü altındadır.

4857 sayılı İş Kanununun 60. Maddesinde İZİNLERE İLİŞKİN DÜZENLEMELER başlığı altında "Yıllık ücretli izinlerin, yürütülen işlerin niteliğine göre yıl boyunca hangi dönemlerde kullanılacağı, izinlerin ne suretle ve kimler tarafından verileceği veya sıraya bağlı tutulacağı, yıllık izninin faydalı olması için işveren tarafından alınması gereken tedbirler ve izinlerin kullanılması konusuna ilişkin usuller ve işverence tutulması zorunlu kayıtların şekli Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir yönetmelikle gösterilir." düzenlemesine yer verilmiştir. Yine Kanunda işaret edilen Yıllık İzin Yönetmeliğinin 6. maddesinde "İşveren, işyerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izinlerini gösterir izin kayıt belgesi tutmak zorundadır" 20.maddesinde ise "İşveren; çalıştırdığı işçilerin izin durumlarını gösteren, örneği bu Yönetmeliğe ekli yıllık izin kayıt belgesini tutmak zorundadır. İşveren, her işçinin yıllık izin durumunu aynı esaslara göre düzenleyeceği izin defteri veya kartoteks sistemiyle de takip edebilir." Düzenlemeleri yer almaktadır.

Gerçekten işveren; çalıştırdığı işçilerin izin durumlarını gösteren, örneği Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'ne ekli yıllık izin kayıt belgesini tutmak zorundadır. Bu nedenle; yasal düzenlemeler

REQUESTS, APPROVALS AND RECORDS ON ANNUAL LEAVES IN ELECTRONIC ENVIRONMENT

It is observed that the employers are in search of new solutions to prevent the loss of time of the unit and/or the employees who are responsible for keeping these records at workplaces and to secure and make it easy to archive of annual leave records and to increase the efficiency in the workflow. Accordingly, in scope of employer's right to govern; continuously changing and developing technological facilities are used and current software systems are performed in workplaces. Especially in companies employing more employees, it is often seen that electronic systems are used since it is much more practical.

Given it is an obligation for employers to maintain annual leave records as a part of personal file of an employee, it should be considered whether the method of maintaining records through electronic systems is legally correct and safe, or not.

It is indisputable that the laws also should be coordinated with technological developments as well as with every subject that falls under the circle of individuals/society, when it is considered that the law considers the ordinary life and is influenced from daily life.

Therefore, it is appropriate for employers to process and keep records of the annual leaves of employees electronically within the scope of the personal file to be kept.

WHAT SHOULD BE TAKEN INTO CONSIDERATION WHEN DETERMINING A LEGAL METHOD FOR TO BE PUT INTO PROCESS AND TO BE ENREGISTERED LEAVE RECORDS IN ELECTRONICALLY BY EMPLOYER?

According to legal regulations and supreme court's precedents, the employer is under burden of proof with regards to prove that annual leaves are used by the employees.

Under the Article 60 of Labor Law numbered 4857 whose title is REGULATIONS ON ANNUAL LEAVES, "A regulation indicating the methods and conditions applicable to annual leave with pay, the periods within the year during which leaves will be made available according to the nature of employment, the persons authorized to decide and the order to be observed in exercising the right to leaves, the measures to be taken by the employer in order to implement annual leave in ways useful for employees as well as the form of registers to be kept by the employer shall be issued by the Ministry of Labor and Social Security". In addition, pursuant to Article 6 of the Regulation on Annual Leaves; "The employer must keep documents for annual leave records on which the paid annual leaves of employees can be seen". And according to the Article 20 of the same regulation "The employer must keep documents for annual leave records on which the paid annual leaves of employees can be seen, as attached in this Regulation. The employer may follow annual leave status of each employee by annual leave books recorded according to same principles or card index systems".

dikkate alındığında işçinin yıllık ücretli izinlerin kullandırıldığı izin defteri ve yazılı ödeme belgeleriyle ispatlanması gerekir.

Yargıtay'ın da yerleşik hale gelen içtihatlarında "Yıllık izinlerin kullandırıldığı noktasında ispat yükü işverene aittir, işveren yıllık izinlerin kullandırıldığını **imzalı izin defteri veya eşdeğer bir belge** ile kanıtlamalıdır." Gerekçesine yer verdiği bilinmektedir.(YARGITAY 9.HD. 25.02.2010, E.2008/19000, K.2010/4983; YARGITAY 9.HD., 28.2.2002, E. 2001/17750 47 - K. 2002/3047; YARGITAY 9.HD. 2.5.2000, E. 2000/1051 - K. 2000/6476. YARGITAY 9.HD., 19.2.2002, E. 2002/2942 - K.)

Dolayısıyla; izne ilişkin işçilik alacaklarının konu edildiği bir yargılamada işverenin yıllık izne ilişkin her türlü savunmasını ancak yazılı kayıtlarla ispatlayabileceği tartışmasıdır. İzin kayıtları hakkında tanık dinletilemediği gibi yargılama sırasında işçinin yazılı talebinin bulunup/bulunmadığı, bu talebin ilgili yönetici tarafından onaylanıp/ onaylanmadığı ve/ veya işçinin izin dönüşü işbaşı yapacağı tarihin hangi tarih olduğuna kayıt üzerinde yer verilip/verilmediği gibi bazı bilgilerin de işveren tarafından ibraz edilecek yazılı kayıtlar içerisinde yer alıp/ almadığı somut olayın özelliklerine göre mahkemelerce değerlendirilebilmektedir. Bu nedenlerle elektronik sistem üzerinde işlem yapılsın ya da yapılmassın, yıllık izin kayıtlarının işçi tarafından talebi, iznin yönetici tarafından onaylanması ve özlük dosyası kapsamında saklanması bakımından mutlaka işverenin yazılı kayıtların tutulmasına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekecektir.

İşveren tarafından, izin kayıtlarının elektronik sistemlerde tutulmasının tercih edilmesi halinde; bu kayıtların, imzalı izin defterine eşdeğer nitelikte olup olmayacağı hukuki bir tartışmanın konusu olabilecektir.

5070 sayılı Elektronik imza kanununda güvenli elektronik imza tanımlanmış olup, elle atılan imza ile aynı sonucu doğuracağı kanun koyucu tarafından belirtilmiştir. Ancak bunun için, aynı kanunda düzenlenen hükümlere uygun olarak imzanın

oluşturulması ve doğrulama araçlarına sahip olması gerekmektedir. Bunun da teknik bir konu olması nedeniyle, işverenlerin hizmet aldıkları yazılım şirketlerinden; elektronik imza kanunda belirtilen nitelikte güvenli elektronik imzanın personel tarafından kullanılacağı sistemlerin temin edilmesini istemeleri uygun olacaktır.

Yargıtay'ın geçmişte yer verdiği kararlarından farklı olarak; işverenlerce elektronik sistemde tutulan yıllık izin kayıtları ile ilgili olarak yakın tarihli kararlarında işverenlerin savunmalarına değer verdiği görülmektedir. Kararlarda söz konusu kayıtların güvenli olup olmadığının araştırılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği belirtilmektedir. (T.C YARGITAY 9.Hukuk Dairesi Esas: 2016/ 2232Karar: 2017 / 21074 Karar Tarihi: 12.12.2017, T.C YARGITAY 22.Hukuk Dairesi Esas: 2017/ 22135Karar: 2019 / 10153 Karar Tarihi: 09.05.2019,T.C YARGITAY 22.Hukuk Dairesi Esas: 2017/ 34446Karar: 2017 / 19372 Karar Tarihi: 26.09.2017)

Yüksek mahkeme bir kararında; işverenin izne ilişkin olarak işyerlerinde yer verdiği sistemlerin, bilgisayar mühendisi bilirkişilerce, işyerinde yapılacak bir keşifle incelemelerde bulunarak; *işyerinde çalışanların özlük işlerinin takip edildiği bir bilgisayar sistemi bulunup bulunmadığı, eğer var ise davacının bu sistem üzerinden izin talepleri olup olmadığı, taleplerin işveren temsilcilerince onaylanıp onaylanmadığı, sisteme dışarıdan müdahale yapılıp yapılamayacağı, davacının kayıtlarına müdahalenin söz konusu olup olmadığının belirlenmesi, aynı zamanda sistemin doğruluğunu belirlemek açısından davacının sistemde izinli görüldüğü tarihlerde işyerinde fiili çalışmasının devam edip etmediğini ortaya koymak açısından işyerindeki davacı eliyle yapılmış işlem bulunup bulunmadığı bilgisayar kayıtları ve işyeri evraklarından araştırılması ve sonuca göre karar verilmesi gerektiği yolunda değerlendirmelere yer vermiştir. (T.C YARGITAY 7.Hukuk Dairesi Esas: 2016/ 8610Karar: 2016 / 6625 Karar Tarihi: 17.03.2016)*

The employer must keep annual leave certificate which is shown status of employees' annual leave and is attached Regulation on Annual Leave with Pay. So when the legal regulations are taken into consideration, it is necessary to prove that the annual paid leave of the worker is used with the annual leave book and written payment documents.

According to the established precedent of the Turkish Court of Appeals, "The employer has burden of proof about that the annual paid leave of the worker's annual leave is used, and it should be **proven with signed annual leave book or an equipotent document.**" (COURT OF APPEALS 9th CC. 25.02.2010, P. 2008/1900, D.2010/4983; COURT OF APPEALS 9th CC. 28.02.2002, P. 2001/11750, D.2002/3047; COURT OF APPEALS 9th CC. 02.05.2000, P. 2000/1051, D.2000/6476; COURT OF APPEALS 9th CC. 19.02.2002, P. 2002/2942, D.)

Therefore it is indisputable that an employer can only use written records as an evidence in a trial arising out of a dispute between him/her and his/her employee related to claims on payment of annual leaves. During the trials for the disputes arising out of the claims concerning annual leave records, the Court cannot subpoena the witnesses, and will investigate if there is a written request from the employee for taking an annual leave, and whether this request is approved by his/her manager and/or the record shows the date on which the employee shall return to work. For this reasons, whether it is electronically processed or not, the employer should keep written records proving that there is a written request from the employee for taking an annual leave, and this request is approved by his/her manager and the record shows the date on which the employee shall return to work, and keep them within the personal file.

In cases where the employers prefer to keep annual leave records electronically, it would be a subject of a legal debate whether these records are equivalent to the signed annual leave books.

Secure electronic signature is defined in the Electronic Signature Law numbered 5070, it is stated by the legislator that electronic signature shall be had the same result as the signature by hand. However

in order for this, the signature must be created according to the provisions of the said law and it must involve the means of verification. Since it is a technical issue, the employers may request from their software service providers to ensure the implementation of a system on which the employees can use the secure electronic signature in compliance with the laws.

Unlike the former precedents of the Court of Appeals; with their recent precedents the Court of Appeals values employers' defense arguments relating to annual leave records which are kept electronically. It is stated with these precedents that the court must investigate the reliability of these records and come to a judgment as a result of this investigation. (COURT OF APPEALS 9th CC. P. 2016/2232, D.2017/21074 Decision Date: 12.12.2017; COURT OF APPEALS 22th CC. P. 2017/22135, D.2019/10153 Decision Date: 09.05.2019; COURT OF APPEALS 22th CC. P. 2017/ 34446, D. 2017 / 19372 Decision Date: 26.09.2017)

According to a precedent of the Court Of Appeals, through an examination and an expert report to be concluded by a group of experts comprising of computer engineers with relation to the systems used in the workplace for annual leave records, *the first instance courts must investigate if there is a software system allowing the employers to track employment matters on their employees' personal rights electronically, and if there is a system as such then if the employees can make a request through this systems for taking an annual paid leaves, and if these requests are approved by their superiors or the representatives of the employer, or if the system can be intervened externally and if the records of the claimant can be modified by an external intervention, and in order to test the reliability of the systems used by the employer the Courts must inquire if the employees actually worked or made any transactions during these annual leaves that are shown as taken in the systems. (COURT OF APPEALS 7th CC. P. 2016/ 8610, D. 2016/6625 Decision Date: 17.03.2016)*

SONUÇ OLARAK;

İşverenin yönetim yetkisi kapsamında teknolojik imkanları; amacına ve hukuka uygun olarak kullanabileceği tartışmasızdır. Bize göre işveren, elektronik sistem üzerinde izinlerin talep edilmesi, onaylanması ve saklanması ilişkin bir işyeri uygulamasına geçecek olursa bu uygulamaya ilişkin olarak tüm personele gerekli eğitimleri vermeli, izne ilişkin işlemlerin bu sistem üzerinden yapılacağını bildirmeli/ ilan etmelidir.

Ayrıca işverenin yasal yükümlülükleri göz önünde bulundurduğunda uygulamaya alınan elektronik sistemin /yazılımının olası bir yargılamada bilgisayar mühendisi bir bilirkişi tarafından incelenmesi halinde *“işyerinde çalışanların özlük işlerinin takip edildiği bir bilgisayar sistemi bulunup bulunmadığı, eğer var ise davacının bu sistem üzerinden izin talepleri olup olmadığı, taleplerin işveren temsilcilerince onaylanıp onaylanmadığı, sisteme dışarıdan müdahale yapıp yapılamayacağı, davacının kayıtlarına müdahalenin söz konusu olup olmadığının belirlenmesi, aynı zamanda sistemin doğruluğunu belirlemek açısından davacının sistemde izinli görüldüğü tarihlerde işyerinde fili çalışmasının devam edip etmediğini ortaya koymak açısından işyerindeki davacı eliyle yapılmış işlem bulunup bulunmadığı”* hususlarını şüpheyi yer vermeyecek biçimde ortaya konabilecek nitelikte olup/olmadığı gözetilmelidir.

Hatta izin kayıtlarının elektronik sistemde kayıt altına alınması konusunda hizmet alınacak yazılım firmasından, tutulacak kayıtların 5070 sayılı kanunda tanımlanan güvenli elektronik imza aracılığı ile imzalanmasının sağlanması noktasında, taahhüt alınması işveren lehine olacaktır. Bu nedenle, mahkeme kararı ya da kurum teftişi sonucu işveren aleyhine değerlendirme yapılması halinde işverenin uğrayacağı zararın tazmini için, hizmet alımına ilişkin sözleşme ile rücu hükümlerine yer verilmesi de tavsiye edilmektedir.

IN CONCLUSION;

It is not indisputable that the employer should use the technological facilities in accordance with its purpose and law and in scope of employer's right to govern. In our opinion, if the employer enters into a workplace application concerning the annual leaves to be requested, approved and recorded electronically, then the employer should provide the necessary training to all employees regarding this application and notify all the employees of this application or declare the procedures related to the authorization shall be made through this system.

Additionally, when employer's legal obligations considered, in case of examination of applied electronic system/software by the computer engineer expert in the possible litigation, it should be considered without any hesitation that *“if there is a software system allowing the employers to track employment matters on their employees' personal rights electronically, and if there is a system as such then if the employees can make a request through this systems for taking an annual paid leaves, and if these requests are approved by their superiors or the representatives of the employer, or if the system can be intervened externally and if the records of the claimant can be modified by an external intervention, and in order to test the reliability of the systems used by the employer the Courts must inquire if the employees actually worked or made any transactions during these annual leaves that are shown as taken in the systems”*.

Moreover, it will be in favor of the employer to ensure from the software company that the records to be kept in the electronic system are signed with the secure electronic signature defined in the Law No. 5070 by their employees. For this reason, it is recommended to include a compensation or penalty clause to the service provider agreements in order to compensate the employer for the damages can be incurred as a result of a court decision or an inspection of an administrative authority.



FAZLA MESAI ÜCRETİ ALACAĞINDA İSPAT YÜKÜ KİMDEDİR?

AZİZ AYTAÇ
aaytac@egemenoglu.av.tr

İşçinin günlük, haftalık hatta yıllık çalışma süresinin hangi zaman dilimi ile sınırlı olacağı dünyanın her ülkesinde olduğu gibi ülkemizde de kanun koyucu açısından işçi ile işveren arasındaki dengenin gözetilmesi anlamında önem arz etmekte ve çeşitli tartışmalara konu olmaktadır.

Ülkemizde kural olarak fazla çalışma 4857 sayılı İş Kanunu madde 41'deki tanımı ile kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırk beş saati aşan çalışmalardır. Kural olarak işçiye her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir. Yasada ayrıca günlük çalışma süresinin 11 saati aşamayacağı belirtilmiştir. Fazla çalışma yönetmeliği madde 5 ise '*Fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamaz. Bu süre sınırı, işyerlerine veya yürütülen işlere değil, işçilerin şahıslarına ilişkindir.*' hükmü ile işçinin bir yılda yapabileceği azami sınırı ortaya koymaktadır.

Yazının amacı fazla çalışmanın içeriğinden çok bu çalışmanın ispatlanması konusunda iş hukukundaki kurallara değinmektir. Burada karşımıza çıkan ilk kural ise fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi; iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür. Fazla çalışma ücretine hak kazanabilmek için öncelikle işçinin bu hususu kanıtlaması gerekmektedir. İşveren ise işçinin bu iddiası karşısında ya fazla mesai yapıldığını ya da işçinin fazla çalışma yapması ile işçiye fazla çalışma ücretini ödediğini ispatlamak zorundadır. Yine fazla çalışma yönetmeliği madde 6; '*Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçi, isterse işverene yazılı olarak başvurmak koşuluyla, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat*

karşılığında bir saat onbeş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir.' hükmü ile işveren tarafından işçiye zamlı fazla çalışma ücreti ödenmesi yerine serbest zaman kullanılabileceğini kurala bağlamıştır. Serbest zaman kullanılmasının ispatı konusunda ise mevzuatımızda yazılı ispat kuralı geçerlidir. İşveren işçinin 'yazılı' başvurusu üzerine serbest zaman kuralına başvurabilir. İşçinin serbest zaman kullanmasında bir diğer önemli husus da bu zamanın işçinin tatil ve izin günlerinde kullanılamayacağıdır.

Fazla çalışma alacağının ispatı konusunda en önemli kural 'işçinin imzasını taşıyan bordronun sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğinde olduğu' kuralıdır. Bir başka deyişle eğer bordroda işçinin imzası ve fazla mesai yapıldığına ilişkin herhangi bir kayıt yoksa; **işçi fazla mesai yaptığını her türlü delille ispatlayabilir.** İşçi eğer ihtirazi kayıt belirtmeden bordroyu imzalamış ve fazla mesai alacağı konusunda işçi tarafından itiraz edilmemiş ise; işçi bordrodakinden daha fazla bir çalışması varsa bunu ancak yazılı bir delille ispatlayabilecektir.

Fazla çalışma ücreti alacağının ispatı açısından özellikle işverenin yazılı bir delilinin olmadığı durumlarda işçinin 'her türlü delille' bu çalışmasını ispatlayabilmesi konusunda günümüzdeki teknolojik gelişmelerin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. İşyeri giriş ve çıkışlarına ilişkin tutulan elektronik kayıtlar veya yapılan mail yazışmaları da fazla çalışmanın ispatı açısından önem arz etmektedir.

WHO HAS THE BURDEN OF THE PROOF ON THE OVERTIME WAGES?

The limitation of the length of the daily, weekly and yearly working hours of the employees by the legislators in order to maintain the balance between the employee and the employer is an important issue in our country as well as the other countries across the world.

Pursuant to the Article 41 of Labor Law numbered 4857, overtime is the work, which exceeds forty five hours a week, and remunerated in hourly basis with higher rates. The wage for each hour of overtime work is paid by raising the hourly rate of the regular working wage by fifty percent. Under the Labor Law, it is also stated that the daily working hours shall not be exceeded over 11 hours. On Overtime Work, the maximum overtime work that an employee can make in one year is limited according to the Article 5 of Regulation; '*The total period of overtime work shall not exceed two hundred and seventy hours in a year. This time limit is not related to workplaces or conducted works, but to the personality of employees*'

The aim of this article is to mention the rules in labor law in terms of proving this overtime work rather than the content of overtime work. In here, the first rule we encountered is the employee who claims that he/she did overtime work, is obliged to prove his/her claim. In order to claim the right to overtime pay, the employee must prove primarily this matter. On the other hand, the employer has to prove against this claim of the employee that overtime work has not been done or overtime wage has been paid to the employee for the employee's overtime work. Again, Article 6 of Regulation on Overtime Work regulates that the employee may use free time instead of paying raised overtime wage

to the employee by the employer with the provision that '*The employee who has worked overtime or at extra hours so wishes, rather than receiving overtime pay, he/she may use, as free time, one hour and thirty minutes for each hour of overtime and one hour and fifteen minutes for each extra hour worked.* As for the proof of the use of free time, the documentary proof rule is valid on our legislation. The employer may apply the free time rule upon the employee's 'written' application. Another important issue for the employee to use free time is that this time shall not be used on the holidays and leave days of the employee.

The most important rule about the proof of overtime claim is that 'the payroll bearing the employee's signature is hard evidence until its falsity is proven.' In other words, if the payroll doesn't contain employee's signature and any record about overtime, **the employee may prove that he/she worked overtime with all kinds of evidence.** If the employee sign the payroll without specifying a mental reservation and do not object about claim of overtime wage; in case of more work than shown in the payroll, the employee, may prove it only with a written evidence.

Today's technological developments also need to be taken into consideration in order for employee to prove the overtime work with 'all kinds of evidence' especially in cases where the employer does not have a written evidence. Also electronic records related to the workplace entrances and exits or e-mail correspondences are important to prove of overtime work.

İşveren tarafından fazla çalışma ücreti ödenirken bu alacağın ödenmesi konusunda muvazaaya yer verilmenden ödeme yapılmalıdır. Bir diğer değişle bordroda yer almayıp banka kayıtlarında mevcut olan fazla çalışma alacağı söz konusu olabilir ve her ay için **aynı miktar** üzerinden yapılacak ufak bedelli ödemelerin varlığı halinde işçinin fazla mesai ücreti alacağını tamamen aldığı düşünülemez. Zira işverenin bu hareketi fazla çalışma ücretini ödenmekten kaçınma gibi bir durum doğurmaktadır. İşçinin her ay aynı fazla mesai ücretine hak kazanması ve bunun karşılığı olarak işverenin sadece banka ödeme kayıtlarında bunu belirtmesi hayatın olağan akışına aykırıdır. Burada yapılması gereken, işçinin gerçekten yaptığı fazla çalışmaların yazılı şekilde kayıt altına alınarak ödemelerin de işçinin itirazına mahal vermeyecek şekilde gerçekleştirilmesidir.

Belirtmek gerekir ki Yargıtay'ın yerleşik içtihatları doğrultusunda işverenden talimat almadan fazla çalışma yapan üst düzey yöneticiler bu ücrete hak kazanmayacaktır. Zira işverenin talimatı olmadan; işinin ve pozisyonunun gereği olarak kendi çalışma saatini kendi belirleyen üst düzey bir çalışana fazla mesai ücreti verilmesi hakkaniyetle bağdaşmayacaktır. Örnekleyecek olursak 'genel müdür', 'saha müdürü', 'mağaza müdürü' veya 'bölge müdürü' gibi **en üst düzey çalışanlar** işlerinin doğası gereği işverenden bağımsız bir şekilde fazla çalışma gerçekleştirdiklerinden bu çalışmalarını ispatlasalar dahi fazla çalışma ücretine hak kazanamayabilirler. Ancak yine belirtmek gerekir ki burada hem işverenin talimatının olmamasına hem de her somut olaya ve işçinin görev tanımına göre fazla çalışma ücretine hak kazanılıp kazanılmayacağına karar verilecektir. Yasa ve yönetmeliklerimizde her ne kadar işçinin görev tanımına göre böyle bir ayırım olmasa da yüksek mahkeme içtihatları ile fazla çalışma ücretine hak kazanılmadığına dair hükümler verilebilmektedir. Unutmamak gerekir ki genel kural işçinin işverene bağlı olduğu ilkesidir. Salt görev tanımından kaynaklı –somut olaydan bağımsız düşünerek- işçiye fazla mesai alacağı ödenmemesine ilişkin bir kuralın varlığı elbette işçinin korunması ilkesine aykırı olacaktır.

Uygulamada, yazılı delillerin olmadığı veya işçinin yazılı imzasını taşımayan bordroların söz konusu olduğu yargılamalarda tanık ifadeleri fazla mesai alacağına hak kazanılıp kazanılmayacağı konusunda mahkemelerin vereceği kararlara esas olmaktadır. Yukarıda da bahsedildiği üzere işçi fazla çalışma yaptığını işverenin yazılı ispat kuralına uymadığı durumlarda 'her türlü delille' ispatlayabilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki işyerinde günlük mesainin puantaj kaydı ya da elektronik ortamda kart basma olarak şeklinde işverence tespit edildiği hallerde ispat yönünden anılan kayıtlara değer verilmelidir. (Yargıtay 9.HD. 21.2.2006 gün 2005/33806 E, 2006/ 4647 K.) Anılan kayıtların varlığı halinde tanık beyanlarına göre sonuca gidilmesi doğru olmayacaktır.

Tanık delili ile ispat kuralının devreye girdiği durumlarda dikkat edilmesi gereken ilk husus; tanık ile fazla mesai ücreti alacağı talebinde bulunan işçinin aynı dönemde çalışmış olmasıdır. Tanığın fazla mesai alacağı talepli bir davaya etkisi çalışmış olduğu dönem ile sınırlı olmalıdır. Tanık dinletilmesi ve tanık beyanlarının hükme esas alınmasında bir diğer dikkat edilmesi gereken kural da tanıkların işverene karşı dava açmış yani husumet yaşamış olup olmadığıdır. Zira sadece işverene karşı dava açan tanık beyanlarına dayanan bir mahkeme kararı hukuka uygun olmayacaktır. (Yargıtay 9.HD. 26.1.2006 gün 2005/ 11607 E, 2006/1465 K.) Dava açan işçilerin menfaat birliği içerisinde birbirlerine tanıklık ettiği uygulamada sıklıkla görülmektedir. Ancak yine belirtmek isteriz ki sistematik ve bilinçli bir şekilde işçilerin tamamına veya hatırı sayılır çoğunluğuna fazla çalışmasının karşılığını ödemeyen bir işveren söz konusu olursa; işverene dava açan işçilerin birbirlerine tanıklık yapmasında hukuka aykırı bir durum söz konusu olmayacaktır. İşverene dava açan tanık beyanlarının fazla çalışmanın ispatı açısından hukuka uygun birer delil olup olmayacağı da her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Sonuç olarak fazla çalışma alacağının belgelenmesi; yönetmeliğin **10.maddesinde** açıkça belirtilmiştir.

When paying overtime wage by the employer, payment should be made without collusion. In other words, there may be overtime work that is not included in the payroll and that is shown in the bank records, and it cannot be assumed that the employee will receive overtime wages completely in case of small amount payments made on **the same amount for each month**. Because, this act of the employer creates a situation of avoiding overtime pay. It is contrary to the usual flow of life that the employee is entitled to the same overtime wage each month and the employer states this only in the bank payment records. What needs to be done here is to record in writing the employee's overtimes and to make the payments in a way that does not allow the employee's objection.

It should be noted that senior executives who do overtime without receiving instructions from the employer shall not be entitled to this wage in line with the repetitive precedents of the Court of Appeals. Because, without instructions from the employer; it is conflict with equity to give overtime wages to a high level employee who determines his/her own working hours as a requirement of his/her job and his/her position. To illustrate, **the highest level employees** like as 'general manager', 'field manager', 'store manager' or 'region manager' may not be entitled overtime payments even if they prove their works because they perform, due to the nature of their work, independently from the employer. However, it should be also noted that it should be decided here whether the instruction is not given by the employer and whether or not he/she will be entitled to overtime wage according to each concrete event and the job description of the employee. Although there is not a distinction, in our laws and regulations, according to the description of the employee, it is possible to have judgment by Court of Appeals precedents which states that the right to overtime wage is not entitled. . It is important to remember that the general principle is that the employee is bound to the employer. The existence of a rule of non-payment of overtime

based on pure job description - independently of the concrete event - shall be contrary to the principle of protection of the employee for sure.

In practice, in cases, where there is not any documentary evidences or payrolls without written signature of the employee, witness statements are the basis of decisions of courts as to whether they will be entitled to overtime payments. As mentioned above, the employee may prove that his/her overtime work with all kinds of proof in cases where the employer does not comply with the written proof rule. However, it should be noted that if daily shift is determined by the employer in the form of payroll registration or electronic cards, aforesaid records should be considered as a proof. (COURT OF APPEALS 9th CC. 21.02.2006, P. 2005/33806, D.2006/4647) If there are aforesaid records, it would not be true to conclude according to the witness statements.

The first point to be considered in cases where the proof rule with witness evidence comes into effect is that; the witness and the employee requesting overtime wages worked during the same period. The effect of the witness on case which is about request of overtime wages should be limited to the period in which the witness had worked. Another rule that should be taken into consideration whether or not witnesses have filed a lawsuit against the employer in cases where the decision is based on call witnesses and witness statements. Because, a court decision based solely on witness statements filing a lawsuit against the employer shall not be lawful. (COURT OF APPEALS 9th DD. 26.01.2006, F. 2005/11607, D.2006/1465) In practice, it is seen frequently that the employees who have filed a lawsuit, testify to each other in the unity of interest. However, we would like to state that if there is an employer who does not systematically and consciously pay overtime wages to all employees or considerable majority of them, it is not unlawful that the employees who have filed a lawsuit, testify to each other. Whether the statements of witnesses who have a lawsuit against

Buna göre ; ‘İşveren, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırdığı işçilerin bu çalışma saatlerini gösteren bir belge düzenlemek, imzalı bir nüshasını işçinin özlük dosyasında saklamak zorundadır. İşçilerin işlemiş olan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretleri normal çalışmalarına ait ücretlerle birlikte, 4857 sayılı İş Kanununun 32 ve 34 üncü maddeleri uyarınca ödenir. Bu ödemeler, ücret bordrolarında ve İş Kanununun 37 nci maddesi uyarınca işçiye verilmesi gereken ücret hesap pusulalarında açıkça gösterilir.’ İşveren daha sonra fazla mesai alacağı talepli bir dava ile karşı karşıya kalmak istemiyorsa; fazla çalışma yapan işçisine bu çalışmasının karşılığını ödemeli ve bunu yazılı şekilde kayıt altına almalıdır. Aksi durumda işçi, fazla çalışmasını her türlü delille ispat edebilmektedir.

the employer are legal evidence for the proof of overwork should be evaluated separately according to each concrete event.

Consequently, documenting of claim of overtime wage; is stated clearly **in Article 10** of Regulation. Accordingly; “The employer must draft a document showing working hours of employees doing overtime or extra work and must keep a signed copy of this document in the employee’s personal file. Employees’ accrued overtime wages and wages for extra work along with wages of normal works shall be paid according to the Article 32 and 34 of Labor Law numbered 4857. These payments shall be clearly indicated on the wage payrolls and on the wage accounting rolls, which must be given to the employee in accordance with Article 37 of the Labor Law.” If the employer does not desire to be faced with a lawsuit in the future regarding the claims on overtime payments, he/she should pay the employee for the overtime work and should record this in writing. Otherwise, the employee may prove his/her overtime work with all kinds of evidences.

MİRASIN HÜKMEN REDDİ

DİDEM KELEŞ PINAR
dpinar@egemenoglu.com



Medeni Kanunumuza göre kişilik ölümle son bulur. Ancak, kişilerin sahip olduğu bazı haklar ve borçlar ölüm ile son bulmaz. Bu durumda da miras ve miras hükümleri ortaya çıkmaktadır.

Miras, bir kimsenin yaşamını yitirmesi sonucu mirasçılara kalan mal, hak, borçlar; bunların külli halefiyet yolu ile intikal etmesi olarak ifade edilebilir. Miras, miras bırakanın ölümü ile açılır.

Miras, mirasçılara miras bırakanın ölümü ile kendiliğinden geçer. Mirasçılar miras bırakanın borçlarından da kendi malvarlıkları ile sorumludurlar.

Bu hususlar Medeni Kanunumuzda;

“MADDE 575.- Miras, miras bırakanın ölümüyle açılır. Miras bırakanın sağlığında yapmış olduğu mirasla ilgili kazandırmalar ve paylaştırmalar, terekenin ölüm anındaki durumuna göre değerlendirilir.”

“MADDE 605.- Yasal ve atanmış mirasçılar mirası reddedebilirler.

Ölümü tarihinde mirasbırakanın ödemedi aciz açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, miras reddedilmiş sayılır.”

“MADDE 606.- Miras, üç ay içinde reddolunabilir.

Bu süre, yasal mirasçılar için mirasçı oldukları daha sonra öğrendikleri ispat edilmedikçe miras bırakanın ölümünü öğrendikleri; vasiyetname ile atanmış mirasçılar için miras bırakanın tasarrufunun kendilerine resmen bildirildiği tarihten işlemeye başlar.”maddeleri ile düzenlenmiştir.

Türk Medeni Kanununda; mirasın gerçek reddi ve mirasın hükmen reddi olmak üzere 2 farklı mirasın reddi tanımlanmıştır. Burada mirasın hükmen reddi üzerinde duracağız.

Mirasın hükmen reddi gerçek reddi farklı hukuki sürece tâbidir. Mirasın hükmen reddi yönündeki tespit davasında yetkili mahkeme, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 6. Maddesi gereği davalının(alacaklıların), davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi olup, görevli mahkeme ise, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 2. maddesindeki genel kural gereği asliye hukuk mahkemeleridir¹. (GENÇCAN, s.579-580).

Mirasın hükmen reddi şartları ;

MİRASBIRAKANIN ÖLÜM ANINDA BORÇLARINI ÖDEMekten ACİZ OLMASI

Miras bırakanın ölüm anında borçlarını ödemekten aciz olması ve bu durumun açıkça belli veya resmen tespit edilmiş olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekir. Yani miras bırakan ölüm anında kendi borçlarını ödemekten aciz durumda olmalı veya terekenin pasiflerinin aktiflerinden fazla olması olarak tanımlanmaktadır. Hükmen red konusunda önemli olan husus ölüm anındaki durumun tespitidir. Miras bırakanın ölüm anındaki durumunun tespitinin ispat yükü de mirasçılardadır.

“Miras bırakanın ölüm anında borçlarını ödemekten aciz olması, geçici bir nakit sıkışıklığı olarak anlaşılmamalıdır. Gerçekten de, aslında borçlarını karşılayacak miktarda malvarlığına sahip olmakla birlikte, alacaklarını tahsil edememe, malvarlığını

REJECTION OF INHERITANCE BY LAW

According to our Civil Code, personality ends with death. However, certain rights and obligations of individuals do not end with death. In this case, the inheritance and inheritance provisions arise.

Inheritance can be defined as the practice of passing on property, rights, and upon the death of an individual; and complete succession of these. The inheritance is opened by the death of the decedent.

The inheritance passes to the heirs by itself at the time of the death of the decedent. The heirs are also responsible for the debts of the decedent with their own assets.

These issues in our Civil Code are regulated by;

“ARTICLE 575- The opening of the heritage occurs following the death of the deceased. Any disposition or apportionments made by the decedent related to his/her heritage while alive are evaluated according to the condition of the heritage at the time of death.

“ARTICLE 605- Legal and appointed heirs may reject the inheritance.

If the insolvency of the decedent of paying his/her debts on the date of his/her death is clearly definite or officially determined, the inheritance shall be deemed rejected.”

“ARTICLE 606- Inheritance can be refused within three months.

This period starts for the legal inheritors unless it is proven that they have learned that they were heirs later, from the date of discovery of the death of the

decedent; for the inheritors appointed by testament starts from the date which the decedent's savings are officially notified to them."

In the Turkish Civil Code, there are 2 different kinds of rejection of inheritance; the real rejection of inheritance and the rejection of inheritance by law. Here we will be focusing on the rejection of inheritance by law.

The rejection of inheritance by law is subject to a legal process different from the real rejection. The competent court of jurisdiction in the case of the rejection of the inheritance by law is the court of residence of the defendant (creditors) on the date of the opening of the case due to Article 6 of the Civil Procedure Law, and the court in charge is the civil courts of general jurisdiction as per the general rule of Article 2 of the Civil Procedure Law. ¹(GENÇCAN, page.579-580)

Conditions of rejection of the inheritance by law;

THE INSOLVENCY OF THE DECEDENT AT THE TIME OF DEATH

The decedent must be incapable of paying his/her debts at the time of his/her death, this situation must be clearly definite or formally determined and these conditions shall exist at the same time. In other words, it is defined as the decedent's insolvency of paying his/her debts at the time of death or the liabilities of the heritage is more than the assets. The important issue of the rejection by law is the determination of the situation at the time of death. And the burden of proof of the decedent's situation at the time of death is on the inheritors.

paraya çevirememesi gibi bir sebeple borçlarını geçici olarak ödeyemez durumda olan kişinin, borçlarını ödemekten aciz olduğundan söz edilemez. Miras bırakanın ölüm anında kendi borçlarını ödemekten aciz olması veya terekenin pasiflerinin aktiflerini aşmış bir hâlde bulunması gerekir.”²

MİRASBIRAKANIN ACZİNİN AÇIKÇA BELLİ VEYA RESMEN TESPİT EDİLMİŞ OLMASI

Ölüm tarihinde miras bırakanın ödemeden aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, miras reddedilmiş sayılır.(TMK m. 605/2)Mirasçılar,Türk Medeni Kanunu'nun 610. maddesinde yazılı aykırılık da bulunmadıkça; yani zımnen mirası kabul etmiş duruma da düşmüş olmadıkça her zaman murisin ödemeden aczinin tespitini isteyebilir.

Türk Medeni Kanununun 606. maddesinde belirtilen 3 aylık süre bu davalarda uygulanmaz.

“Doktrinde genel olarak kabul edildiğine göre, miras bırakanın ölüm anında borçlarını ödeyemez durumda olmasının açıkça belli olması, bu durumun en azından miras bırakanın çevresince biliniyor olması anlamına gelmektedir.”³

“Miras bırakanın ölüm anında borçlarını ödeyemez durumda bulunduğu resmen tespit edilmiş olması ise, miras bırakan hayattayken aleyhine alınmış bir iflas kararı, miras bırakan hayattayken aleyhine sürdürülmüş icra takibinin semeresiz kalması nedeniyle alacaklıların aciz vesikası almış olması ve borçlunun bu belgeye bağlanan borçları ödeyemeden ölmüş olması, miras bırakanın konkordato süreci içerisinde bulunmuş olması gibi durumlarda söz konusudur.”⁴

MİRASI HÜKMEN RED EDEBİLMEK İÇİN MİRASI KABUL ETMİŞ OLMAMAK, MİRASI KABULE İLİŞKİN DE BİR İŞLEM YAPMAMIŞ OLMAK

Bu husus Yargıtay kararlarında da açıkça belirtilmektedir.

T.C. YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ E. 2016/10621 K. 2019/5221 T. 16.9.2019

KARAR : Dava, TMK'nun 605/2. maddesi gereğince açılan mirasın hükmen reddi istemine ilişkindir. Davacılar vekili, miras bırakan ...'in terekesinin borca batık olduğunu, mirasın hükmen reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddini talep etmişlerdir. Mahkeme, davanın kabulüne karar vermiştir.

Dava miras bırakanın yasal mirasçıları tarafından açılmıştır. Davacılar miras bırakanın ölüm tarihinde, terekesinin borca batık olduğunu belirtip bu sebeple terekenin borca batık olduğunun tespitine kararı verilmesini talep etmişlerdir (TMK. m. 605/2). Yasal mirasçılar, terekenin olağan yönetimi niteliğinde olmayan veya miras bırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olanın dışında işleri yapmamış olmaları veya terekeyi sahiplenmemiş bulunmaları halinde terekenin ölüm tarihinde borca batık olduğu yönünde tespit kararı verilmesini isteyebilirler. Terekeyi sahiplenmiş olan veya sahiplenme anlamına gelen işleri yapan mirasçıların, bundan sonra terekenin borca batık olduğunu ileri sürmeleri Türk Medeni Kanununun 2. maddesindeki dürüstlük kuralına aykırı olur. Hakkın açıkça kötüye kullanılmasını da hukuk düzeni korumaz.

Türk Medeni Kanunu 605/2 maddesi uyarınca açılan mirasın hükmen reddi istemine ilişkin dava, alacaklılara husumet yöneltilerek görülür.

Somut olayda, davacı mirasçılardan ... ve ...'in miras bırakanın ölüm tarihinden sonra vergi borcu için 14.10.2014 tarihinde Kazım Karabekir Vergi Dairesi'nde yapılandırma talebinde bulundukları ve 02.02.2015 ile 02.03.2015 tarihlerinde borcun 420,49 TL'lik iki taksitinin ödemesini yaptıklarının bildirildiği görülmüştür. Miras bırakanın yapılandırma talebi ve borçlarını ödeme işlemleriyle terekeyi sahiplenilen mirasçı davacılar hakkında davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir. ” şeklinde karar verilmiştir.

“The inheritor's inability to pay his debts at the time of death should not be understood as a temporary cash shortage. Indeed, it cannot be mentioned that the person who is, in fact, unable to pay his debts temporarily due to the inability to collect his receivables and to turn his assets into money, is insolvent of paying his/her debts. The decedent must be incapable of paying his/her debts at the time of death or the liabilities of the heritage must exceed the assets.”²

THE INSOLVENCY OF THE DECEDENT BEING CLEARLY DEFINITE AND OFFICIALLY DETERMINED

If the insolvency of paying his/her debts of the decedent on the date of his/her death is clearly definite or formally determined, the inheritance shall be deemed rejected. (Turkish Civil Code Art. 605/2) The inheritors may always request the determination of the decedent's insolvency unless there is no contrariety to the Turkish Civil Code Article 610; in other words, the inheritors always ask for the determination of the insolvency of the decedent unless they have implicitly accepted the heritage.

The three-month period specified in Article 606 of the Turkish Civil Code shall not apply in these cases.

“According to the general acceptance of the doctrine, the situation of the decedent's insolvency of paying his/her debts at the time of his/her death is being clear means that the situation is at least known by the entourage of the decedent.”³

“And the decedent's situation of being insolvent to pay his/her debts at the time of death is being officially determined is mentioned in such cases as; a bankruptcy decision was taken against him/her before the decedent leave the heritage, a certificate of insolvency has been taken by the creditors because of an execution proceeding held against him/her is remained unsuccessful and the debtor has been dead before the payment of the debts related to this document, and the decedent has been in the concordat process.”⁴

THE INHERITORS SHALL NOT ACCEPT THE HERITAGE AND NOT CONDUCT ANY PROCEDURE IN ACCORDANCE WITH ACCEPTANCE

This issue is also clearly mentioned by the Court of Cassation decisions.

THE DECISION OF THE 14TH CIVIL CHAMBER OF THE COURT OF CASSATION DATED 16.9.2019, NUMBERED E. 2016/10621, K.2019/5221:

It was established in the form of;

DECISION: The case is regarded to the request for the rejection of inheritance by law pursuant to the Article 605/2 of the Turkish Civil Code. Attorney of the plaintiffs has requested to be judged to the rejection of the inheritance by law in accordance with the heritage is being deep in debt.

The attorney of the defendant has requested the dismissal of the file. The court has decided to acceptance of the case.

The case has been filed by the legal inheritors of the decedent. The plaintiffs stated that on the date of the death of the decedent, his/her heritage was deep in debt and therefore requested that a decision be made to determine that the heritage was deep in debt (Turkish Civil Code Art. 605/2). The legal inheritors may request the determination of the heritage is being in deep in debt at the time of death unless they have not made any action that is different from the usual management actions of the heritage and the necessary actions for the decedent's businesses to be conducted. It is contrary to good faith in Art. 2 of the Turkish Civil Code that the inheritors which have owned the heritage or have made actions referring to be owned to allege the heritage is being deep in debt. And the law does not protect the explicit abuse of the right.

Pursuant to Turkish Civil Code Article 605/2, the case related to the request of the rejection of the inheritance by law is filed against the creditors.

Mirasın reddi durumunda merak edilen konulardan biri de SGK ‘dan mirasçılara intikal edebilecek maaşların durumudur. Bu konuya ilişkin doktrindeki görüş ve Yargıtay kararları uyarınca maaşların kabul edilmesi mirası redde engel bir durum teşkil etmemektedir.

“Mirasçının Emekli Sandığından veya SSK’dan dulluk veya yetimlik maaşı alması, Medenî Kanunun 610. maddesi anlamında terekeyi kabullenme sayılmaz. Çünkü bu kurumlarca ölenin dul veya yetimlerine yapılan ödemeler, ölenin geride kalanlarının sosyal güvencesini temin amacıyla yapılmaktadır; sosyal güvence, anayasal bir haktır. Bir kişinin mirası reddetmesi, sosyal güvenliğinden yoksun kalmasına sebep olmamalıdır.”⁵ (KILIÇOĞLU, s.262).

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ E. 2005/23073 K. 2005/26042 T. 26.12.2005

MİRASIN REDDİ (Borçluların Murislerinden Kendilerine Bağlanan Maaşı Sahiplenmelerinin Murisin Mirasını Reddetmelerine Engel Teşkil Etmeyeceği - Terekeye Dahil Olmadığı)

MURİSİN ALMAKTA OLDUĞU MAAŞ(Terekeye Dahil Olmadığı - Borçluların Murislerinden Kendilerine Bağlanan Maaşı Sahiplenmeleri/Mirası Reddetmelerine Engel Teşkil Etmeyeceği)

MURİSİN BORCU (Borçluların Murislerinden Kendilerine Bağlanan Maaşı Sahiplenmelerinin Murisin Mirasını Reddetmelerine Engel Teşkil Etmeyeceği - Terekeye Dahil Olmadığı)

“.....Borçluların murislerinden kendilerine bağlanan maaşı sahiplenmeleri TMK’nun 605. maddesi uyarınca murisin mirasını reddetmelerine engel teşkil etmez. Zira, murisin herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan almakta olduğu maaşı terekese dahil değildir.”

Mirasın gerçek reddinin aksine, hükmen red için dava açma ile ilgili bir süre de bulunmamaktadır.

TR

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ E. 2016/11514 K. 2019/4967 T. 30.5.2019

“.....Ölüm tarihinde miras bırakanın ödemeden aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, miras reddedilmiş sayılır (TMK. madde 605/2). Bu nedenle mahkemece yapılacak terekenin aktif ve pasifine ilişkin tüm araştırmaların miras bırakanın ölüm tarihi esas alınarak yapılması gerekir. Mirasçılar Türk Medeni Kanunu’nun 610. maddesinde yazılı aykırılık da bulunmadıkça yani zımnen mirası kabul etmiş duruma düşmüş olmadıkça her zaman murisin ödemeden aczinin tespitini isteyebilir. Türk Medeni Kanunu’nun 606. maddesinde belirtilen süre bu davada uygulanmaz. Dava alacaklılara husumet yöneltilerek görülür.....”

Güncel Yargıtay kararları ile de bu husus açıklik kazanmıştır.

¹ GENÇCAN, s.579-580
² Mirasın Hükmen Reddi – Doç. Dr. Hasan Petek sf.2210
³ Mirasın Hükmen Reddi – Doç. Dr. Hasan Petek sf.2212 -Uzmanlık gerektirmeyen, basit bir inceleme veya araştırma sonucunda ya da gözle görülebilir bir şekilde veya ölüm anına kadar tereke hakkında elde edilen bilgilerden miras bırakanın borca batık olduğu anlaşılıyorsa, borca batıklığın açıkça belli olduğu ifade edilmiştir. Borçlunun hayatayken mevcudunun mali bir krizle enimesi sebebiyle borçlarını ödeyemez hâle gelmesi, alacaklılarının hakkında yoğun bir şekilde dava açmaları veya takip başlatmaları böyle bir açıklığın varlığını kabule yeterlidir (RÜZGARESEN, s.295-296).
⁴ Mirasın Hükmen Reddi – Doç. Dr. Hasan Petek sf.2216 – ESCHER Art.566, N.17; TUOR/PİCENONİ Art.566, N.10; GÖNENSAY, s.246; GÖNENSAY/BİRSEN, s.238; İMRE/ERMAN, s.337; AYITER/ KILIÇOĞLU, s.244; HOŞLAN, AD, s.582; KILIÇOĞLU, s.261; İNAN/ ERTAŞ/ALBAŞ, s.498; BECK, s.137; PIOTET, s.591; ŞENER, s.210; ÖZTAN, s.329; HELVACI, s.196; DURAL/ÖZ, s.405; ANTALYA, s.381; RÜZGARESEN, s.296; RÜZGARESEN/ERDEM, s.240; ÖZMEN, s.515; ÖZÜÇÜR, s.165. Borç senedinin varlığı veya icra takibi yapılmış olması tek başına yeterli olmayıp, aciz hâlinin saptanmış olması ve bunun yayılmış bulunması gerekir. 2. HD. 16.6.1972, 3280/3874 (İBD 1973, s.959).
⁵ (KILIÇOĞLU, s.262)
⁶ Yargıtay Kararları

ENG

In the present case, it was established that the plaintiff heirs ... and ... requested the restructuring of the tax debt on the date of the death of the deceased on 14.10.2014 at the Kazım Karabekir Tax Office and have paid **two installments** two installments of TL 420,49 on 02.02.2015 and 02.03.2015. While it was necessary to decide the rejection of the case against the heir plaintiffs claiming ownership of the inheritor's request for structuring and payment of debts, it was not deemed correct to establish a written verdict and therefore the judgment had to be reversed.”

In case of the rejection of inheritance, one of the issues that has been wondered is the status of salaries that can be transferred to the heirs from the SGK. According to the opinion in the doctrine and the decisions of the Court of Cassation on this issue the acceptance of salaries do not constitute an obstacle to the rejection of the inheritance.

“If the heir receives a widow or orphan's pension from the Emekli Sandığı or SSK, it is not considered as acceptance the heritage in the sense of Article 610 of the Civil Code. Because the payments made by these institutions to the widows or orphans of the deceased are made to ensure the social security of the survivors of the deceased; and the social security is a constitutional right. A person's rejection of inheritance should not lead to deprivation of social security.”⁵ (KILIÇOĞLU, p.262)

THE DECISION OF THE 12TH CIVIL CHAMBER OF THE COURT OF CASSATION DATED 26.12.2005, NUMBERED E.2005/23073 K.2005/26042:

REJECTION OF INHERITANCE (The Debtors’ Appropriation of the Salaries from the Decedent Shall Not Constitute an Obstacle to Reject the Inheritance – The Salaries Shall Not Accepted As Included To the Heritage)

THE SALARY DECEDENT TAKES (Shall Not Accepted as Included to the Heritage - The Debtors’ Appropriation of the Salaries from the Decedent Shall Not Constitute an Obstacle to Reject the Inheritance)

THE DEBT OF THE DECEDENT (The Debtors’ Appropriation of the Salaries from the Decedent Shall Not Constitute an Obstacle to Reject the Inheritance – The Salaries Shall Not Accepted As Included To the Heritage)

“.....The debtors’ appropriation of the salaries from the decedent does not constitute an obstacle to reject the inheritance due to Turkish Civil Code Article 605. Because, the salary that the decedent receives from any social security institution is not included in the heritage.”

Contrary to the real rejection of inheritance, there is no time limit for filing a lawsuit for rejection of inheritance by law.

THE DECISION OF THE 14TH CIVIL CHAMBER OF THE COURT OF CASSATION DATED 30.5.2019, NUMBERED E. 2016/11514, K. 2019/4967:

“.....If the decedent’s insolvency of paying his/her debts at the time of death is clearly definite and officially determined, the inheritance is deemed rejected (Turkish Civil Code Art. 605/2). Therefore all the investigations regarding the assets and liabilities of the heritage to be made by the court should be made on the basis of the date of death of the decedent. The inheritors may always ask for the determination of the insolvency of the decedent unless there is a contradiction in Article 610 of the Turkish Civil Code. The period specified in Article 606 of the Turkish Civil Code shall not apply in this case. The case is filed by directing hostility to the creditors...”

This issue has become clear with the current Court of Cassation decisions.

¹ GENÇCAN, s.579-580
² The Rejection of the Inheritance by Law - Doç. Dr. Hasan Petek p.2210
³ The Rejection of the Inheritance by Law - Doç. Dr. Hasan Petek p.2212 – It is stated clearly definite, if the situation of the heritage being deep in debt is understood by the result of a simple investigation or research that does not require expertise or is visible from the information acquired about the heritage until the moment of death.
⁴ The Rejection Of The Inheritance By Law – Doç. Dr. Hasan Petek p.2216 – ESCHER Art.566, N.17; TUOR/PİCENONİ Art.566, N.10; GÖNENSAY, p.246; GÖNENSAY/BİRSEN, p.238; İMRE/ERMAN, p.337; AYITER/ KILIÇOĞLU, p.244; HOŞLAN, AD, p.582; KILIÇOĞLU, p.261; İNAN/ ERTAŞ/ALBAŞ, p.498; BECK, p.137; PIOTET, p.591; ŞENER, p.210; ÖZTAN, p.329; HELVACI, p.196; DURAL/ÖZ, p.405; ANTALYA, p.381; RÜZGARESEN, p.296; RÜZGARESEN/ERDEM, p.240; ÖZMEN, p.515; ÖZÜÇÜR, p.165. Existence of debt securities or enforcement proceedings alone is not sufficient, and the incapacity of the debt must be determined and it should be spread. 2nd Civil Chamber of the Court of Cassation. 16.6.1972, 3280/3874 (İBD 1973, p.959)
⁵ (KILIÇOĞLU, p.262)
⁶ The Court of Cassation Decisions



İŞ HUKUKUNDA ÇALIŞMA SÜRELERİ VE FAZLA ÇALIŞMA

FAZİLET KARABACAKLAR
fkarabacaklar@egemenoglu.com

Çalışma süreleri; işçinin dinlenme ve sosyal yaşam sürelerinin belirlenmesi, iş sağlığı ve güvenliği açısından emniyetli çalışma alanının oluşturulması gibi nedenlerle iş hukukunun en önemli konularının başında gelmektedir. Peki yürürlükteki mevzuatımız açısından Çalışma Süreleri neleri kapsamaktadır, azami çalışma süreleri ne şekilde düzenlenmiştir, fazla çalışmanın sonuçları nelerdir, nelere dikkat etmek gerekir, aşağıdaki yazımızda inceleyeceğiz.

TÜRK İŞ HUKUKU KAPSAMINDA ÇALIŞMA SÜRELERİ

4857 sayılı İş Kanunu kapsamında çalışma sürelerine ilişkin bir tanım yer almamakla birlikte "İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği"nde çalışma süresinin tanımı yapılmıştır (Md.3). Buna göre; "Çalışma süresi, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süredir. İş Kanununun 66'ncı maddesinin birinci fıkrasında yazılı süreler de çalışma süresinden sayılır..."

Yönetmelik düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere hukukumuzda çalışma süresi, yalnızca işçinin fiilen çalıştığı süre olarak değil, işgücünün işveren talimatıyla çalışmak üzere hazır bulundurulduğu süreyi kapsar nitelikte düzenlenmiştir.

Öncelikle mevzuatımızda düzenlenen azami çalışma sürelerini incelemek gerekirse;

AZAMİ ÇALIŞMA SÜRESİ

4857 Sayılı Yasa² ve Çalışma Sürelerine İlişkin Yönetmelik³ düzenlemesi gereği hukukumuzda haftalık azami çalışma süresi 45 saat olarak düzenlenmiş, bu sürenin aksi taraflarca

kararlaşırılmadıkça haftanın çalışma günlerine eşit şekilde dağıtılacağı hüküm altına alınmıştır.

Haftalık 45 saat olarak belirlenen yasal çalışma süresi nisbi emredici nitelikte bir düzenleme olup, aksinin sözleşme ile çalışma süresini işçi aleyhine uzatacak şekilde kararlaştırılması mümkün değildir.

Günlük azami çalışma süreleri açısından mevzuatımızı incelediğimizde ise; İş Yasası'nın 63. madde⁴ hükmü ile günlük çalışma süresinin 11 saati; Yasa'nın 69. madde hükmü ile de gece çalışmasının 7,5 saati aşamayacağı düzenlendiği⁵ görülecektir.

Yukarıda açıkladığımız çalışma sürelerine ilişkin kurallar tüm işçiler açısından geçerli olmayıp, kurala istisna getirilen haller mevcuttur, buna göre;

- İş Yasası'nın 63. maddesi düzenlemesi gereğince; Yer altı maden işlerinde çalışan işçilerin çalışma süresinin; günde en çok yedi buçuk, haftada en çok otuz yedi buçuk saat olabileceği;
- İş Yasası 71/4. maddesi düzenlemesi gereği; Zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış ve örgün eğitime devam etmeyen çocukların çalışma saatlerinin günde yedi ve haftada otuz beş saatten; sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalışanların ise günde beş ve haftada otuz saatten fazla olamayacağı;⁶
- Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartları Hakkında Yönetmelik'in 9. maddesi gereği gebe veya emziren çalışanların günde yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmayacağı;

WORKING TIME AND OVERTIME WORK IN LABOR LAW

Working hours; is one of the most important subjects of labor law due to reasons such as determination of the rest and social life of the worker and the creation of a safe working area in terms of occupational health and safety. So, which things covered by the Working Times in terms of our current legislation, how is the maximum working time regulated, what is the overtime work's results, which things should we pay attention, we will analyze article below.

WORKING TIME WITHIN THE SCOPE OF THE TURKISH LABOR LAW

Although there is no definition of working time within the scope of Labor Law No. 4857, the definition of working time is defined in "Working Time Regulation regarding the Labor Law" (Art. 3) Hereunder; "Working time is the amount of time the worker spends in the job. The periods stated in the first paragraph of Article 66 of the Labor Law are also counted from the working period..."

As can be understood from the regulation the working time in our law is not regulated as only the actual working period of the worker, but also the period in which the labor force is made available to work by employer's instruction.

First of all, if we need to review the maximum working periods regulated in our legislation;

MAXIMUM WORKING TIME

Pursuant to Law No. 4857 and Regulation Regarding The Working Time, the working time regulated as 45 hours per week, this period shall be distributed

equally to the working days of the week unless otherwise agreed by the parties.

The statutory working period, which is determined as 45 hours per week, is a relatively mandatory regulation and it is not possible to determine the contrary by contract in order to extend the working time against the worker.

If we review our legislation in terms of daily maximum working time, it will be seen that daily working time may not exceed 11 hours with the Labor Law provision of article 63, working time at night may not exceed 7,5 hours with the Labor Law provision of article 69.

The rules regarding the working hours explained above do not apply to all workers and there are exceptions to this rule, hereunder;

- Pursuant to Labor Law Article 63, the working time of the workers working in underground mining Works; may not be more than seven and a half hours per day and thirty- seven and a half hours per week;
- Pursuant to Labor Law fourth paragraph of Article 71, the working hours of children who have completed compulsory primary education and do not attend formal education may not be more than seven hours a day and thirty-five hours a week; art, employees in culture and advertising activities may not be more than five and thirty hours a week;

- “Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik” 5. madde düzenlemesi gereği kadın çalışanların her ne şekilde olursa olsun gece postasında 7,5 saatten fazla çalıştırılmayacağı;
- 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu gereğince düzenlenmiş olan “Sağlık Kuralları Bakımından Günde Azami 7,5 Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik” hükümleri ile de günlük çalışma süresi azami 7,5 saat veya daha az belirlenmesi gereken işlerin neler olduğu düzenlenmiştir.

ÇALIŞILMIŞ GİBİ SAYILAN VE ÇALIŞMA SÜRESİNE DÂHİL EDİLEN HALLER

Yukarıda da değindiğimiz üzere “İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği” 3. maddesinde yapılan atıf gereği hukukumuzda çalışma süresi, iş gücünün çalışmaksızın işveren emrinde hazır bulunduğu süreleri de kapsamaktadır. Buna göre mevzuatımızda çalışmış gibi kabul edilen hallere ilişkin düzenleme İş Yasası 66. maddesinde sayılmış olup, şu şekildedir:

- Madenlerde, taş ocaklarında yahut her ne şekilde olursa olsun yer altında veya su altında çalışılacak işlerde işçilerin kuyulara, dehlizlere veya asıl çalışma yerlerine inmeleri veya girmeleri ve bu yerlerden çıkmaları için gereken süreler;
- İşçilerin işveren tarafından işyerlerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmeleri halinde yolda geçen süreler;
- İşçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler;
- İşçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi veya işveren evinde veya bürosunda yahut işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler;
- Çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için belirtilecek süreler;

- Demiryolları, karayolları ve köprülerin yapılması, korunması ya da onarım ve tadili gibi, işçilerin yerleşim yerlerinden uzak bir mesafede bulunan işyerlerine hep birlikte getirilip götürülmeleri gereken her türlü işlerde bunların toplu ve düzenli bir şekilde götürülüp getirilmeleri esnasında geçen süreler.

Bu sağdığımız süreler, işçinin haftalık çalışma süresinin dolayısı ile fazla çalışma süresinin belirlenmesinde dikkat alınacaktır.

ÇALIŞMA SÜRESİNDEN SAYILMAYAN HALLER

Mevzuatta yer bulan ve çalışma süresinden sayılmayacağı belirtilen halleri ise şu şekilde sıralayabiliriz:

- İş Yasası 68/son madde düzenlemesi gereği ara dinlenmeleri çalışma süresinden sayılmaz. İşyerindeki çalışma sürelerine göre işçiye kullanılması gereken asgari ara dinlenme süreleri yasada belirlenmiş olup, bu sürelerin çalışma süresine dâhil edilmeyeceği yasa ile hüküm altına alınmıştır.
- İş Yasası 66/son madde düzenlemesi gereği işin niteliğinden doğmayıp da işveren tarafından sırf sosyal yardım amacıyla işyerine götürülüp getirilme esnasında araçlarda geçen süre çalışma süresinden sayılmaz.

ÇALIŞMA SÜRESİNİN ESNEKLEŞTİRİLMESİ

Türk İş Hukukunda “esnek çalışma” başlığı altında bir düzenleme yasada bulunmasa da çalışma sürelerinin esnekleştirilmesine yönelik düzenlemeler 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerinde yer bulmuştur.

Bu anlamda Kanun'un 63. maddesinde düzenlenen denkleştirme çalışması ile yazılı olarak anlaşılan tarafların iki aylık süre içerisinde haftalık normal çalışma süresini, işyerinde haftanın çalışılan günlerine günde on bir saati aşmamak koşuluyla farklı şekilde dağıtmasına imkan tanımıştır. Bu halde, yoğunlaştırılmış iş haftası veya haftalarından sonraki

- Pursuant to Article 9 of Regulation on Working Conditions of Pregnant or Lactating Women, pregnant or lactating employees cannot be employed more than seven and half hours per day;
- Pursuant to Article 5 of “Regulation on Conditions for the Employment of Female Employees in Night Shift”, female employees cannot work more than 7.5 hours in any case;
- With the provisions of “Regulation on Jobs to be worked maximum 7.5 hours or less in terms of Health Rules” organized in accordance with Occupational Health and Safety Law No. 6331, defined which jobs has maximum 7.5 hours daily working time or less.

SITUATIONS CONSIDERED AS WORKED AND INCLUDED IN WORKING TIME

As mentioned above according to the referred in Article 3 of “Regulation on Working Time Regarding the Labor Law” working time in our law, working time also includes the period during which the labor force is available at the employer's disposal without working. Accordingly, the regulation regarding the cases that are considered to have worked in our legislation is enumerated in Article 66 of the Labor Law:

- Required times to descent to wells, halls or main work place for workers who work in mines, quarries, or whatever work to be done underground or underwater;
- Periods on the road if the employer is sent by the employer to work elsewhere in the workplace;
- The period of time that the worker has been vacant without being employed and waiting for the work to be done, while he/she is at work and ready to work at any time;

- The periods spent without performing the actual work by sending the worker to another place by the employer or by occupying the employer's home or office or any other place related to the employer;
- The period of time for female workers who are breastfeeding to give their children milk;
- The time taken for workers to be brought and brought together to workplaces located at a remote distance from the settlements, such as the construction, protection or repair and modification of railways, highways and bridges.

These periods shall be taken into consideration in determining the weekly working time of the worker and the excess working time.

CASES NOT COUNTED FROM WORKING TIME

We can list the cases that are stated in the legislation and will not be counted from the working time as follows:

- Pursuant to Labor Law last paragraph of Article 68, break times are not considered as working time. According to the law, the minimum rest periods to be provided to the workers according to their working time in the workplace are determined in the law and these periods shall not be included in the working time.
- Pursuant to Labor Law last paragraph of Article 66, the time spent on vehicles during the time of being brought to the workplace by the employer for the purpose of social assistance is not counted from the working time.

FLEXIBILITY OF WORKING TIME

Although a regulation under the title of “flexible work” in Turkish Labor Law is not included in the law, arrangements for the flexibility of working time have been included in the provisions of Labor Law No. 4857. In this sense, the equalization work provided for in Article 63 of the Law allowed the parties to agree

dönemde işçinin daha az sürelerle çalıştırılması suretiyle, toplam çalışma süresi, çalışması gereken toplam normal süreyi geçmeyecek şekilde denkleştirilir.

Kanun'un 64. maddesinde ise zorunlu nedenlerle işin durması, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi veya benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi ya da işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi hallerinde, işçinin çalışmadığı süreleri daha sonra telafi çalışması ile tamamlamasına imkan tanınmıştır. Yasada tanımlanan çalışılmayan süreler için telafi çalışmasının günlük azami çalışma süresini (11 saat) aşmamak koşulu ile günde 3 saatten fazla yaptırılmamasına dikkat edilmesi gerekmektedir. Belirlenen koşullarda yaptırılan telafi çalışması Kanun'un açık düzenlemesi gereği fazla veya fazla sürelerle çalışma kapsamında değerlendirilmeyecektir.

FAZLA ÇALIŞMA

Türk İş Hukukunda Çalışma Sürelerini yukarıdaki şekilde ana hatları ile inceledikten sonra fazla çalışma açısından mevzuatımızı irdelemek gerekirse;

4857 Sayılı Yasada fazla çalışmanın tanımı "Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırk beş saati aşan çalışmalardır"^a şeklinde yapılmıştır. Yukarıda değindiğimiz denkleştirme uygulamasının gerçekleştirildiği veya telafi çalışmasının gerçekleştirildiği haftalarda, haftalık çalışma süresi 45 saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma olarak değerlendirilmeyecektir.

Fazla çalışma yapan işçiye her bir saat fazla çalışması için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi sureti ile hesaplanmalıdır. Fazla çalışma karşılığının ücret olarak ödenmesi esas olmakla birlikte yasada işçinin talebi halinde fazla çalışması karşılığında serbest zaman kullanma imkanı da düzenlenmiştir. Buna göre işçi fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir. İşçinin hak ettiği serbest zamanı 6 aylık süre

içerisinde kullanması gereklidir. Gerek serbest zaman talebinin yazılı olarak alınması, gerekse serbest zaman kullanım takibinin hangi tarih ve saatler arasındaki fazla çalışmanın karşılığı olarak hangi tarih ve saatlerde serbest zaman kullanıldığını içerir şekilde yazılı yapılması ispat kolaylığı açısından önem arz etmektedir.

Fazla çalışma süresinin toplamı Kanun'un 41/8 madde hükmü gereğince bir yılda iki yüz yetmiş saatten fazla olamaz. Çalışma süreleri ile ilgili haftalık, günlük çalışma sınırlarına ek olarak Kanun bahse konu hüküm ile fazla çalışmanın da sınırlarını belirlemiştir. 270 saati aşan fazla çalışma yapılması halinde, çalışma sürelerine ilişkin yönetmeliğe aykırılık nedeni ile idari para cezası yaptırımı ile karşılaşılabilmesi gibi meydana gelebilecek iş kazalarında işveren aleyhine kusur oranının yükselmesine sebebiyet verecektir.

Fazla çalışma yapılması için Kanun'u 41/7 madde hükmü gereğince işçinin onayının alınması zorunluluğu getirilmiştir. Fazla Çalışma Yönetmeliği'nde⁹ yapılan değişiklik ile fazla çalışma için işçinin her yıl onayının alınması zorunluluğu kaldırılmış; yapılan yeni düzenleme ile onayın iş sözleşmesinin yapılması esnasında veya ihtiyaç ortaya çıktığında alınması imkanı getirilmiştir. Yeni düzenlemeye göre ayrıca fazla çalışma yapmak istemeyen işçi verdiği onayı otuz gün önceden işverene yazılı olarak bildirimde bulunmak kaydıyla geri alabilir.

Fazla Çalışma Yönetmeliği'nde ayrıca fazla çalışma yapılamayacak işler ve fazla çalışma yapamayacak işçilerle ilgili düzenleme getirilmiştir. Buna göre,

Yönetmeliğin 7. Maddesine Göre Fazla Çalışma yapılamayacak işler;

- Sağlık kuralları bakımından günde ancak 7,5 saat ve daha az çalışması gereken işler,
- Kanuna göre gece sayılan gün döneminde yürütülen işler,
- Maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi işlerin yer ve su altında yapılanlar, şeklinde sıralanmış;

in writing to distribute the normal weekly working time in two months to the working days of the week in a manner not exceeding eleven hours a day. In this case, the total working time is compensated for not exceeding the total normal working time by working the worker for shorter periods during the intensified working week or following weeks.

In Article 64 of the Law, if the work stops due to mandatory reasons, the workplace is in shutdown period before or after the national holidays and general holidays, or if the workplace is completely under normal working hours for similar reasons, or if it is completely suspended or if the worker is allowed to do so, the period of non-employment then the compensation work was allowed to complete. Compensation should be carried out within two months for the periods that not worked and defined in the law and the compensation should not be performed more than 3 hours per day, provided that the maximum daily working time (11 hours) is not exceeded. Compensatory work carried out under the specified conditions will not be considered within the scope of the work for more or more periods as required by the explicit regulation of the Law.

OVERTIME WORK

After examining the working periods in Turkish Labor Law as outlined above, in order to examine our legislation in terms of overwork;

In the Law No. 4857, the definition of overtime work is defined as "Works exceeding forty-five hours per week within the framework of the conditions laid down in the law". In the weeks which the above-mentioned equalization practice is carried out or the compensation work is performed, even if the weekly working time exceeds 45 hours, these studies will not be considered as overwork.

The wage to be given to the overworked worker for each hour of overtime should be calculated by increasing the normal working wage by 50 percent per hour. Although it is essential to pay for the overtime as a wage, the law also regulates the

possibility of using free time in return of overwork if the worker requests it. Accordingly, the worker can use one hour and thirty minutes as free time for each hour of overwork. The worker should use his deserved free time within 6 months. It is very important that receipt of the request for free time in writing and free time usage tracking in which the date and time is used as a counterpart for the overtime between which dates and hours are used in terms of convenience of demonstration.

The total amount of overwork time cannot be more than two hundred hours pursuant to Law paragraph 8 of Article 41. In addition to the weekly and daily working limits related to working hours, the Law also sets out the limits of the overtime. If more than 270 hours of work is carried out, administrative fines may be imposed due to non-compliance with the regulation on working time and may cause an increase in the rate of defect against the employer in work accidents that may occur.

In accordance with the provisions of Article 41/7 of the Law, the approval of the worker is required for overtime work. With the amendment made to the Regulation on Overtime, the obligation to obtain the approval of the worker every year for overtime has been removed; with the new regulation, it is possible to get the approval during the employment contract or when the need arises. According to the new regulation, the worker who does not want to do overwork can withdraw his approval with the written notification to the employer thirty days in advance.

The Regulation on Overwork has also introduced a regulation on jobs that cannot be overworked and workers who cannot overwork. Hereunder;

The Jobs That Cannot be Overworked in Article 7 of Regulation;

- Jobs that require only 7.5 hours or less per day in terms of health rules
- The jobs carried out in the night period according to the law,

Yönetmeliğin 8. Maddesine Göre ise Fazla Çalışma yapamayacak işçiler;

- 18 yaşını doldurmamış işçiler,
- Fazla çalışmayı kabul etmiş olsalar bile sağlıklarının elvermediği, işyeri hekiminin veya Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı hekiminin, bunların bulunmadığı yerlerde herhangi bir hekimin raporu ile belgelenen işçiler,
- Gebe, yeni doğum yapmış ve çocuk emziren işçiler,
- Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçiler,
- 4857 sayılı Kanun'un 42'nci maddesi uyarınca zorunlu nedenler ve 43'üncü maddesi uyarınca olağanüstü haller dışında yer altında maden işlerinde çalışan işçiler, olarak belirlenmiştir.

İş Kanunumuzda ayrıca Zorunlu Nedenlerle Fazla Çalışma (md.42) ve Olağanüstü Nedenler Fazla Çalışma (md.43) düzenlenmiştir:

Gerek bir arıza sırasında, gerek bir arızanın mümkün görülmesi halinde yahut makineler veya araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acele işlerde yahut zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkmasında, işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamak koşulu ile işçilerin hepsi veya bir kısmına fazla çalışma yaptırılabilceği hüküm altına alınmıştır. İşçinin bu durumda yapmış olduğu her bir saat fazla mesaisinin karşılığı da ücretinin yüzde elli yükseltilmesi sureti ile ödenecektir.

Seferberlik sırasında ve bu süreyi aşmamak şartıyla yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerlerinde fazla çalışmaya lüzum görülürse işlerin çeşidine ve ihtiyacın derecesine göre Cumhurbaşkanına günlük çalışma süresini, işçinin en çok çalışma gücüne çıkarma yetkisi tanınmıştır. Olağanüstü fazla mesai başlığı altına yapılan bu düzenlemede de işçinin fazla çalışmasının karşılığının yüzde elli zamlı ücreti ile ödeneceği hüküm altına alınmıştır.

Önemle hatırlatmak gerekir ki; Fazla Çalışma Yönetmeliği 9. maddesi düzenlemesi gereği, gerek Zorunlu Nedenlerle Fazla Çalışmada, gerekse Olağanüstü Fazla Çalışma halinde işçinin onayının alınması zorunluluğu bulunmamaktadır.

İspat; Yakın dönem Yargıtay içtihat değişikliği nedeni ile üzerinde durmak istediğimiz son husus ise ispat durumudur. Fazla çalışma ile ilgili uyumsuzluk halinde fazla çalışmanın yapıldığının ispat yükü işçi, fazla mesainin karşılığının ödendiğinin ispat yükü ise işveren üzerindedir. Yargıtay'ın içtihat değişikliğine giderek verdiği kararlarında;

İşçinin imzasını içermeyen bordrolarda fazla çalışma tahakkuku yer aldığında ve tahakkukta yer alan miktarların karşılığı banka hesabına ödendiğinde, tahakkuku aşan fazla çalışmaların her türlü delille ispatlanabileceğini, tahakkuku aşan fazla çalışma hesaplandığında, bordrolarda yer alan fazla çalışma ödeme tutarları mahsup edilmesi gerektiğini belirtmektedir. (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2017/10160 E., 2019/8879 K., 16.04.2019 tarihli kararı)

Buna göre fazla mesai ödendiğine dair ispat şartının yerine getirilebilmesi için bordroların işçi tarafından imzalanmış olması gereği öne çıkmaktadır.

1 06.04.2004 Resmî Gazete Sayısı: 25425
2 Madde 63 - Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırkbeş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır.
3 İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği; Madde 4
4 Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir.
5 İş Yasası'nın 69. Maddesine göre gece çalışması 20.00-06.00 saatleri arasında yapılan çalışma olarak tanımlanmış olup, yalnızca turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işyerlerinde işçinin yazılı onayı alınmak kaydı ile 75 saati aşan gece çalışması yapılabileceği düzenlenmiştir.
6 İş yasası 71. Maddesi düzenlemesi gereğince 15 yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak 14 yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış olan çocuklar; bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişimlerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacaksa sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için ayrı izin almak şartıyla çalıştırılabilirler.
7 Madde 68/1- Dört saat veya daha kısa süreli işlerde onbeş dakika, Dört saatten fazla ve yedibuçuk saate kadar (yedibuçuk saat dahil) süreli işlerde yarım saat, Yedibuçuk saatten fazla süreli işlerde bir saat, ara dinlenmesi verilir.
8 4857 Sayılı Kanun md.41.
9 İş Kanuna İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği; Resmî Gazete Tarih: 06.04.2004 Resmî Gazete Sayısı: 25425

- The services as mines, cable laying, sewerage, tunnel construction, underground and underwater Works;

The Workers Cannot Overwork in Article 8 of Regulation;

- Workers under 18,
- Workers who are documented their health problem by the report of a medical attendant of the workplace or the medical attendant of the Social Insurance Institution, whatever a medical attendant where they do not exist, even if they have accepted to work more,
- Workers who are pregnant, newly given birth and nursing children,
- Workers who work with the part time employment contracts,
- Workers who work underground mining services except extraordinary situation according to mandatory reasons pursuant to Article 42 of Law No. 4857 and pursuant to Article 43.

Overwork with mandatory reasons (Article 42) and Overwork with Extraordinary Reasons (Article 43) are regulated also in our Labor Law:

It is stipulated that all or part of the workers may have more work done, provided that they do not exceed the degree to ensure the normal operation of the workplace, either in the event of a malfunction or in case of a malfunction, or in the urgent works required for the machines or tools and equipment, or in the emergence of compelling reasons. In this case the wage of worker shall be paid for each hour of overtime by raising the wage by fifty percent.

During the course of mobilization and not exceeding this period, if the workplace that meets the requirements of the defense of the dormitory needs to work more, according to the type of work and the degree of need, the President has

the authority to increase the daily working time to the maximum working capacity of the worker. In this regulation, which was made under the title of extraordinary overwork, it was stipulated that the amount of overwork of the worker would be paid with a fifty percent wage.

It is necessary to remind with importance, pursuant to Article 9 of Regulation on Overwork, there is no need to obtain the approval of the worker in case of overwork with mandatory reasons or extraordinary overwork.

Proof; The last thing that we want to discourse with the reason recent alteration of Court Of Cassation's jurisprudence is proof. In process of conflict regarding the overwork, the worker has burden of proof of the overwork and the employer has burden of proof of wage's to be paid in return overwork. In Court Of Cassation's changing decisions;

When overtime accrual occurs on payrolls that do not include the employee's signature and the amounts accrued are paid to the bank account, It states that over-work over-accrual can be proved by any kind of evidence, and over-work over pay amounts in payrolls should be deducted when accrued over-work is calculated. 9th Civil Chamber Of The Court Of Cassation, Dated 16.04.2019, Numbered 2017/10160 E., 2019/8879 K.

Accordingly, in order to fulfill the requirement of proof that overtime is paid, it is necessary to have payrolls signed by the worker.

1 Official Gazette 06.04.2004 issue: 25425
2 Article 63 - In general working time is maximum 45 hours per week. Unless otherwise agreed, this period shall be days are divided by equal scale.
3 Regulation on Working Time Regarding the Labor Law; Article 4
4 With the agreement of the parties, the normal working hours per week could be distributed to the other working days provided that not exceed 11 hours per day.
5 Pursuant to Labor Law Article 69 night work as defined between 20.00-06.00 working time and workplace that only has seives of tourism, private security and health may be worked at more than 7.5 hours night work provided that written approval of the worker.
6 Pursuant to Labor Law Article 71 it is prohibited to be worked children that under 15. However the children who has completed 14 years and compulsory primary school age, they can work art, culture and advertisement activities provided that obtaining separate written permission for each activity and making agreement if it will not prevent their of physical, mental, social and moral improvements.
7 Article 68/1: Fifteen minutes break are given for jobs of four hours or less, more than four hours and extend over seven and a half hours (including seven and a half hours) half an hour break are given in jobs, one hour break are given in jobs that last more than seven and a half hours.
8 The Law No.4857 Article 41.
9 Regulation on Overwork Regarding the Labor Law, dated 06.04.2004 Official Gazette issued: 25425



AKTİF İŞGÜCÜ PROGRAMLARI KAPSAMINDA YÜKLENİCİ İŞVERENLERİN, İŞ KAZASI VE MESLEK HASTALIKLARI BAKIMINDAN SORUMLULUĞU

SİNEM NUR ÇETİNKAYA
scetinkaya@egemenoglu.com

Günümüzün en temel sorunları arasında bulunan işsizlikle mücadele araçlarının en önemlilerinden biri Aktif İşgücü Politikalarının oluşturulmasıdır. Bu kapsamda 12.03.2013 tarihli Resmi Gazete’de Aktif İşgücü Hizmetleri Yönetmeliği yayımlanmış olup yönetmeliğin amacı istihdamın korunmasına ve artırılmasına, işsizlerin mesleki niteliklerinin geliştirilmesine, işsizliğin azaltılmasına ve özel politika gerektiren grupların işgücü piyasasına kazandırılmasına yardımcı olmak üzere Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen aktif işgücü hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin usul ve esasların belirlenmesidir.

Yönetmelikte sayılan ve özel sektör işverenlerini ilgilendiren temel programların başında Mesleki Eğitim Kursları ve İşbaşı Eğitim Programları yer almaktadır. Bahsi geçen programların temel amaçlarından biri de nitelikli işgücü temin etmekte zorlanan işverenlere, işe alacakları kişileri işyerinde belli bir süre gözlemleyerek ve eğitim vererek kişiler hakkında ayrıntılı bilgi sahibi olma ve işe alma konusunda isabetli bir karar verme imkanı sunmaktır. Bu amaç doğrultusunda özel sektör işverenleri, Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlükleri ile sözleşme/protokol imzalamakta ve böylece aktif işgücü programlarına katılım sağlamaktadırlar. “Yüklenici” sıfatıyla imzaladıkları sözleşme/protokoller çerçevesinde, kursiyerler yönetmelikte düzenlenen süreler nazarında yüklenici işyerlerinde eğitim görmektedirler. Önemle belirtmek gerekir ki, aktif iş gücü programları kapsamında kurs görecektür kursiyerler ile özel sektör işverenleri arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi kurulmamaktadır. Yani sıra; yüklenici işverenlerin kursiyerlere ücret ödemesine dair bir zorunluluk da bulunmamaktadır.

Bu sebeplerle yüklenici işverenler ile kursiyerler arasında İş Kanunu kapsamında bir hizmet akdi tesis edilmediği açıktır. Yani sıra, Aktif İş Gücü Yönetmeliği’nin 96. Maddesi ve 5510 sayılı Kanunun 5. Maddesinin birinci fıkrasının (e) bendine göre; kursiyer ve katılımcılar 5510 sayılı Kanun’un 4. Maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılmakta ve kursiyerler hakkında iş kazası ve meslek hastalığı sigortası ile genel sağlık sigortası hükümlerini uygulanmaktadır. Yasal mevzuat gereği prim ödeme yükümlüsü ise yüklenici özel sektör işverenleri değil, Türkiye İş Kurumu’dur. Ancak bilinmelidir ki 5510 sayılı Kanun’un 5. Maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin devamında Türkiye İş Kurumu’nun işyeri ve işveren sayılmayacağı özellikle belirtilmiştir.

Kursiyerler ve özel sektör işverenler arasında hizmet akdi kurulmaması ve prim ödeme yükümlüsünün Türkiye İş Kurumu olması; kurs süresince meydana gelen iş kazalarında yüklenici işverenlerin sorumlu olmayacağı anlamına gelmemektedir. Zira Aktif İş Gücü Yönetmeliği’nin 91. Maddesinde açık şekilde “kurs ve programlarının uygulanması sırasında iş sağlığı ve güvenliği açısından gerekli önlemleri almak, buna ilişkin tüm araç ve gereçleri bulundurmak ve iş kazası ve meslek hastalıklarında resmi kurumlara yapılması gerekli bildirimleri süresi içinde yaparak durumu ilgili İl Müdürlüğü’ne bildirmek” yüklenici işverenlerin sorumlulukları arasında sıralanmıştır.

Belirtilen yasal düzenleme sebebi ile, iş kazasına veya meslek hastalığına maruz kalan kursiyerler kazadan kaynaklı tazminat davalarını yüklenici işverenlere yönetebilmektedir. Keza, yukarıda da belirttiğimiz gibi 5510 sayılı kanunun 5/1-e bendine göre Kurum

THE LIABILITY OF THE CONTRACTOR EMPLOYERS FOR WORK ACCIDENTS AND OCCUPATIONAL DISEASES UNDER THE ACTIVE LABOR FORCE PROGRAMS

One of the most important tools for combating unemployment, which is one of the most fundamental problems of our time, is the creation of Active Labor Policies. In this context, the Regulation on Active Labor Services was published in the Official Gazette dated 12.03.2013 and the aim of the regulation is to protect and increase employment, to improve the professional qualifications of the unemployed, to reduce unemployment and to determine the procedures and principles for the execution of active labor services organized by the Turkish Employment Agency to help bring policy-requiring groups into the labor market.

The main programs mentioned in the regulation are Vocational Training Courses and on-the-job Training Programs which applies to the private sector employers. One of the main objectives of the aforementioned programs are to provide employers who have difficulty in providing a qualified labor force to have detailed information about individuals by observing and training people in the workplace for a certain period of time and to make an accurate decision about recruitment. For this purpose, private sector employers sign contracts/protocols with the Provincial Directorates of Labor and Employment Institution and thus participate in active labor programs. Within the framework of the contracts / protocols signed as “Contractor” trainees are trained at the contractor workplaces according to the periods set out in the regulation. It should be noted that there is no contractual relationship between trainees who will take courses within the scope of the active workforce programs and private sector employers. Besides there is also no obligation for the contractor employers to pay wages to the trainees. For these

reasons, it is clear that there is no employment contract between the contractor and the trainees under the Labor Law. In addition, according to the article 96 of the Active Labor Force Regulation and the article 5/1-e of the Law No. 5510; the trainees and the participants are deemed as an insured person in accordance with the article 4/1-a of the Law No. 5510 and the provisions of occupational accident and occupational disease insurance and general health insurance are applied to these trainees. In accordance with the legal legislation, the contractor who is obliged to pay premiums is not the private sector employers, but the Turkish Employment Agency. However, it should be noted that according to the article 5/1-e, it is also specifically stated that the Turkish Employment Agency must not be considered as a workplace and an employer.

Absence of a labor contract between the trainees and the private sector employers and liability of the Turkish Employment Agency paying premiums do not mean that contractor employers would not be liable for work accidents during the course. According to the article 91 of the Active Labor Force Regulation, it is clearly stated that “to take the necessary measures in terms of occupational health and safety during the implementation of courses and programs, to have all the tools and equipment related to it, and to notify the relevant Provincial Directorate of the situation by making the necessary notifications to the official institutions in their illnesses within the period of time” is listed among the responsibilities of the contractor employers.

As a result of the stated legal regulation, trainees who are exposed to occupational accident or

işyeri ve işveren sayılmadığı için, Yargıtay kararları gereği kuruma karşı açılan davalar husumet yokluğundan reddedilmektedir.¹ Diğer yandan; bir görüşe göre kursiyer ve özel sektör işverenleri arasında 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında hizmet akdi bulunmadığından iş kazasından kaynaklanan davalara Borçlar Kanunu ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu hükümlerinin uygulanacağı savunulmakta ve davaların genel yetkili mahkemelerde görüleceği kabul edilmektedir. Ne var ki Yargıtay kararları incelendiğinde çoğunluk görüşünün bu yönde olmadığı ve kursiyerlerin geçirdiği iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan tazminat davalarında İş Mahkemeleri'nin görevli olduğunun kabul edildiği görülmektedir.²

Aktif İşgücü Yönetmeliği'nin 91. Maddesinde yüklenici işverenler yükümlülüğü *"kurs ve programların uygulanması sırasında iş sağlığı ve güvenliği açısından gerekli önlemleri almak, buna ilişkin tüm araç ve gereçleri bulundurmak"*la sınırlandırılmış olsa da yargıya yansıyan ihtilaflarda 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu uygulanmakta ve tarafların kusur oranlarının tespiti için konusunda uzman İş Sağlığı ve Güvenliği uzmanlarından rapor alınmaktadır. Bu nedenlerle yüklenici özel sektör işverenlerinin, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'ndaki her türlü yükümlülükleri kursiyerlere karşı da yerine getirmeleri gerekmektedir. Bu kapsamda tüm yüklenici işverenlerin;

- Fiilen işbaşı yapmadan önce ve temel eğitimlerin gerçekleşmesine kadar geçensürede, kursiyerlere en az iki saatlik uygulamalı işbaşı eğitimlerini vermeleri, verilen bu eğitimlerin kursiyerlerin tehlike ve risklere karşı korunmasını sağlayacak nitelikte olmasını sağlamaları, eğitimleri ispata elverişli olacak şekilde kayıt altına almaları;
- İşyeri tehlike derecesine göre yasal mevzuatta belirlenen sürelerde, kursiyerlere temel işçi eğitimlerini vermeleri, eğitimleri ispata elverişli olacak şekilde kayıt altına almaları;

- Kursiyerlerin işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak kursiyerleri sağlık gözetimine tabi tutmaları, işe girişte, iş değişikliklerinde, iş kazası sonra işe dönüşlerinde sağlık muayenelerini yaptırmaları;
- Kursiyerlere karşı denetim ve gözetim yükümlülüklerini yerine getirmeli;
- Kursiyerleri, eğitim görecekları iş dışında başka bir işte görevlendirmemeleri;
- Kursiyerlere standartlara uygun ve CE işaretli kişisel koruyucu donanımları noksanz ve sağlam şekilde teslim etmeleri, zimmet tutanaklarını kayıt altına almaları, denetim ve gözetim borcu kapsamında kursiyerlerin teslim edilen koruyucu donanımları kullanıp kullanmadıklarını işlevsel şekilde denetlemeleri gerekmektedir.

Önemle belirtmek gerekir ki, kursiyerlerin yeterli deneyime sahip olmamaları ve kursların kısa süreli olması iş kazası riskini arttırabilecek faktörlerdir. Kanaatimizce, olası ihtilaf halinde kurs sürelerinin kısa olması, bu sürede gerekli yükümlüklerin tamamının yerine getirilememiş olması gibi hususlar işveren lehine yorumlanmayacaktır.

Tüm bunlar dikkate alındığında Türkiye İş Kurumu İl Müdürlükleri ile sözleşme/protokol imzalayan ve işyerlerinde kursiyerlere eğitim/kurs alıracak olan yüklenici işverenlerin, kursiyerleri kendi çalışanlarından ayırt etmeksizin, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu gereği her türlü yükümlülüklerini en kısa sürede yerine getirmeleri, iş kazası meydana gelmesi halinde yapılması gerekli bildirimleri süresi içinde yapmaları ve durumu derhal sözleşme/protokol imzalanan Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'ne bildirmeleri gerekmektedir.

¹ Yargıtay 22. HD E.2016/867, K.2017/8282, T.24.10.2017
² Yargıtay 22. HD E.2018/1410, K.2019/783, T.11.2.2019

occupational disease can file compensation lawsuits against the contractor employers based upon the accident. Likewise, as mentioned above, given that the Institution is not considered as a workplace and employer according to the 5/1-e clause of Law no. 5510, the lawsuits against the institution are rejected due to lack of animosity as per the decisions of the Court of Cassation.¹ On the other hand; according to one opinion, since there is no labor contract between trainees and private sector employers within the scope of the Labor Law No. 4857, it is argued that the provisions of Law of Obligations and Labor Health and Safety Law No. 6331 will be applied to the lawsuits arising from occupational accidents and these lawsuits must be tried by the general competent courts. However, the majority opinion in the decisions of the Court of Cassation does not comply with this opinion and is stated that compensation cases related to the occupational accidents or occupational illnesses of trainees must be tried by the labor courts.²

Even though the contractor is limited to *"taking the necessary measures in terms of occupational health and safety during the implementation of courses and programs, and possession of all instruments and equipment related to it"* according to the article 91 of the Active Labor Regulation, the Occupational Health and Safety Law No. 6331 is applied to the disputes before the Turkish courts and expert reports prepared by the occupational health and safety experts are obtained for the fault determination of the parties. For this reason, contractors are required to fulfill all obligations toward trainees under the Occupational Health and Safety Law. In this context, all contractor employers;

- Before the actual on-the-job and until the basic trainings are carried out, the trainees are required to provide at least two hours of practical on-the-job training, ensure that these trainings are effective for the trainees protected against the risks and dangers, record the trainings as an applicable proof.
- Depending on the degree of a workplace hazard, the participants are required to provide basic

OHS trainings to the trainees and record the trainings as an applicable proof.

- Trainees are required to undergo health surveillance by taking into consideration the health and safety risks they will be exposed to in the workplace, and to have their health examinations performed at the beginning of work, job changes, returning after work accidents.
- They are required to fulfill the supervision and supervision obligations to the trainees.
- Trainees should not be assigned to a job other than the one that they get trained.
- The trainees are required to deliver the personal protective equipment in accordance with the standards and with CE marking, record the embezzlement minutes and in the scope of occupational health and safety obligations of employers, to control whether the trainees use the protective equipment delivered functionally.

It should be noted that the lack of sufficient experience of trainees and the short duration of the courses are factors that can increase the risk of work accidents. We believe that in case of a dispute arising, the situations such as short course durations and failure to fulfill all the obligations required during this period would not be considered in favor of the employer.

When taken into consideration all of these, the contractor employees who sign a contract or a protocol with the Turkey Business Association Provincial Directorate and willing to get trainings or courses for the trainees in the workplace must fulfill all the obligations as soon as possible without treating the trainees unequally in accordance with the Occupational Health and Safety Law No. 6331 and if an accident occurs in the workplace, the employees must inform the authorities within the period of time and report the incident to the Provincial Directorate of Labor and Employment Institution that is signed the contract or the protocol with.

¹ The decision of the 22nd Civil Chamber of Court of Cassation dated 24.10.2017, numbered E.2016 / 867, K.2017 / 8282
² The decision of the 22nd Civil Chamber of Court of Cassation dated 11.2.2019, numbered E.2018/1410, K.2019/783



TR

AKILLI SÖZLEŞMELERİN GELECEĞİ

COŞKUN GENÇ
cgenc@egemenoglu.com.tr

ÖZET

Blockchain (Blok Zinciri) teknolojisi internetin insan hayatına devrim niteliğindeki etkisinden sonra en etkili teknolojik gelişimdir. Bu makalede, blockchain teknolojisinin teknik ayrıntılarına girilmeden anlatılması, smart contracts teriminin karşılığı olan akıllı akitlerin ne olduğu, nasıl bir uygulama alanına sahip olabileceği gibi hususların üzerinde durulması ve nihayetinde hâlihazırdaki mevzuatlar kapsamında kısaca değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Blokzinciri, akıllı sözleşmeler, yapay zekâ, kripto para, hukuk.

GİRİŞ

Hukuk, dünyadaki gelişimlerin arkasını toparlayarak gelişim kaydeden bir alandır. Şüphesiz ki gelişim denilince akıllara önce dünyadaki teknolojik devrimler akla gelir. Teknoloji alanındaki gelişmeler hemen hemen tüm insanların yaşam tarzını değiştirmekte ve bir takım rutinleri ilga etmektedir. Yaşam tarzını ve rutinini derinden etkileyen teknolojik gelişmeler şüphesiz ki hukuk alanını da etkileyip bu alanda bir takım değişimlerin önünü açmaktadır. Özellikle internetin hayatımızın her aşamasında domino taşı rolü oynaması internet üzerinde vücut bulan işlemlerin de belirli mevzuatlara tabi tutulmasına yol açmış ve dolayısıyla yeni düzenlemeler hâsıl olmuştur. Son zamanlarda ise bilişim hukukunu takip edenlerin çok kez karşılaştığı blockchain (blok zinciri) teknolojisi kendisini göstermektedir. Bu teknoloji vesilesiyle dünya adeta yüzyıllardır devam ettirdiği sıradanlığını

baştan başa değiştirebilme aşamasına gelmiştir. Bu teknoloji kapsamında sanal para birimleri ortaya çıkmış ve akabinde de smart contracts (akıllı akitler) denilen yeni nesil sözleşme türleri gündeme gelmeye başlamıştır.

BLOCKCHAIN TEKNOLOJİSİ NEDİR?

Blockchain teknolojisi, dağınık merkezlere dijital verilerin kopyalanmasına olanak veren teknolojik altyapıdır. Diğer bir ifadeyle, bu teknoloji vesilesiyle dijital veriler yalnızca bir kaynaktan toplanmayıp dağınık, her bilgisayarda bir kopyası olmak suretiyle, birden fazla merkezi olan bir yapıdır. Bu sayede dijital veriler birçok kaynaktan kontrol edilebilir. Sisteme yeni bir hesap hareketi geldiğinde ya da mevcut bir hesap hareketi üzerinde değişiklik yapıldığında, altyapı üzerindeki tüm kayıtlarda belirli bir algoritma harekete geçerek bu yeni kaydın doğruluğunu kontrol eder. Blockchain teknolojisinin bir diğer özelliği ise araçlara ihtiyaç duymadan veri aktarımının yapılabilmesi olmasıdır. Blockchain teknolojisi ile birlikte aracıya ihtiyaç duyulmamasından anlaşılması gereken şey sadece finansal araçlar değil, aynı zamanda hukuki araçlara da ihtiyaç duyulmamasıdır.¹

AKILLI SÖZLEŞME (SMART CONTRACT)

Akıllı sözleşme, ilk defa 1994 yılında Nick Szabo tarafından geliştirilen bir fikirdir. Szabo bu fikrini ‘Yeni kurumlar ve bu kurumları oluşturan ilişkilerin resmileştirmenin yeni yolları artık dijital devrim tarafından mümkün hale getiriliyor. Ben, bu yeni sözleşmeleri “akıllı” olarak adlandırıyorum çünkü cansız, kâğıt tabanlı atalarından çok daha işlevseldirler.

ENG

THE FUTURE OF SMART CONTRACTS

ABSTRACT

Blockchain is the most efficient technologic change after the influence of internet to human life which has the feature of revolution. This article aims to explain briefly and without technical details what blockchain technology is and to discourse what smart contracts are, how application area which they will have and finally to evaluate smart contracts according to current regulations.

Key Words: Blockchain, smart contracts, artificial intelligence, crypto currency, law

Law is an area that makes progress by picking up after the developments in the world. Undoubtedly, when we talk about development in the world, technological movements come to mind first. Advances in technology change the lifestyle of almost all people and abolish a number of routines. Technological developments, which deeply affect the lifestyle and routine, undoubtedly affect the field of law and pave the way for some changes in this area. Especially the fact that the internet happens as if it is touchstone at every stage of our lives has led to the inclusion of certain regulations on the internet and thus new regulations have been arisen. Recently, the blockchain technology, which has been pretty known by those who follow IT law, manifests itself. By virtue of the help of this technology, the world has reached at the stage of being which is able to change the ordinariness that continuing for the century. Virtual money emerged within the scope of this technology, and then new generation contract types called Smart Contracts started to be become the main topic of law.

WHAT IS THE BLOCKCHAIN TECHNOLOGY?

Blockchain technology is a technological infrastructure that allows the duplication of digital data to dispersed centers. In other words, this digital technology does not present a sole source for data, on the contrary it sends out a copy to each computer, with more than one central infrastructure. In this way, digital data can be controlled by the way of many sources. When a new account transaction changes are made, a certain algorithm takes action on all records on the infrastructure and checks the accuracy of this new record in all centres.

Another feature of blockchain technology is the ability to transfer data without the need for intermediaries (third party). The fact that there is no need for intermediaries because of blockchain technology means that not only financial intermediaries as banks but also legal intermediaries as lawyers.¹

SMART CONTRACTS

Smart contract is an idea first developed in 1994 by Nick Szabo. It is coined by Nick Szabo first by words of “New institutions, and new ways to formalize the relationships that make up these institutions, are now made possible by the digital revolution. I call these new contracts “smart”, because they are far more functional than their inanimate paper-based ancestors. No use of artificial intelligence is implied. A smart contract is a set of promises, specified in digital form, including protocols within which the parties perform on these promises.”² Nick Szabo defined ‘smart contracts’ it as “A computerised transaction protocol that executes

Akıllı sözleşme, tarafların bu sözleri yerine getirdikleri protokolleri içeren, dijital formda belirtilen bir dizi sözdür.’ şeklinde ifade etmiştir² Szabo, akıllı sözleşmeyi ‘sözleşmenin koşullarını icra eden bilgisayarla işlenmiş işlem protokolüdür. Akıllı sözleşme tasarımının genel hedefleri genel sözleşmesel şartları yerine getirmek ve hem kasti ve hem de rastlantısal istisnaları minimize eder.’ sözleriyle ifade etmiştir.³

Akıllı sözleşmelerin temel işlevlerinden birisi hukukçuya ihtiyaç duymadan bir sözleşmenin yapılması, diğer bir işlevi ise sözleşmeden kaynaklanan bir ihtilaf olduğu zamanda bu uyuşmazlığın avukat yahut hakim olmadan çözüme bağlanabilmesidir. Akıllı sözleşme fikrinin altında yatan kolaylıklardan birisi de sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çok daha az olmasıdır. Bir diğer ifade ile, akıllı sözleşmelerde de şu anki sözleşmelerde olduğu gibi tarafların hak ve yükümlülükleri olacak fakat akıllı sözleşmelerde borcun konusunu oluşturan edim kendiğinden ifa edilecek ve dolayısıyla pratik hayatta sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar daha az olacaktır.

Fakat bu kurum beraberinde yeni tartışmaları da getirecektir. Bu konulardan birisi taşınmazların devrine ilişkin iş ve işlemlerdir. Bir taşınmazın satışına yönelik kodlanmış akıllı sözleşme olduğu kurgusunda taşınmazın sahibi daha önceden hazırlamış olduğu sözleşmeyi blockchain ağında paylaşıp ve bu teknoloji altyapısı ile bu taşınmazı almak isteyen kişinin alma iradesini (icap) yansıtabilecek bileşenlerin gönderilmesi sağlanır. Bu bileşen akıllı sözleşme ile etkileşim haline geçer ve sözleşmenin kurulmasını sağlar. Bu teknoloji algoritmasında öncelikle alıcının hesapları kontrol edilir ve bu vesileyle alıcının taşınmazı alacak miktarda parasının (bu para türünün şu an tedavülde olan ülke paralarının yanında kripto paraların da dahil edilip edilmediği hususu devletlerin kripto parayı tanımalarına bağlı olduğu için ‘para’ gibi genel bir ifade kullanıldı) olup olmadığı saptanır. Eğer alıcının hesabında yeterli miktarda para varsa tapu dairesine talimat gönderilir ve tapu dairesinde de bu işlem otomatik olarak gerçekleşir. Günümüz sisteminde bu işlemler oldukça masraflı, ilkel ve ağır işlemektedir. Akıllı sözleşme teknolojisi

ile bu işlemlerin birkaç dakikada, daha az masrafla gerçekleşmesi hedeflenmektedir.

AKILLI SÖZLEŞMELER VE BLOCKCHAIN TEKNOLOJİSİ

Günümüzde akıllı sözleşmeler blockchain teknolojisi üzerine temellendirilen bir yeniliktir. Akıllı sözleşmeler, sözleşmenin kodlanmasından meydana gelen olayların sıralarının üzerinde anlaşmak için fikir birliği protokollerini kullanan bir bilgisayar ağı tarafından yürütülür. Sonuç, tarafların şartlar ve hata veya hileli yönlendirme (manipülasyon) riskinin azalmasıyla otomatik olarak gerçekleştirileceğine dair inanç üzerinde hemfikir olunan bir yöntemdir⁴.

Akıllı sözleşmeler olay güdümlü olup akıllı sözleşmeye taraf olacak kişilerin sözleşme içeriğinde mutabık olduktan sonra hazırlanan bu sözleşmenin dijital ortamda imzalanarak blockchain ağına yüklenmesi ile akıllı sözleşme meydana gelmiş olur. Böylelikle hazırlanmış bu sözleşmeler blok zinciri ağı ile başkaca bileşimlerle etkileşime geçebilirler. Diğer bir ifadeyle, olay güdümlü bu sözleşmeler, sözleşmeye kodlanmış olay güdümüne ilişkin bir bileşenin blockchain ağı üzerinde bu sözleşmeyle etkileşim haline geçmesi durumunda sözleşme kendiliğinden kurulmuş olacak ve işlemeye başlayacaktır. Örneğin; bir sigorta akıllı sözleşmesi, hava durumu veri kaynağı ile ilişkiye geçerek yağmur oranının belirli bir seviyenin altına düşmesi durumunda taraf olan üreticiye ilgili sigorta ödemesini gerçekleştirecektir⁵. Burada bir noktanın aydınlatılması gerekmektedir. Somut örnek üzerinden gidilecek olursa, örnekteki akıllı sözleşmenin gereği gibi ifa edilebilmesi için bu sözleşmenin sadece blockchain ağında olan bilgilere değil, aynı zamanda dış kaynaklara da (örneğin meteorolojinin servis edeceği bilgiler) erişimin mümkün olması gerekmektedir. Bu tür bilgilerin sunulmasına “kâhin (oracle)” denmektedir.

BLOCKCHAIN TEKNOLOJİSİ VE HUKUK

Blockchain teknolojisine dayalı kayıtların hukuki dünyada ne ifade ettiği konusunda ülkelerin hukuk sistemi çok farklı aşamalardadır. Bazı devletler bu konuda yasama faaliyetlerine başlamış durumdadırlar.

the terms of a contract. The general objectives of smart contract design are to satisfy common contractual conditions (such as payments terms), minimise expectations and minimise the need for trusted intermediaries”.³

One of the fundamental functions of smart contracts is the conclusion of a contract without the need of a lawyer, and another function is that this dispute arising from the contract can be settled without a lawyer or judge.

One of the conveniences underlying the idea of smart contract is that possibility of the contractual disputes are much less. In other words, it is expected that parties as in the current contracts will have the rights and obligations, however in smart contracts the act which constitutes the subject of the debitum will be executed by itself and thus the contractual disputes will be less in practice.

But this institution will bring new discussions in its wake. One of these issues is the acts and transactions of transfer of real estate. In the fiction that a real estate will be sold, the owner of the real estate shares the pre-prepared contract in the blockchain network and it is ensured that by means of this technology infrastructure, the components that will show the acceptance will of the person who wishes to buy this real estate are provided. This component interacts with the smart contract and ensures the contract to be concluded. In this technology algorithm, the accounts of the buyer are checked first, and then the buyer's amount of money (a general expression such as 'money' is used because whether to include cryptocurrency depends on a state recognizes cryptocurrency or not) is whether enough or not for buying this real estate is established. If there is a enough amount of money in the account of the buyer, an order will be sent to a land office this transaction will be done automatically. In today's system, these processes are quite costly, primitive and quiet. On the occasion of the smart contract technology, it is aimed to realize these transactions in a few minutes with less cost.

SMART CONTRACTS AND BLOCKCHAIN TECHNOLOGY

Today, smart contracts are an innovation based on blockchain technology. Smart contracts are executed by a computer network that uses consensus protocols to agree on the sequence of events resulting from the encoding of the contract. The conclusion is that the parties agree on the terms and belief that they will be performed automatically by reducing the risk of error or manipulation.⁴

Smart contracts are event-driven and the agreement is signed in the digital media by the people who will be parties to the smart contract after by striking a bargain and uploading to the blockchain network. Thus, these contracts can interact with the blockchain network and other compounds. In other words, these event-driven contracts will be concluded and start to operate if a component of the interaction-coded related to event-driven interacts with the contract on the blockchain network. For example; a smart contract related to insurance will contact the weather data source and render the relevant insurance payment to the party who is manufacturer in case the rain rate falls below a certain.⁵ There is a point that must be thrown light on here. In the case of a concrete example, it is necessary to have access to not only the information in the blockchain network, but also to external sources (information to be served by meteorology in our example) in order to perform the smart contract properly. The presentation of such information is called the "oracle".

BLOCKCHAIN TECHNOLOGY AND LAW

The legal system of countries is at very different stages of what the blockchain technology mean in the world. Some states have already started legislative activities on this issue. For example; In 2016, in Vermont, blockchain-based registrations in Vermont it were accepted as business registrations according to the Vermont Evidence Law numbered H.868. For example, the Arizona statute, signed into law in 2017,

Örneğin; 2016 yılında ABD Vermont'ta H.868 sayılı Kanun ile blockchain **tabanlı kayıtların Vermont Delil Yasaları'na göre işletme kaydı olarak geçerli olduğu kabul edildi**. Arizona eyaleti de 2017 yılında çıkardığı bir kanun ile blockchain teknolojisi 'ana defterdeki dijital bir verinin kriptolojiyle korunması, değiştirilemez ve takip edilebilir olması ve bu verinin sansürlüz doğruluğunu sağlar' şeklinde tanımlanarak hukuk terminolojisine blockchaini de dâhil ettiğini söylemek pek tabii mümkündür.⁶ ABD dışında başka devletler de vardır. Örneğin; 1990'larda internet devrimine sahne olan **Estonya** bu kez de blockchain ve akıllı sözleşmeler alanını uzun zamandır takip ediyor ve e-devlet alanındaki liderliğini devam ettiriyor.⁷ Görüldüğü gibi blockchain teknolojisi yavaş yavaş hukuk alanında kendisini göstermekte ve yeni mevzuatları tetiklemeye başlamış vaziyettedir.

AKILLI SÖZLEŞMELERDEN KAYNAKLANABİLECEK OLASI SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİSİ

Akıllı sözleşmeler, yukarıda da bahsedildiği üzere araçları ortadan kaldıran, kodlanmış dijital veriler aracılığıyla yapılan sözleşmelerdir. Akıllı sözleşmeleri öncelikle hâlihazırdaki mevzuatlardan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kapsamında bir örnekle değerlendirerek mevcut düzenlemeler karşısında yaşayabileceği hukuki engellerden birine değinmek yerinde olacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 12. maddesinin 1. fıkrasına göre 'Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe hiçbir şekle bağlı değildir.' şeklinde düzenlenmiştir. Fakat aynı maddenin 2. fıkrası ise 'Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.' şeklinde düzenlenerek birinci fıkraya bir istisna getirilmiştir. Daha açık bir ifadeyle, Türk hukuk sistemine göre sözleşme hukukunda şekil serbestisi vardır. Taraflar herhangi bir şekil şartına bağlı olmaksızın bir sözleşme akdedebilirler. Fakat Türk Borçlar Kanunu bu şekil serbestisine bir sözleşme türü için kanunda öngörülen bir şekil şartı varsa istisna getirmiştir.

Bu bilgiler ışığında akıllı sözleşmeler düşünüldüğünde mevzuata aykırı durumlar ortaya çıkmaktadır. Yukarıda tapunun devrine ilişkin yapılan sözleşme örneği irdelenecek olursa; Türk Medeni Kanunu'nun 706. maddesinin 1. fıkrasına göre taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmî şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır. Mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmelere resmiyeti hangi makamın vereceği hususu ise 1931 sayılı İçtihadî Birleştirme Kararı ile tapu sicil müdürleri veya memurlarının vereceği kararlaştırılmıştır.⁸ Uygulamada olan mevzuat çerçevesinde somut örnek bağlamında kısa bir değerlendirme yapıldığında, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerin geçerliliği tapuda yapılması ile mümkünken akıllı sözleşmelerin bu konuda herhangi bir geçerliliği olmayacaktır. Elbette akıllı sözleşmeler hayatımıza girdikçe mevzuata yönelik kapsamlı değişikliklerin yapılması zaruri bir ihtiyaç olacaktır.

Bir diğer olası sorun ise blockchain temelli akıllı sözleşmeler değişkenlere taban tabana zıt olarak nitelenmektedir. Öncelikle, sözleşmenin tarafları zorunlu olarak bilinmemektedir ve bu yüzden internet üzerinden yapılan bir işlemi yapan bir bilgisayarın IP adresi de büyük ihtimalle bilinmeyecektir. Örneğin, **sanal özel ağ**'ın (VPN) kullanılması akıllı sözleşme taraflarını veya bilgisayar ağlarını tespit etmeyi imkânsız hale getirebilecektir. Dahası, kredi kartı ve malvarlığı lokasyonu gibi ödeme ayrıntıları akıllı sözleşmelerde bilinmeyebilir çünkü taraflar **kripto** para kullanmaya karar vermiş.⁹ Bu sorunun da şöyle aşılabileceği kanaatindeyiz; blockchain teknolojisi bazı anonim olabileceği gibi anonimlikten arındırılmış bir altyapı olarak da servis edilebilir. Doğal olarak anonimlikten arı bir altyapı teknolojisi olarak servis edilmesi bazı işlemler için mümkün hale getirilerek blockchain teknolojisi özünden de bir şey kaybetmez. Dolayısıyla bu tarz bir sorunda sözleşme tarafları tespit edilip sözleşmenin feshine ya da sözleşmeden dönmeye karar verilebilir. Kaal ve Calcaterra'ya göre de bu durum mümkündür. İsmi zikredilen yazarlar da akıllı sözleşmelerin, taraflarını otomatik olarak anonimleştiremeyeceğini

defines "blockchain technology" as "distributed ledger technology that uses a distributed, decentralized, shared and replicated ledger, which may be public or private, permissioned or permissionless, or driven by tokenized crypto economics or tokenless."⁶ There are other states outside the US. For example; Estonia, which witnessed the internet revolution in the 1990s, has been following blockchain and smart contracts for a long time and maintaining its leadership in the field of electronic state.⁷ As can be seen, blockchain technology is gradually becoming visible in the field of law and has started to effect new legislation.

POSSIBLE PROBLEMS ARISING FROM SMART CONTRACTS AND SOLUTION OFFERS

Smart contracts are contracts conclude through coded-digital data that eliminate intermediaries as mentioned above. It would be appropriate to touch on one of the legal barriers it may face in the face of existing regulations by evaluating smart contracts in the light of an example within the scope of the Turkish Code of Obligations no 6098.

Article 12/1 of the Turkish Code of Obligations states that *"The validity of a contract is not subject to compliance with any particular form unless a particular form is prescribed by law."* However, paragraph 2 of the same article states that *"In the absence of any provision to the contrary on the significance and effect of formal requirements prescribed by law, the contract is valid only if such requirements are satisfied"* It is an exception to the first paragraph. More specifically, according to the Turkish legal system, there is freedom of form in contract law. The parties may conclude a contract without any form requirement. However, the Turkish Code of Obligations exempts this form of freedom if there is a form exception in the law for a contract type.

In light of this information, when the smart contracts are considered, there are situations that contradict the legislation. If the example of the contract concluded for the transfer of real estate is examined; In accordance with paragraph 1 of Article 706 of the

Turkish Civil Code, the validity of contracts aimed at the transfer of real estate is subject to conclusion of the contract in formal form. It is decided that by Decision of Joint Chambers dated 1931 that the matter of who will officialize the contracts relevant to the transfer of real estate and according to this verdict, the land registry office directors or officers may do it.⁸ When a brief evaluation is made within the context of the applicable legislation within the framework of the present legislation, the validity of the contracts that result in the transfer of ownership of the real estate is possible in the directorate of registry however those contracts will not become any validity in form of smart contract. Of course, as smart contracts come into our lives, extensive legislative changes will be essential.

Another possible problem is that blockchain-based smart contracts are diametrically opposed to variables. First of all, the parties to the contract are not necessarily known, and therefore the IP address of a computer that performs a transaction over the internet will probably not be known. For example, the use of a **virtual private network** (VPN) may make it impossible to determine smart contract parties or computer networks. Furthermore, payment details such as credit card and asset location may not be known while concluding smart contracts because the parties may have decided to use **crypto** currency.⁹ We believe that this problem can be overcome as follows; in many circumstances, blockchain technology can be anonymous or served as an no-anonymized infrastructure. Naturally, it is possible to serve as an anonymized infrastructure technology for some operations and blockchain technology does not lose its essence. Therefore, in such a problem, the parties to the contract can be identified and decided to annual the contract or to renege on the contract. According to Kaal and Calcaterra, this is also possible. The mentioned authors also state that smart contracts cannot automatically anonymize their parties. Their justification is based on the existence of a physical element in smart contracts such as consumer contracts. However, the issue of withdrawing from anonymity mentioned by the authors who advocate the relevant opinion varies according to the kind of

ifade etmektedirler. Gerekçelerini ise tüketici sözleşmesi gibi akıllı sözleşmelerde de fiziksel bir unsurun olmasına dayandırmaktadırlar. Fakat ilgili görüşü savunan yazarların burada değiştiği anonimlikten çıkma hususu sözleşmenin niteliğine göre değişmektedir. Mesela ismi geçen yazarlar, sanal âlemlle ilgili bir hizmet sözleşmesinin tamamen anonim olabileceği görüşündedirler.

Akıllı sözleşmelerin getirebileceği temel sorun aslında blockchain teknolojisinin getirdiği anonimlik müessesesinden kaynaklanmaktadır. Örneğin, devletlerin akıllı sözleşmelerin taraflarını tespit edememesi ve tarafların aralarındaki işlemleri kontrol edememesi sebebiyle vergilendirme problemi yaşayacağı aşîkârdır. Bu tarz problemlerin önüne geçilmesi anonimlik unsurunun etkisini akıllı sözleşmeler için azaltmaktır.

Kanaatimizce, akıllı sözleşmelerde ‘insan’ unsurunu tamamen ortadan kaldırmak mümkün değildir. Çünkü bu makale boyunca verilen örnekler avukatın çok fazla rolü olmadığı türden basit örnek olup daha karmaşık ve yoruma muhtaç sözleşme, uyumsuzluk yahut iş ve işlemlerde bu teknolojinin hedeflediği amacın gerçekleşmesi oldukça güçleşecektir. Yani, daha karmaşık, yoruma ihtiyaç duyan sözleşmelerin akıllı sözleşme olarak akdedilmesi oldukça zordur. Ancak yapay zekânın çok daha ileri bir seviyeye ulaşması halinde (ki oldukça yakın gelecekte varlığı daha da hissedilecek) insan unsurunun ne olacağı ciddi seviyelerde tartışma konusu yapılabilir. Yapay zekâ desteği ile daha karmaşık sözleşmelerin kodlanması pek tabii mümkün olabilir.

SONUÇ

Blockchain teknolojisi temelli akıllı sözleşmeler hayatımızın her alanını derinden etkileyecek potansiyele sahip bir yeniliktir. Akıllı sözleşmelerin hayatımıza daha fazla girmesi halinde yürürlükteki mevzuatlar ve bu mevzuatlar kapsamındaki temel ilkeler elbette bir revizyona gidecektir. Belki de hukuk dünyasında yüzyıllardır süren ilkeler doğrultusunda bir devrim yaşanacaktır. Geçiş sürecince doğal olarak sorunlar olacak fakat kanaatimizce bu sorunlar

TR

gerek mevzuat değişiklikleriyle gerek blockchain teknolojisinin anonimlik unsurunun etki alanının daraltılması yoluyla çözüme bağlanacaktır.

- 1 Başak Ozan Özparlak, "YAPAY ZEKA VE AKILLI SÖZLEŞMELER", Yapay Zekâ Portalı, 06 Ağustos 2017., Erişim Tarihi 10 Temmuz 2018, <https://yapayzeka.ai/yapay-zeka-ve-akilli-sozlesmeler/>
- 2 "Nick Szabo -Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets," FAQ: How to Cite Praat, , accessed July 9, 2018, http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html
- 3 Mason, Jim, "Intelligent Contracts and the Construction Industry" Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction, no. 3 (2017): 04517012. doi:10.1061/(asce)la.1943-4170.0000233.
- 4 "Getting Smart about Smart Contracts." Deloitte United States, June 2016, Erişim Tarihi 09 Temmuz 2018. <https://www2.deloitte.com/tr/en/pages/finance/articles/cfo-insights-getting-smart-contracts.html>
- 5 USTA; Serkan DOĞANTEKİN, Blockchain 101, İstanbul, Türkiye: MediaCat, 2017, sf.139.
- 6 Dax Hansen, Partner, Laurie Rosini, Associate and Carla L. Reyes, Visiting Assitant Professor of Law, "More Legal Aspects of Smart Contract Applications" Mart. 2018. Erişim Tarihi 09 Temmuz 2018. <https://www.virtualcurrencyreport.com/wp-content/uploads/sites/13/2018/03/Perkins-Coe-LLP-More-Legal-Aspects-of-Smart-Contract-Applications-White-Paper.pdf>
- 7 Özparlak, Başak Ozan. "YAPAY ZEKA VE AKILLI SÖZLEŞMELER" Yapay Zekâ Portalı, 06 Ağustos 2017. Erişim Tarihi 11 Temmuz 2018. <https://yapayzeka.ai/yapay-zeka-ve-akilli-sozlesmeler/>
- 8 Oğuzman, M. Kemal, Özer Selici, Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, Filiz, 2009, sf.298.
- 9 Kaal, Wulf A., and Craig Calcaterra, "Crypto Transaction Dispute Resolution" SSRN Electronic Dergi, 2018, 35. doi:10.2139/ssrn.2992962.

ENG

the agreement. For example, the aforementioned authors believe that a contract of service relevant cyber world can be completely anonymous.

The basic problem arising from smart contracts is the anonymity of blockchain technology. For example, it is clear that states will have taxation problems because of inability to determine the parties to smart contracts and to control the transactions between them. Preventing such problems is to reduce the impact of anonymity for smart contracts.

In our opinion, it is not possible to completely eliminate the ‘human’ factor in smart contracts. Because the examples given throughout this article are simple examples in which the lawyer does not have much role, due to that, it will be more difficult to attain the purpose of this technology in case of situation related to the more complex and interpretation-dependent contracts, disputes or deeds and transactions. That is, it is very difficult to conclude more complex contracts that require interpretation as smart contracts. However, if artificial intelligence reaches a much higher level (which will be felt in the near future), the human factor will be subject at serious debate. On the occasion of the help of artificial intelligence, it is, of course, possible to encode more complex contracts.

CONCLUSION

Smart contracts based on blockchain technology is an innovation that has the potential to deeply affect every aspect of our lives. In conjunction with the event that smart contracts come into our lives more, the current legislation and the fundamental principles within the scope of these regulations will, of course, change. Perhaps, a revolution will take place in the jurisprudential world in line with principles gone on for ages. Naturally, there will be problems during the transition process, however, in our opinion, these problems will be resolved either by legislative changes or by narrowing the scope of the anonymity factor of blockchain technology.

- 1 Başak Ozan Özparlak, "YAPAY ZEKA VE AKILLI SÖZLEŞMELER", Yapay Zekâ Portalı, August 06, 2017, accessed July 10, 2018, <https://yapayzeka.ai/yapay-zeka-ve-akilli-sozlesmeler/>
- 2 "Nick Szabo -Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets," FAQ: How to Cite Praat, , accessed July 9, 2018, http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html
- 3 Mason, Jim, "Intelligent Contracts and the Construction Industry" Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction, no. 3 (2017): 04517012. doi:10.1061/(asce)la.1943-4170.0000233.
- 4 "Getting Smart about Smart Contracts." Deloitte United States, June 2016. Accessed July 9, 2018. <https://www2.deloitte.com/tr/en/pages/finance/articles/cfo-insights-getting-smart-contracts.html>
- 5 USTA; Serkan DOĞANTEKİN, Blockchain 101, İstanbul, Türkiye: MediaCat, 2017, Page 139.
- 6 Dax Hansen, Partner, Laurie Rosini, Associate, and Carla L. Reyes, Visiting Assitant Professor of Law, "More Legal Aspects of Smart Contract Applications
- 7 Özparlak, Başak Ozan. "YAPAY ZEKA VE AKILLI SÖZLEŞMELER." Yapay Zekâ Portalı. August 06, 2017. Accessed July 11, 2018. <https://yapayzeka.ai/yapay-zeka-ve-akilli-sozlesmeler/>
- 8 Oğuzman, M. Kemal, Özer Selici, and Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, Filiz, 2009, Page 298.
- 9 Kaal, Wulf A., and Craig Calcaterra, "Crypto Transaction Dispute Resolution" SSRN Electronic Journal, 2018, 35. doi:10.2139/ssrn.2992962.



ANONİM ŞİRKETLERDE TUTULMASI VE AÇILIŞ- KAPANIŞ ONAYI YAPTIRILMASI ZORUNLU DEFTERLER

MÜCAHİT ÖZDEMİR
mozdemir@egemenoglu.com

Anonim Şirketler 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ve Ticari Defterlere İlişkin Tebliğ uyarınca zorunlu olarak birtakım defterler kullanmak, bu defterleri belirli bir süre boyunca saklamak, açılış, kapanış ve bazı defterlerin de ara onayını yaptırmak zorundadır.

I. DEFTER TUTULMASINA İLİŞKİN DAYANAK MEVZUAT

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 16. Maddesi uyarınca tacir olarak tanımlanan tüzel kişiliklerden biri olan anonim şirketler yine Türk Ticaret Kanunu'nun Tacir Olmanın Hükümleri başlıklı *"Tacir, her türlü borcu için iflasa tabidir; ayrıca kanuna uygun bir ticaret unvanı seçmek, ticari işletmesini ticaret siciline tescil ettirmek ve bu Kanun hükümleri uyarınca gerekli ticari defterleri tutmakla da yükümlüdür."* şeklinde düzenlenen 18. Maddesi uyarınca ticari defter tutmakla yükümlüdür.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 39. Maddesi uyarınca ise anonim şirketler tutmakla olduğu defterlere yapılan kayıtların dayandığı belgelerde anonim şirketin sicil numarası, ticaret unvanı, işletmesinin merkezi ile internet sitesi oluşturma yükümlülüğüne tabi ise tescil edilen internet sitesinin adresi de gösterilmesi, tüm bu bilgilerin aynı zamanda anonim şirketin internet sitesinde de yayımlanması gerekmektedir.

Defter tutma yükümlülüğü ve tutulacak defterlere ilişkin esas hüküm ise Türk Ticaret Kanunu'nun 64. Maddesinde yer almaktadır. TTK'nın 64. Maddesine

göre tacir olan anonim şirket ticari defterleri tutmak ve defterlerinde, ticari işlemleriyle ticari işletmesinin iktisadi ve mali durumunu, borç ve alacak ilişkilerini ve her hesap dönemi içinde elde edilen neticeleri, bu Kanun'a göre açıkça görülebilir bir şekilde ortaya koymak zorundadır. Yine TTK'nın 64. Maddesinde tutulması gereken defterler açıklanmış ve 65. Maddede ise söz konusu defterlerin Türkçe dilinde tutulması gerektiği kısaltmalar, rakamlar, harfler ve semboller kullanıldığı takdirde ise bunların anlamlarının açıkça belirtilmesi gerektiği, ticari defterlere yazımlar ve diğer gerekli kayıtlar, eksiksiz, doğru, zamanında ve düzenli olarak yapılması, bir yazım veya kayıt, önceki içeriği belirlenemeyecek şekilde çizilemeyeceği ve değiştirilemeyeceği, kayıt sırasında mı yoksa daha sonra mı yapıldığı anlaşılmayan değiştirmelerin ise yasak olduğu belirtilmiştir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 64. Maddesine dayanılarak çıkarılan Tebliğ genel olarak tacirler tarafından fiziki veya elektronik ortamda tutulacak ticari defterlerin nasıl tutulacağını, defterlerin kayıt zamanını, onay yenileme ile açılış ve kapanış onaylarının şekli ve esaslarını belirlemektedir. Tebliğ, Türk Ticaret Kanunu düzenlemelerinin aksine anonim şirket tarafından tutulması gereken defterleri detaylı olarak tanımlamakta, hangi hususları içermesi gerektiğini açıklanmakta, saklama sürelerini belirlemekte, açılış-kapanış ve ara onaylarına ilişkin detayları düzenlemektedir.

COMMERCIAL BOOKS REQUIRED TO BE KEPT AND TO HAVE THEIR OPENING-CLOSING CERTIFICATIONS IN JOINT STOCK COMPANIES

Joint stock companies are obliged to use certain books in accordance with the Turkish Commercial Code No. 6102 ("TCC") and the Communiqué on Commercial Books, to keep these books for a certain period of time and to have the opening, closing and interim certifications of some books.

I. GROUND LEGISLATION ON BOOKKEEPING

Joint stock companies, one of the legal entities identified as merchants according to Article 16 of the Turkish Commercial Code No. 6102 and also to the article 18 titled of being a merchant in the Turkish Commercial Code stating that *"The trader is subject to bankruptcy for all kinds of debts; it is also obliged to choose a trade name in accordance with the law, to register its commercial enterprise in the trade registry and to keep the necessary commercial books in accordance with the provisions of this Law."*, are obliged to keep commercial books.

In accordance with Article 39 of the Turkish Commercial Code No. 6102, in the documents on which the records of the joint stock companies are held, the registration number of the joint stock company, trade name, and the address of the registered website if the company is subject to the obligation to create a web site shall be illustrated in the documents which are ground for the records registered to the books which joint stock companies are obliged to keep. This information should also be published on the website of the joint stock company.

The obligation to keep books and the main provisions regarding the books to be kept are

regulated in the Article 64 of the Turkish Commercial Code. Pursuant to Article 64 of the TCC, a joint stock company is obliged to keep the commercial books and to clearly state the economic and financial status of its commercial transactions and the commercial enterprise, the relations between debts and receivables and the results obtained in each accounting period in accordance with this Law. Also, the books that shall be kept are explained in Article 64 of the Turkish Commercial Code and pursuant to the Article 65, the books shall be kept in Turkish language. If abbreviations, numbers, letters and symbols are used, the meaning of these shall be clearly stated, and the writings and other obligatory records in commercial books shall be completed in full and accurate. It is stated that such record shall be completed in a timely and regular manner, a spelling or recording cannot be crossed off and changed in such a way that the previous content cannot be determined, and it is forbidden to make changes that are not understood that it has been done during or after the recording.

The Communiqué issued on the basis of Article 64 of the Turkish Commercial Code No. 6102 generally determines how the commercial books to be kept by the merchants in physical or electronic form shall be kept, the time of registration of the books, the form and principles of certifications renewal and opening and closing certifications. The Communiqué, in contrast to the Turkish Commercial Code, defines the books to be kept by the joint stock company in detail, explains what matters it shall contain, determines the retention periods and regulates the details of opening-closing and interim certifications.

II. TÜRK TİCARET KANUNU VE TİCARİ DEFTERLER TEBLİĞİ UYARINCA ANONİM ŞİRKET TARAFINDAN TUTULMASI GEREKEN ÖNEMLİ DEFTERLER

1. Pay defteri

TTK 64. ve Tebliğ 9. Maddesinde düzenlenen pay defteri anonim şirketler açısından en önemli defterlerden birisidir. Zira pay devirlerinin tescile tabi olmadığı anonim şirketlerde güncel pay sahipliğini yansıtmaması, genel kurullara katılım yetkisinin tespiti gibi önemli konulara ışık tutmaktadır. Pay defteri, anonim şirketlerde pay sahiplerinin kaydedildiği ciltli ve sayfaları müteselsil sıra numaralı defter olarak tanımlanabilir.

Anonim şirketlerde pay defterine, senede bağlanmamış pay ve nama yazılı pay senedi sahipleriyle, intifa hakkı sahipleri kaydedilir. Pay defterine yapılacak kayıtların en az; *pay sahibinin adı soyadı veya unvanı, pay sahibinin iletişim bilgileri, varsa pay üzerindeki intifa hakkı sahiplerinin adı soyadı veya unvanı ve intifa hakkı sahibi oldukları paylar, varsa intifa hakkı sahiplerinin iletişim bilgileri, payın nominal değeri, sahip olunan pay sayısı ve toplam tutar, payın tertibi, payın edinme tarihi, deftere kayıt tarihi, payın senede bağlanıp bağlanmadığı ve türü, payın edinimi ve devrine ilişkin gerekli açıklamaları* içermesi gerekmektedir. Anonim şirketlerde paylar hamiline yazılı olarak da düzenlenebildiği için hamiline yazılı pay senedi sahibi olduğunu ispat edenler ile sadece pay defterinde kayıtlı bulunan kimseler pay sahibi ve intifa hakkı sahibi olarak kabul edilir. Anonim şirketlerde senede bağlanmamış hamiline yazılı paylar senede bağlanıp, senetlerin pay sahiplerine teslim edildikleri tarihten itibaren ise 10 gün içerisinde defterde açıklanmak suretiyle pay defterinden silinir.

Pay defterinde bir diğer önemli husus ise her pay sahibinin defterde ayrı bir sayfada izlenmesidir. Payı/ pay senedini devralan yeni ortak veya pay sahibinin ayrı sayfalara işlenmesi gerekmektedir.

Anonim şirketlerde pay defterinin tutulması TTK 375. Maddesi uyarınca yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilendirir.

2. Yönetim Kurulu Karar Defteri

Anonim şirketlerde yönetim organı yönetim kuruldur ve yönetim kurulu tarafından alınan kararlar yönetim kurulu karar defterinde usulüne uygun olarak yer almalıdır. Bu çerçevede yönetim kurulu karar defteri, yönetim kurulunun, şirket yönetimi ile ilgili olarak aldığı kararların yazılacağı ciltli ve sayfa numaraları içeren defter olarak tanımlanabilir. Yönetim kurulu karar defteri kayıtlarının en az; yönetim kurulu tarafından alınan karar tarihini, kararın sayısını, yönetim kurulu toplantısında hazır bulunanları, kararın içeriğini ve yönetim kurulu üyelerinin imzasını içermesi gerekmektedir.

Anonim şirketlerde yönetim kurulu karar defterinin tutulması TTK 375. Maddesi uyarınca yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerindendir.

3. Genel Kurul Toplantı Ve Müzakere Defteri

Genel kurul toplantı ve müzakere defteri, anonim şirketlerin pay sahiplerinden oluşan genel kurulu toplantılarında görüşülen hususların ve alınan kararların kaydedildiği ciltli ve sayfa numaraları teselsül eden defter olarak tanımlanmaktadır. Anonim şirket tarafından alınan önemli nitelikte ve pay sahiplerini ilgilendiren kararların alındığı toplantı tutanaklarını içermesi nedeniyle büyük öneme sahiptir.

Genel kurul toplantı ve müzakere defteri, anonim şirketin genel kurul toplantısı yapılırken genel kurulda sorulan sorular, verilen cevaplar, sunulan öneriler, alınan kararlar işlenerek düzenlenebileceği gibi hazırlanan toplantı tutanağının deftere yapıştırılması şeklinde de tutulabilmektedir. Uygulamada genellikle ikinci seçenekteki gibi toplantı tutanağının deftere yapıştırılması usulü tercih edilmektedir.

Anonim şirketlerde genel kurul toplantı ve müzakere defterinin tutulması TTK 375. Maddesi uyarınca yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerindendir.

II. IMPORTANT BOOKS TO BE KEPT BY THE JOINT STOCK COMPANY IN ACCORDANCE WITH THE TURKISH COMMERCIAL CODE AND THE COMMUNIQUE ON COMMERCIAL BOOKS

1. Share Ledger

Share ledger regulated in the Article 64 of the TCC and Article 9 of the Communiqué is one of the most important books for joint stock companies. The fact that share transfers reflect current shareholding in joint stock companies where share transfers are not subject to registration sheds light on important issues such as determination of the authority to attend general meetings. A share ledger may be defined as a bound and sequentially numbered book in which the shareholders are registered in joint stock companies.

In the joint stock companies, the shareholders who hold the shares which have not been printed and the registered share certificates and hold usufruct rights are registered in the share ledger. The records to be made to the share book shall include minimum *name, surname or title of the shareholder, contact information of the shareholder, name, surname or title of the usufruct right holders on the share and shares they have right of usufruct, contact information of usufruct right holders, the nominal value of the share, number of shares owned and total amount, composition of the share, the date of acquisition of the share, the date of posting to the book, whether the share is linked in the year and type, the necessary information about the acquisition and transfer of the share*. Since the shares in joint stock companies can be issued in bearer share certificates, only those who prove that they have bearer share certificates and those registered in the share book and usufruct right owners are considered as shareholders. In joint-stock companies when bearer shares that have not printed are printed and delivered to the shareholders, records in the share ledger are deleted within 10 days following the delivery of the bearer share certificates.

Another important issue in the share ledger is to track each shareholder on a separate page in the ledger. The new shareholder who takes over the share/share certificate must be recorded on separate pages.

Keeping the share book in joint stock companies is one of the non-transferable duties and powers of the board of directors in accordance with Article 375 of the TCC.

2. Board Resolution Book

In joint stock companies, the governing body is the board of directors and the resolutions taken by the board of directors must be duly registered in the board of directors' resolution book. Within this framework, the board of directors' resolution book can be defined as a bound book containing page numbers in which the board of directors' resolutions on the management of the company will be written. The board of directors' resolution book shall minimum include the date of the resolution taken by the board of directors, the number of the resolution, the attendants present at the board meeting, the content of the resolution and the signatures of the board members.

Keeping the board of directors' resolution book in joint stock companies is one of the non-transferable duties and powers of the board of directors in accordance with Article 375 of the TCC.

3. General Assembly Meeting and Discussion Book

The general assembly meeting and discussion book is defined as the book with hardcover and page numbers in which the issues discussed and resolutions taken at the general assembly meetings of the joint stock companies are recorded. It is of great importance as it includes the minutes of the meeting in which the resolutions taken concerning the shareholders and the resolutions of important nature.

The General Assembly meeting and discussion book can be prepared by processing the questions asked and the answers given at the general assembly,

4. Damga Vergisi Defteri

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Ticari Defterlere ilişkin Tebliğ içerisinde damga vergisi defteri ve damga vergisi defteri tutulmasına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Damga vergisi defterine ve bu defterin tutulma zorunluluğuna ilişkin hükümlere vergi mevzuatında rastlamaktayız.

Damga Vergisi Defteri, Vergi Usul Kanunu'nun 220. Maddesine göre tasdike tabi defterler arasında yer almamakla birlikte Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257'nci maddesi, Maliye Bakanlığı'na, anılan Kanun'a göre tutulması zorunlu defterlere ek olarak bir takım defterlerin tutulmasını, tasdikini zorunlu kılma yetkisi tanımıştır.

Maliye Bakanlığı; kendisine verilen bu yetki kapsamında yayınlamış olduğu 16, 32, 43 ve 44 Seri No.lu Damga Vergisi Genel Tebliğleri ile damga vergisi mükellefiyeti ile ilgili düzenlemeler yapmış ve ilgili tebliğlerde damga vergisi defterinin tutulmasını anonim şirketler için bir zorunluluk olarak belirlemiştir.

Bu çerçevede, her ne kadar TTK ve Tebliğ uyarınca tutulması zorunlu olmayan damga vergisi defteri anonim şirketler için vergi mevzuatının verdiği yetki kapsamında Maliye Bakanlığı tarafından zorunlu tutulduğu için tüm anonim şirketler tarafından damga vergisi defteri tutulmalı, anonim şirketin damga vergisine tabi tüm işlemleri bu deftere kaydedilmelidir.

III. SAKLAMA ZORUNLULUĞU

TTK'nın 82. Maddesi ile Tebliğ'in 10. Maddesi uyarınca anonim şirketler tarafından tutulan ticari defterler ve bu defterlere yapılan kayıtların dayandığı belgelerin sınıflandırılmış bir şekilde **on yıl boyunca** saklanma zorunluluğu bulunmaktadır. On yıl olarak belirlenen bu saklama süresi, ticari defterlere son kaydın yapıldığı veya muhasebe belgelerinin olduğu takvim yılının bitişyle başlamaktadır. Anonim şirketin saklamakla yükümlü olduğu defterler; yangın, su baskını veya yer sarsıntısı gibi bir afet veya hırsızlık sebebiyle ve kanuni saklama süresi içinde zarar görür ise, bu durumda anonim şirket

tarafından zararın öğrenildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde ticari işletmesinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine başvurularak kendisine zayı belgesi verilmesini istenmesi gerekmektedir.

IV. TİCARİ DEFTERLERİN AÇILIŞ-KAPANIŞ VE ARA ONAYLARI

TTK'nın 64. Maddesi ve Tebliğ'in 13. Maddesi anonim şirketlere tutmakla zorunlu olduğu ticari defterleri yetkili mercilere belirli zamanlarda onaylatma yükümlülüğü getirmektedir.

Bu yükümlülük uyarınca anonim şirketler tarafından fiziki ortamda tutulan pay defteri, yönetim kurulu karar defteri ile genel kurul toplantı ve müzakere defterinin açılış onayları kuruluş sırasında ve kullanılmaya başlanmadan önce, izleyen faaliyet dönemlerindeki açılış onayları ise defterlerin kullanılacağı faaliyet döneminin ilk ayından önceki ayın sonuna kadar yetkili makamlara yaptırılmak zorundadır.

Anonim şirketler tarafından pay defteri, yönetim kurulu karar defteri ile genel kurul toplantı ve müzakere defterinin açılış onayları noter tarafından yapılmakta iken 15.02.2018 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 7099 sayılı kanun ile bu yetki Ticaret Sicil Müdürlüklerine verilmiştir. Artık anonim şirketlerin kuruluş esnasında pay defteri, yönetim kurulu karar defteri ile genel kurul toplantı ve müzakere defterinin açılış onayları anonim şirketin kayıtlı bulunduğu ticaret sicil müdürlüğü tarafından yapılmaktadır.

TTK ve Tebliğ, anonim şirketlere ticari defterlerin açılış onayından farklı olarak ara onay denilen bir onay işlemi daha yaptırmaya zorunluluğu getirmiştir. Anonim şirket tarafından yönetim kurulu karar defteri, yaprakları bulunması halinde yeni hesap döneminin **ilk ayı içerisinde onay yenilemek suretiyle** kullanılmaya devam edilebilir. Yönetim kurulu karar defteri aksine pay defteri ile genel kurul toplantı ve müzakere defteri ise yeterli yaprakları bulunmak kaydıyla izleyen hesap dönemlerinde de **açılış onayı yaptırılmaksızın kullanılmaya devam edilebilir.**

the proposals presented and the resolutions taken, or by attaching the minutes of the meeting to the book. In practice, it is generally preferred to attach the meeting minutes to the book as in the second option.

Keeping the general assembly meeting and discussion book is one of the non-transferable duties and powers of the board of directors in joint stock companies in accordance with Article 375 of the TCC.

4. Stamp Tax Book

There is no provision in the Turkish Commercial Code No. 6102 or in the Communiqué on Commercial Books regarding the stamp tax book and keeping it. The stamp tax book and the provisions regarding the obligation to keep this book are regulated in the tax legislation.

Although the Stamp Tax Book is not included in the books subject to the Article 220 of the Tax Law, the duplicate article 257 of the Tax Procedure Law is required to certify the retention of certain books in addition to the books to be kept in accordance with the Law referred to the Ministry of Finance, authorized to do so.

The Ministry of Finance; has issued the Stamp Tax General Communiqués Serial 16, 32, 43 and 44 issued by him within the scope of this authorization and stipulated that the stamp tax book should be kept as an obligation for joint stock companies.

In this framework, although the stamp tax book which is not obligatory to be kept in accordance with the Turkish Commercial Code and Communiqué, it is kept obligatorily by the Ministry of Finance within the scope of the authorization given by the tax legislation, stamp tax book should be kept by all joint stock companies and for all transactions of the joint stock company that are subject to stamp tax and they should be recorded in this book.

III. OBLIGATION TO KEEP

Pursuant to Article 82 of the TCC and Article 10 of the Communiqué, commercial books held by joint stock companies and the documents on which the records made in these books are based are obliged to be kept for a period of ten years. This retention period, which is determined as ten years, starts with the end of the calendar year in which the last record is made in the commercial books or the accounting documents are formed. The books that the joint stock company is obliged to keep; if it is damaged due to a disaster or theft such as fire, flood or ground shake and within the legal retention period, then the joint stock company should be asked to issue a loss certificate within fifteen days from the date the damage.

IV. OPENING-CLOSING AND INTERIM CERTIFICATIONS OF COMMERCIAL BOOKS

Article 64 of the TCC and Article 13 of the Communiqué obliges joint stock companies to authorize the authorized books to be certified by the competent authorities at certain times.

Pursuant to this obligation, the certifications of the share book, Board of Directors resolution book and general assembly meeting and discussion book held by the joint stock companies in the physical environment before and after the start of use; must be given by the authorities.

While the certifications of the share book, board resolution book and general assembly meeting and discussion book by the joint stock companies were given by the notary public, this authority is given to the Trade Registry Directorates by the Law No. 7099 published in the Official Gazette dated 15.02.2018. Now, during the establishment of joint stock companies, share book, Board of Directors resolution book and general assembly meeting and discussion book opening certification is made by the trade registry directorate where the joint stock company is registered.

15.02.2018 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan 7099 sayılı kanun ile getirilen bir diğer önemli düzenleme ise, yönetim kurulu karar defterinin defteri kapanışında noter veya ticaret sicili müdürlüğü onayı aranmayacağıdır.

V. SONUÇ

Anonim şirketler tarafından gerek 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Defterlere İlişkin Tebliğ, gerekse de vergi mevzuatı uyarınca belirtilen ticari defterler usulüne uygun olarak tutulmalıdır. İlgili defterlerin fiziki olarak tutuluyor olmasının yanı sıra, içerikleri de mevzuatın belirttiği hususlara uygun olmalıdır. Ticari defterlerin açılış, kapanış ve ara onayına dikkat edilmeli; yönetim kurulu karar defterinin ara onayının yaptırılması hususuna idari yaptırımla karşılaşmamak adına özellikle dikkat edilmelidir. Son olarak söz konusu ticari defterlerin, ticari defterlere son kaydın yapıldığı veya muhasebe belgelerinin oluşturduğu takvim yılının bitiminden itibaren en az 10 yıl boyunca saklanması kuralına riayet edilmelidir.

The TCC and the Communiqué obliged the joint stock companies to carry out another certification process called interim certification, unlike the opening certification of the commercial books. If there is enough space in the resolution book of the Board of Directors, it can continue to be used by renewing the certification within the first month of the new accounting period. Unlike the resolution book of the Board of Directors, the Share Register Book and the General Assembly meeting and discussion book may be used in the following accounting periods without having the certification of the opening provided that there are sufficient leaves.

Another important regulation introduced by Law No. 7099 published in the Official Gazette dated 15.02.2018 is that the certification of the notary public or the trade registry directorate shall not be sought in the closing of the book of the Board of Directors resolution book.

V. CONCLUSION

The commercial books specified in accordance with the Turkish Commercial Code No. 6102, the Communiqué on Commercial Books and the tax legislation should be duly kept by joint stock companies. In addition to the fact that the relevant books are kept physically, their contents must comply with the issues stipulated by the legislation. Attention should be paid to the opening, closing and interim certification of commercial books. Particular attention should be paid to the issue of interim certification of the resolution book of the Board of Directors in order to avoid administrative sanctions. Finally, the rule of keeping these trade books for at least 10 years after the end of the calendar year in which the trade books were last registered or accounting documents should be observed must be observed.



ANONİM ŞİRKETLERDE PAY SENETLERİ

ALPER GÜNERİ
aguneri@egemenoglu.com

Ülkemizde en çok tercih edilen ortaklık türlerinden biri olan anonim şirketlerde pay senetleri, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ("TTK") 484-501'inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Pay kavramı; birden fazla kişi arasında bölünmüş bir bütünden, bu kişilerin her birine düşen bir bölüm olarak ifade edilebilecek olup anonim şirketlerin kuruluşunda esas sözleşmenin veya sermaye artırımında artırılan sermayenin ticaret siciline tescil edilmesiyle meydana gelmektedir. Bir başka ifade ile her pay, şirket esas sermayesinin belirli sayıda birim değere bölünmüş olan bir parçasını ve diğer paylardan ve sahibinden bağımsız olarak tüm hakların ve yükümlülüklerin kaynağını ifade etmektedir.

Pay senetleri ise anonim şirketlerde pay sahipliğini ispat etmek ve paylar üzerindeki hukuki işlemleri kolaylaştırmak amacıyla payları temsilen çıkartılmaktadır. Pay senetlerine ilişkin bir kısım esasları pay senetlerinin türleri, pay senetlerinin şekli ve pay senetlerinin devri başlıkları altında inceleyebiliriz.

I. PAY SENETLERİNİN TÜRLERİ

TTK'nın 484. maddesi uyarınca anonim şirketlerde pay senetleri, nama ve hamiline yazılı olarak düzenlenmektedir. TTK 486/1 maddede yer alan düzenleme ile şirketin ve sermaye artırımının tescilinden önce çıkarılan payların geçersiz olduğu kabul edilmiştir. Bedelleri tamamen ödenmemiş olan paylar için hamiline yazılı pay senetleri çıkarılamayacak olup yine TTK 486/2 maddesi ile şirket paylarının hamiline yazılı olması halinde pay bedelinin tamamının ödenmesi tarihinden itibaren üç ay içinde yönetim kurulunun pay senetlerini

bastırıp pay sahiplerine dağıtılması gerekmektedir. Kanun koyucu işbu düzenleme ile esasında yönetim kurulunun pay senetlerini çıkarmamak suretiyle ortaklara devir güçlüğü yaratmasının önüne geçmeyi hedeflemiştir. Yönetim kurulunun hamiline yazılı pay senetlerinin bastırılmasına ilişkin kararı tescil ve ilan edilir, şirketin internet sitesi mevcut ise ayrıca internet sitesine konulur.

Hamiline yazılı pay senetleri bakımından yukarıda belirtmiş olduğumuz pay senedi çıkarılmasına yönelik bir düzenleme nama yazılı senetler bakımından bulunmamaktadır. Ancak nama yazılı pay senetlerinin çıkartılmamış olması durumunda; kanun koyucu, TTK 486/3 maddesi ile azınlığın istemde bulunması halinde nama yazılı pay senetlerinin bastırılıp tüm nama yazılı pay senedi sahiplerine dağıtılması gerektiği yönünde düzenleme getirmiştir. Bu düzenleme ile anonim şirketlerde pay senedinin bastırılmaması ve dağıtılmaması yoluyla baskı yapılması, pay sahiplerinin bu sıfatlarını ispattan yoksun bırakılması, devir olanaklarının sınırlandırılması gibi hukuka aykırı yöntemlerin önüne geçilmiştir.

Her ne kadar TTK 486/3 maddesinde "azınlık" kavramından anlaşılması gereken oran belirtilmemiş olsa da kanunun muhtelif düzenlemelerinde benimsenen "onda bir" oranı işbu madde bakımından da uygulama alanı bulacağı düşüncesindeyiz. Ayrıca kanun koyucu işbu düzenleme ile azınlık tarafından nama yazılı pay senetlerinin çıkartılması yönünde istemde bulunulması halinde yönetim kurulunun ne kadar zamanda pay sahiplerine, pay senetlerini dağıtacağı yönünde açık bir düzenlemeye yer vermemiştir. Ancak kıyasen TTK 486/2 maddesinde

SHARE CERTIFICATES IN JOINT STOCK COMPANIES

Share certificates in joint stock companies, which are one of the most preferred partnership types in our country is regulated in Article 484 to Article 501 of the Turkish Commercial Code ("TCC") numbered 6102. The concept of the share can be expressed as a portion of each of these persons from a whole divided among more than one person, and it is formed by the registration of the articles of association in the establishment of joint stock companies or of the capital increased in the capital increase in the trade registry. In other words, each share represents a portion of the company's capital which is divided into a certain number of unit values and the source of all rights and obligations independently from other shares and shareholders.

Share certificates are issued on behalf of the joint stock companies in order to prove the shareholding and facilitate the legal transactions on the shares. Some principles regarding the share certificates can be examined under the titles of types of share certificates, the form of share certificates and the transfer of share certificates.

I. TYPES OF SHARE CERTIFICATES

Pursuant to Article 484 of the TCC, share certificates are issued as registered and bearer shares in joint stock companies. With the article 486/1 of the TCC, the shares issued prior to the registration of the company and capital increase are deemed to be invalid. For shares that have not been paid in full, bearer share certificates cannot be issued and if the company's shares are written in bearer pursuant to the article 486/2 of the TCC, the board of directors must print the share certificates and distribute them to the shareholders within three months

from the date of payment. The legislator aims to prevent the Board of Directors from creating share transfer difficulties by not issuing share certificates. The resolution of the Board of Directors regarding the printing of bearer shares is registered and announced. If the company's website is available, the resolution also will be put on the website.

The legal regulation regarding the issuance of the bearer shares mentioned above is not existed in terms of registered shares. However, in case the registered shares are not issued; by the TCC 486/3, the legislator stipulates that if the minority demands, the registered shares shall be printed and distributed to all the shareholders who hold the registered shares. With this regulation, unlawful methods such as pressure through non-printing and distribution of shares, depriving shareholders of these attributes, limiting the transfer opportunities in joint stock companies are prevented.

Although the ratio to be understood from the concept of "minority" is not stated in Article 486/3 of the TCC, we believe that the "one-tenth" ratio which is adopted in various regulations of the law will be applicable for this article. In addition, the legislator did not provide an expressed regulation on when the board of directors will distribute the share certificates to the shareholders if the minority requests issuance of registered shares. However, we believe that the three-month period specified in Article 486/2 of the TCC will also be applicable if the minority requests issuance of registered shares.

In joint stock companies, interim certificates may be issued instead of issuance of bearer and registered shares until issuance of bearer and registered shares

belirtilen üç aylık süre sürenin azınlığın nama yazılı hisse senetlerinin çıkartılması yönünde istemde bulunması halinde de uygulama alanı bulacağı kanaatindeyiz.

Anonim şirketlerde hamiline yazılı pay senetleri ile nama yazalı pay senetleri yerine TTK 486/3 maddesinde yer alan düzenleme ile pay senetleri çıkartılınca ılmühaber çıkartılabilir. İlmühaberler, hamiline yazılı pay senetleri için çıkartılsa da nama yazılı pay senetleri için çıkartılsa da şekil unsurları bakımından nama yazılı senetlere ilişkin hükümlere uygun olarak düzenlenerek, pay defterine kaydedilmelidir.

II. PAY SENETLERİNİN ŞEKLİ

Pay senetlerinin kıymetli evrak niteliğine haiz olması sebebiyle pay senetlerinin şekli kanunun koyucu tarafından ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. TTK'nın Pay Senetlerinin Şekli başlıklı 487/1 maddesinde hem hamiline yazılı pay senetleri hem de nama yazılı pay senetleri bakımından geçerli olmak üzere şekil unsurları belirtilmiştir. TTK'nın 487/1 maddesi uyarınca pay senetlerinde; şirketin i) unvanının, ii) sermaye tutarının, iii) kuruluş tarihinin, iv) kuruluş tarihindeki sermaye tutarının, v) çıkarılan pay senedinin tertibinin ve tescili tarihinin, vi) senedin türünün ve itibarî değerinin ve vii) kaç payı içerdiğinin belirtmesi son olarak ise şirket adına imza etmeye yetkili olanlardan en az ikisi tarafından senedin imza edilmiş olması gerekmektedir.

Nama yazılı pay senetleri bakımından ise TTK'nın 487/2 maddesi ile yukarıda belirtmiş olduğumuz TTK'nın 487/1 maddesinde yer alan şekil unsurlarına ek olarak sahiplerinin i) adı ve soyadı veya ticaret unvanının, ii) yerleşim yerinin ve iii) pay senedi bedelinin ödenmiş olan miktarının nama yazılı hisse senetlerinde yer alması gerekmektedir.

III. PAY SENETLERİNİN DEVRİ

Anonim şirketlerde pay senetlerinin devri TTK'nın 489. ve 490. maddelerinde düzenlenmiştir. Anonim şirketlerde pay senetlerinin nama veya hamiline yazılı olabileceğini belirtmiştik ancak nama yazılı hisse senetleri ile hamiline yazılı hisse senetlerinin devrine

değınmeden önce hisse senedine veya ilmühabere bağlanmamış çıplak payın devrine değınmek yararlı olacaktır.

Anonim şirketlerde, bedeli tamamen ödenmiş ve senede bağlanmamış olan payların, başka bir ifadeyle çıplak payların devri 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ("TBK") madde 183 ve devamı maddelerinde yer alan alacağın temliki ilke ve esaslarına tabi olarak gerçekleştirilmektedir. Alacağın temliki hükümlerine göre devrin geçerli olarak yapılabilmesi için yazılı bir alacağın temliki sözleşmesinin varlığı gerekmektedir.

Çıplak payların bedelinin tamamen ödenmemiş olması durumunda ise alacağın temliki hükümlerine ilave olarak borcun nakli hükümlerinin de uygulanması gerekmektedir. Bu durumda payını devreden taraf aynı zamanda şirkete karşı borçlu konumda olacağından pay devrinin gerçekleşebilmesi için alacaklı sıfatına haiz şirkette pay devrine muvafakat etmesi gerekmektedir.

Çıplak payın belirtmiş olduğumuz şekilde devredilmesi akabinde, devralanın anonim şirketin pay defterine kaydedilmesi gereklidir. Pay defterine devralanın kaydedilmesi esas itibarıyla devrin geçerliliği için bir kurucu şart olmamakla birlikte pay sahipliğinin şirkete karşı ileri sürülebilmesi bakımından önem arz etmektedir.

TTK'nın 489. maddesi uyarınca, hamiline yazılı pay senetlerinin devri, şirket ve üçüncü kişiler bakımından zilyetliğin geçirilmesi ile hüküm ifade etmektedir. Dolayısıyla hamiline yazılı payların devredilmesi için pay senetlerinin zilyetliğinin devralana geçirilmesi gerekmektedir. Anonim şirketin tüm payları hamiline ise anonim şirketin pay defteri tutma zorunluluğu bulunmamaktadır.

TTK'nın 490. maddesi uyarınca, kanunda veya esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe, nama yazılı paylar, herhangi bir sınırlandırmaya bağlı olmaksızın devredilebilmekte olup devir, ciro edilmiş nama yazılı pay senedinin zilyetliğinin devralana geçirilmesiyle yapılabilmektedir. Nama yazılı hisse senetleri bakımından ayrıca senedin ciro edilmesi zorunluluğu öngörülmüş olup cironun senedin üzerine yazılması ve ciro eden tarafından imzalanması gerekmektedir.

pursuant to the article 486/3 of the TCC. Interim certificates shall be issued in the form of registered shares accordingly even if they are issued instead of bearer share certificates, and they shall be registered to the company's share ledger.

II. FORM OF SHARE CERTIFICATES

Since share certificates have the characteristics of negotiable instruments, the form of share certificates is regulated in detail by the lawmaker. Article 487/1 of the TCC titled Form of Share Certificates states the formal requirements for both bearer share certificates and registered share certificates in order for them to be valid. Pursuant to Article 487/1 of the TCC; i) title of the company, ii) capital amount, iii) date of establishment, iv) capital amount at the date of establishment, v) date and composition of the issued shares, vi) type and nominal value of the share, and vii) how many shares it represents shall be stated in share certificates. Share certificates shall be signed by at least two of those authorized to sign on behalf of the Company.

With regard to registered share certificates, in addition to the formal requirements in article 487/2 of the TCC and article 487/1 of the TCC mentioned above, i) name and surname or commercial title of the shareholders, ii) residing or headquarters addresses and iii) share certificate amount that has been paid shall be stated in registered shares.

III. TRANSFER OF SHARE CERTIFICATES

Transfer of share certificates in joint stock companies is regulated in the Articles 489 and 490 of the TCC. In joint stock companies, we have aforementioned that the share certificates may be issued as registered or bearer share certificates, however it will be more useful to refer to the transfer of non-printed shares before referring to the transfer of registered shares and bearer shares certificates.

In joint stock companies, the transfer of shares, which are fully paid and have not been printed, in other words is carried out in accordance with the

principles of the assignment of the receivables in article 183 and the following articles of the Turkish Code of Obligations numbered 6098 ("TCO"). According to the provisions of the assignment of the receivables, a written assignment agreement is required for a valid transfer.

In the event that the value of the shares which are have not been printed is not fully paid, the provisions of the transfer of the debt should be applicable in addition to the assignment of the receivables. In this case, as the transferring shareholder will be indebted to the company at the same time the company which is the creditor in this case must allow the transfer in order for transfer to be completed.

Following the transfer of the naked share as stated, the transferee must be registered in the share book of the joint stock company. The registration of the transferee in the share book is not an essential condition for the validity of the transfer, but it is important that the shareholder can be asserted against the company.

Pursuant to Article 489 of the TCC, the transfer of bearer share certificates is carried out through the transfer of possession by the Company and third parties. Therefore, in order to transfer the bearer share certificates, the ownership of the share certificates must be transferred to the transferee. If all shares of a joint stock company are bearer shares, that joint stock company is not obliged to keep a share ledger.

Pursuant to Article 490 of the TCC, registered shares may be transferred without any limitation unless otherwise provided in the law or articles of association, the transfer may be carried out through transferring the possession of the registered share certificate to the transferee. In terms of registered share certificates, it is regulated that the endorsement of the share certificate is mandatory and the endorsement shall be written on the share certificate and signed by the endorser. By the endorsement, the old shareholder and the new shareholder are identified. In order for the transfer of registered shares to be effective against the

Ciro yoluyla eski pay sahibi yeni pay sahibi belirlenmiş olmaktadır. Nama yazılı hisse senetlerinin devrinin şirkete karşı hüküm ifade etmesi için mutlaka pay defterine devralanın kaydının da yapılması gerekmektedir.

Son olarak pay senetlerinin mevzuata uygun olarak çıkartılmış olmasının pay devrinden doğabilecek vergilendirme üzerindeki etkisine de değinmek yararlı olacaktır. Anonim şirketin pay sahibi gerçek kişilerin; anonim şirketlerde sahip oldukları paylarını elden çıkarmaları yoluyla sağladıkları kazançlar, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun ("GVK") mükerrer 80/1-4 maddesi uyarınca değer artışı kazancı olarak kabul edilmiş olup gelir vergisine tabi tutulmaktadır. Ancak GVK'nın mükerrer 80/1-1 maddesi ile ivazsız iktisap edilen pay senetlerinin elden çıkarılması ile bir bedel karşılığı edinilen pay senetlerinin iktisap tarihinden itibaren 2 yıl geçmesinden sonra elden çıkartılması sebebiyle sağlanan kazançların gelir vergisinin konusuna girmeyeceği düzenlenmiştir.

Anonim şirketin pay sahibinin tüzel kişi olması halinde ise, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 5/1-e maddesi ile en az iki tam yıl süreyle aktiflerinde yer alan iştirak hisseleri ile aynı süreyle sahip oldukları kurucu senetlerin satışından doğan kazançların %75'lik kısmı kurumlar vergisinden istisna tutulmaktadır.

IV. SONUÇ

Anonim şirketlerde pay senetlerinin çıkarılması; pay sahipliğinin ispatı ve hukuki işlemleri kolaylaştırması bakımından önem arz etmektedir. Pay senetleri hamiline veya nama yazılı olabilir ve pay senetleri çıkarılana kadar ilmühaber çıkarılabilir. İlmühaberler şekil unsurları bakımından nama yazılı senetlere ilişkin hükümlere tabidir. Hamiline yazılı pay senetlerinin devri için zilyetliğin geçirilmesi yeterliken nama yazılı pay senetlerinin devri ciro ve zilyetliğin geçirilmesi ile gerçekleşmektedir. Nama yazılı hisse senetlerinde pay devrinin şirkete karşı ileri sürülebilesi için ilgili devir işleminin pay defterine işlenmesi gerekmektedir. Ayrıca pay senetlerinin çıkarılmış olması, pay devrinde bir kısım vergisel avantajları da beraberinde getirmektedir.

TR

ENG

company, the transferee shall also be registered into the share ledger.

Lastly, it will be useful to mention the effects of issuance of share certificates on taxes that may arise from share transfer. Income gained through the disposal of shares in joint stock companies by real person shareholders of joint stock companies is recognized as value increment gains in accordance with the repeated article 80 / 1-4 of the Income Tax Law No. 193 ("ITL") and are subject to income tax. However, it has been regulated that the income gained due to the disposal of shares acquired non-controversially beforehand, and the disposal of the shares obtained controversially after two years following the date of acquisition of shares will not be subject to income tax in accordance with the repeated Article 80 / 1-1 of the ITL.

In case shareholder of a joint stock company is a legal person, 75% of the gains arising from the sale of the participant shares which are in their assets for at least two years and the shares which are in its possession for the same period in Article 5/1-e of the Corporate Tax Law no. 5520 is exempted.

IV.CONCLUSION

The issuance of share certificates in joint stock companies is important in terms of proof of shareholding and facilitating legal transactions. Share certificates may be as bearer or registered share certificates, and interim certificates may be issued until the bearer or registered share certificates are printed. Interim certificates are subject to the formal requirements of registered shares. While the transfer of possession is sufficient for the transfer of bearer share certificates, the transfer of registered shares is carried out through endorsement and transfer of possession. In order to claim the transfer of registered share certificates against the company, the transfer shall be registered to the share ledger. Moreover, the issuance of share certificates brings a number of tax advantages in share transfer.



TÜRK BORÇLAR KANUNU KAPSAMINDA DÜZENLENEN ÖLÜM TAZMİNATI VE İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞÇİNİN ÖLÜMÜ SEBEBİYLE SONA ERMESİ HALİNDE KIDEM TAZMİNATI

TOLGA ERSOY
tersoy@egemenoglu.com

I.6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNUNDA DÜZENLENEN ÖLÜM TAZMİNATI

Ölüm tazminatı, 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun **“İşçinin veya işverenin ölümü”** başlıklı 440. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddede *“hizmet sözleşmenin, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona ereceği; işverenin, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir aylık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlü olduğu”* açıkça düzenlenmiştir. Ölüm tazminatı hükmü 818 Sayılı Borçlar Kanununda yer almayan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile hukuk düzenimize girmiş bir düzenlemedir.

Uygulamada ölüm tazminatı ile 4857 Sayılı İş Kanunu ve bu kanunun atıfta bulunması sebebiyle halen yürürlükte bulunan 1475 Sayılı İş Kanunu’nun 120. maddesi uyarınca düzenlenmiş olan kıdem tazminatının niteliği ve kapsamı karıştırılmaktadır. Bu noktada 6098 Sayılı Kanun’da düzenlenen ölüm tazminatı ile kıdem tazminatının uygulama alanlarının tespiti hangi kanun kapsamında çalışmakta iken ölüm sebebiyle hizmet ilişkisi sona eren işçilerin ölüm tazminatı hükümlerinden yararlanabileceğini ortaya koymamızı sağlayacaktır. Belirtmek gerekir ki; 6098 Sayılı Kanun’a tabi olarak çalışan işçilerin bu hükümden yararlanabileceği alenen ortadadır. Esas irdelenmesi gereken nokta ölüm tazminatı hükümlerinin; 4857 sayılı İş Kanunu, 5953 sayılı Basın-İş Kanunu ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu’na göre çalışanlar hakkında uygulanıp uygulanmayacağıdır.

Bildiğiniz üzere 6098 Sayılı Kanun ile 4857 Sayılı Kanun, 5953 Sayılı Kanun ve 854 sayılı Kanun arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi bulunmakta olup; 6098 Sayılı Kanun genel kanun niteliğinde iken adı geçen diğer kanunlar özel kanun niteliğindedir.

6098 Sayılı Kanun’un genel kanun niteliğinde olması; işbu kanunda yer alan düzenlemelerin uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanmasını sağlamaktadır. Bu bağlamda öğretide değişik görüşler mevcut olsa da genel olarak kabul edilen görüş; genel kanunun özel kanunda hüküm bulunmayan hallerde uygulanma olanağı bulunması sebebiyle 4857 Sayılı Kanun ve 854 sayılı Kanun kapsamında çalışan işçilerin de ölüm tazminatı hükümlerinden yararlanabileceği yönündedir. Ancak bu noktada 5953 sayılı Basın-İş Kanun kapsamında çalışan işçiler bakımından ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Anılan diğer kanunlardan farklı olarak 5953 sayılı Basın-İş Kanunu’nun “ölüm tazminatı” başlıklı 18. maddesinde *“Gazetecinin ölümü sebebiyle iş akdinin sona ermesi halinde, eşi ve çocuklarına ve bunlar bulunmadığı takdirde geçimi kendisine terettüp eden ailesi efradına müteveffanın aylık ücretinin üç mislinden az olmamak üzere, kıdem hakkı tutarında ölüm tazminatı verilir.”* şeklinde düzenleme yer almaktadır. İlgili madde metninde yer verilen tazminatın açıkça ölüm tazminatı niteliğinde olduğu belirtildiğinden genel kanun-özel kanun ilişkisi göz önüne alındığında özel kanun olan 5953 sayılı Basın-İş Kanunu’nda ölüm tazminatına ilişkin düzenleme yer aldığından; bu kapsamda çalışan işçiler bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 440. Madde hükmünün uygulanamayacağı görüşü benimsenmektedir.

THE DEATH COMPENSATION UNDER TURKISH CODE OF OBLIGATIONS AND THE SEVERANCE PAYMENT IN THE EVENT OF THE TERMINATION OF THE LABOUR CONTRACT DUE TO THE DEATH OF THE EMPLOYEE

I.DEATH COMPENSATION WHICH IS REGULATED IN TURKISH CODE OF OBLIGATIONS NO. 6098

Death compensation is regulated in Article 440, entitled **“Death of the employee or employer”** of the Turkish Code of Obligations No. 6098 which is published in the Official Gazette dated 04.02.2011 and numbered 27836. In the relevant article it is stated that *“that the employment contract shall be automatically terminated with the death of the employee; that it is clearly stated that the Employer is obliged to make a payment in the amount of one month to the employee’s surviving spouse and minor children, or other dependents, starting from the day of death and the payment is in the amount of two months if the service relationship has continued for more than five years.”*. The provision for death compensation was not regulated on the Code of Obligations numbered 818 and it is a new regulation entered into the legal order with the Code of Obligations numbered 6098.

In practice, the nature and scope of death compensation and the severance payment which is issued in Labor Law No. 4857 and in accordance with Article 120 of Labor Law No. 1475 which is still in force in accordance with Labor Law No 4857 are confused with each other. At this point, the determination of the application fields of death compensation and severance payment which is regulated in Law No. 6098 allows us to determine which employees can benefit from the provisions of death compensation while the service relationship is terminated while working under which law. It should be noted that, it is explicit that the employees who are subject to the Law No. 6098 can benefit from this provision. The main point to be examined is whether the employees who subject to the Labor Law No 4857, Press-Labor Law No. 5953 and

Maritime Labor Law No. 854 can benefit from the death provisions or not. As you know, there is a general law-private law relationship between Law No. 6098 and Law No. 4857, Law No.5953 and Law No. 854 and while the Law No. 6098 is a general law, the other laws mentioned above are accepted as private laws.

The fact that the Law No. 6098 is a general law ensures that the regulations in this law apply to all private law relations¹ to the extent that it is appropriate. In this context, although there are various opinions in the doctrine, the generally accepted one is the employees who works under the Law No. 4857 and the Law No. 854 may also benefit from the provisions of death compensation since the provisions of the general law can be applied where there is no provision in the private law on that. However, at this point a different evaluation should be made about the employees who work under the Press Labor Law No. 5953. Unlike the other laws mentioned above, in Article 18 of the Press-Labor Law No. 5953 entitled **“death compensation”** it is stated that *“In the event that the employment contract is terminated due to the death of the journalist, their wife and children, and if they don’t have any wife and/or children, their family members who were providing their living upon the deceased shall be given compensation in the amount of right of severance, not less than three times of the monthly salary of the deceased”*. Since it is stated that the compensation mentioned in the related article has the same manner with the death compensation and considering the relation between general law and private law, there is a regulation on death compensation in the Press-Labor Law numbered 5953 which is a special law, it is accepted that for the employees who works in this scope cannot benefit from Article 440 in the Turkish Law of Obligations No. 6098.

1. Ölüm Tazminatından Yararlanma Şartları

6098 Sayılı Kanun'a göre ölüm tazminatından yararlanabilmek için aranan ilk koşul; işçinin ölümü sebebiyle iş sözleşmesinin son bulmasıdır. Bu hususta işçi hakkında ölüm veya gaiplik karinesine hükmedilmesi de hukuken ölüm niteliğinde sonuç doğurduğundan bu hallerde de ölüm tazminatı hükümlerinden yararlanılabilecektir.

İşçinin ölüm tazminatı hükümlerinden yararlanabilmesi için iş sözleşmesinin niteliği itibarıyla belirli-belirsiz süreli veya kısmi süreli olması önem arz etmemektedir. Ayrıca kanunda ölüm tazminatı hükümlerinden yararlanılabilmesi için belirli bir kıdeme sahip olma şartı da öngörülmediğinden deneme süresi kaydı içeren iş sözleşmesi ile çalışan ve henüz sözleşmede kararlaştırılan deneme süresi dolmayan işçiler de ölüm tazminatı hükümlerinden yararlanabilecektir.

2. Ölüm Tazminatı Hükümlerinden Yararlanabilecek Hak Sahipleri

6098 Sayılı Kanun'a göre ölüm tazminatından yararlanabilecek hak sahipleri; *"işçinin sağ kalan eşi ve ergin olmayan çocukları, bu kişiler yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişiler"* olarak belirlenmiştir. Kanundaki sağ kalan eş ifadesinde, 4721 Sayılı Medeni Kanun madde 185/1 hükmü kapsamında resmi ve geçerli bir evlilik bağı ile bağlı olan eşten bahsedilmektedir. Bu nedenle işçinin boşanmış olduğu eşinin, evliliğin mutlak butlan ile yokluğuna karar verildiği durumlardaki eşin ve nişanlısının ölüm tazminatına hak kazanması mümkün görünmemektedir. Hukuk düzeninde yer verilmeyen imam nikâhlı eş de bu hükümlerden yararlanamayacaktır. Ancak öğretide mevcut olan diğer görüşe göre; ölüm tazminatının amacının geride kalanlara yardım yapma düşüncesi olduğu savunularak; imam nikâhı ve benzeri şekillerde fiili birliktelik içinde bulunanlara da ölüm tazminatı ödemesinin yapılması gerekmektedir.

Kanunda hak sahibi olarak belirtilen diğer bir grup da ergin olmayan çocuklardır. Erginlik yaşı 4721 Sayılı Medeni Kanun'da belirlenmiş olup; 18 yaşını doldurmuş çocuklar ergin olarak kabul edilmektedir.

Bunun dışında 4721 Sayılı Medeni Kanun kapsamında 18 yaşını doldurmamış olsa da evlenme ile ergin kılınabilmektedir. Bu nedenle 18 yaşını doldurmuş olması sebebiyle ya da 18 yaşını doldurmamış olsa da evlenme ile ergin olan kişilerin ölüm tazminatından yararlanamayacağı kabul edilmektedir. Yine 4721 Sayılı Kanun'un 500. maddesi gereği ergin olmayan evlatlık çocuklar da ölüm tazminatından yararlanabilmektedir.

Ölen işçinin eşi veya ergin olmayan çocuğu bulunmaması durumunda ise; ölüm tazminatı bakmakla yükümlü olduğu kişilere ödenecektir. 6098 Sayılı Kanun'da bakmakla yükümlü olunan kişiler net olarak belirtilmediğinden; öğretide kabul edilen görüş bakmakla yükümlü olunan kişilerin, 4721 Sayılı Kanun'un 364. maddesinin *"herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür."* hükmünden hareketle tespit edilmesi yönündedir.

Birden fazla hak sahibinin bulunması durumunda (örneğin; hem eş hem de ergin olmayan çocuğun bulunması) ölüm tazminatının nasıl paylaşılacağı konusunda da 6098 Sayılı Kanun'da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide bir görüş; 6098 Sayılı Kanun'da hüküm bulunmaması sebebiyle 4721 Sayılı Kanundaki miras paylarının dikkate alınması gerektiğini kabul ederken bir diğer görüşe göre ölüm tazminatı taraflar arasında eşit şekilde paylaştırılmalıdır.

3. Ölüm Tazminatının Miktarı

Ölüm tazminatına hak kazanma hususunda işçinin kıdemi belirleyici olmamakla birlikte; hak sahiplerine ödenecek tazminatı miktarı işçinin kıdemine göre belirlenmektedir. 6098 Sayılı Kanun hükmü bu konuda açıktır. Anılan kanunun 440. maddesinde; *"ölüm tazminatının miktarının, hizmet ilişkisi beş yıldan az sürmüştü bir aylık, hizmet ilişkisi beş yıldan uzun sürmüştü iki aylık ücret tutarında"* olacağı tereddüte yer bırakmayacak şekilde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme nisbi emredici nitelikte olduğundan maddede belirtilen tutarların altında anlaşma yapılamasa da; ödenecek ölüm tazminatı tutarı yapılan sözleşme ile artırılabilir.

1. Terms of Benefiting from the Death Compensation

Pursuant to the Law No. 6098, the first condition required to benefit from death compensation is the termination of the employment contract due to the death of the employee. In this case, there court verdict on the presumption of death or absence about the employee shall also have the same effect legally with death, also in such cases, the provisions of death compensation may be applied.

In order that the employee to benefit from the death compensations provisions, it is important that the contract of employment is fixed term, permanent or part-time. In addition, the employees who work with the employment contract having a trial period in, but whose trial period is not over yet shall be also entitled to benefit from the death compensation provisions, since it's not stipulated any certain seniority in order to benefit from the death compensation provisions in any law.

2. Beneficiaries Who Can Benefit From Death Compensation Provisions

According to the Law No. 6098, the beneficiaries who can benefit from the death compensation is determined by law as *"surviving spouse and minor of the employee, and if they don't have any wife and/or minor, the people whom the employee is obliged to look after"*. Pursuant to the law, the surviving spouse means a spouse who is bound by an official and valid marriage bond within the scope of Article 185/1 of the Civil Code No. 4721. Therefore, the spouse who is divorced by the employee or the spouse if there is an absolute nullity of the marriage and the fiancée shall not be entitled to benefit the death compensation. The spouse of a part of the 'imam' marriage of which is not accepted in the Turkish legal order shall also not benefit from these provisions. However, according to the other view in the doctrine, for those people who are in an imam marriage and similar forms of relationships should be paid the death compensation considering that the purpose of death compensation is to help the survivors.

Another group which is stated as the beneficiaries in the law is the minor. The age of majority is determined in the Turkish Civil Code No. 4721 and the children over

the age of 18 are considered adults. Apart from this, under the Civil Code no. 4721 it is possible to be an adult via a marriage even they have not turned 18. For this reason, it is accepted that persons who are adult via a marriage even though they have not turned 18 or persons who have turned 18 cannot benefit from death compensation. In addition, under the Article 500 of Law No. 4721, an adoptee can also benefit from the death compensation.

In the event that the deceased employee does not have a spouse or a minor, the death compensation shall be paid to the persons of whom the employee is obliged to look after (beneficiaries) of the employee. Since the beneficiaries are not clearly stated in the Law No. 6098, it is accepted in the doctrine that the beneficiaries can be determined by the provision of Article 364 of the Law No. 4721, *"Everyone is obliged to give alimony to their brothers and sisters and people in the lineal kinship of whom will be driven into poverty if they do not help."*

There is also not an explicit regulation in the Law No. 6098 on the sharing of death compensation in the event that there are more than one beneficiary (for example, the presence of both spouse and minor). An opinion in the doctrine states that since there is no provision in the Law No. 6098, the inheritance shares in Law No. 4721 should be taken into consideration, while another opinion states that death compensation should be equally shared between the parties.

3. The Amount of the Death Compensation

Although the seniority of the employee is not indicative in order to be entitled to ask for the death compensation, the amount of the compensation to be paid to the beneficiaries is determined according to the seniority of the employee. Turkish Law of Obligations No.6098 has explicit regulation on this issue. In Article 440 of this Law, *"The amount for death compensation is one month's salary if the service relationship lasts less than five years and two months' salary if the service relationship lasts more than five years"*. Since this regulation is of a relative mandatory, it cannot be agreed below the amounts stated in the article, however, the amount of death compensation to be paid can be increased with an agreement.

Ölüm tazminatı hesabında işçinin son aylık çıplak brüt ücreti esas alınacaktır. Tazminat tutarının belirlenmesinde miktara ilişkin olarak kanunda açık hüküm bulunduğundan ölüm olayındaki kusur veya zarar oranı/miktarı dikkate alınmamaktadır.

II. İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞÇİNİN ÖLÜMÜ SEBEBİYLE SONA ERMESİ HALİNDE KIDEM TAZMİNATI

4857 Sayılı İş Kanunu'nun atıfta bulunması sebebiyle halen yürürlükte bulunan 1475 Sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesinde **“işçinin ölümü halinde kıdem tazminatına hak kazanacağı”** açıkça hüküm altına alınmıştır. Bu hususta işyerinde bir yıl veya daha fazla kıdeme sahip olan işçinin ölümü halinde iş sözleşmesi kendiliğinden sonra erdiğinden kıdem tazminatının **“kanuni mirasçılarına”** ödenmesi gerekecektir.

Konuyla ilgili olarak tartışma yaratan durum işçinin kusurlu hareketi neticesinde ölümüne sebep olan davranışının işveren açısından haklı nedenlerle ve derhal fesih sebebi teşkil etmesi durumunda kıdem tazminatı ödenip ödenmeyeceği hususudur. Öğretide kabul edilen görüş; işçinin kendi kusurlu davranışı ile ölümüne sebebiyet vermesinin kıdem tazminatına hak kazanma bakımından etkili olmadığı yönündedir. Bu hususta ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir. İşçinin kusurlu davranışı sebebiyle ölümü hemen gerçekleşmemiş vaziyette iken; işveren tarafından 4857 Sayılı Kanun'un 25/II. maddesi uyarınca haklı nedenlerle ve bildirimsiz fesih hakkı kullanılmasından sonra işçinin ölümü gerçekleştiyse iş sözleşmesi ölüm nedeniyle sona ermediğinden işçi kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır. Ancak işçinin kusurlu davranışı sebebiyle işveren açısından haklı nedenle ve bildirimsiz fesih hakkı mevcut olsa da; henüz işveren tarafından fesih hakkı kullanılmadan işçinin ölümü gerçekleşmiş ise iş sözleşmesi ölüm sebebiyle sona ereceğinden; işçi lehine yorum ilkesi kapsamında işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır.

III. ÖLÜM TAZMİNATI İLE KIDEM TAZMİNATI İLİŞKİSİ

Öğretide genel olarak kabul edilen görüş; ölüm tazminatı ve kıdem tazminatının mahiyeti gereği farklı tazminat türleri olduğu yönündedir. Bu hususta iki tazminat türü birçok farklılık barındırmaktadır; kıdem tazminatı işçinin emeğinin karşılığı olarak, çalışma süresine orantılı şekilde doğrudan işçiye ödenen bir tazminat iken; ölüm tazminatı işçinin ölümü sebebiyle temel olarak desteğinden yoksun kalanlara ödenmektedir. Kıdem tazminatı için en az 1 yıllık kıdeme sahip olma şartı getirilmişken; ölüm tazminatından yararlanmak için benzer şekilde asgari bir kıdem şartı öngörülmemiştir. Kıdem tazminatı işçinin ölümü halinde yasal mirasçılarına ödenirken; ölüm tazminatı işçinin eşi ve ergin olmayan çocuklarına, bu kişiler yok ise bakmakla yükümlü olduğu kişilere ödenmektedir. Bunların dışında kıdem tazminatının miktarının tespitinde her yıl güncellenmek koşuluyla tavan miktar belirlenmişken; ölüm tazminatında herhangi bir tavan belirlenmemiştir.

IV. SONUÇ

Netice itibarıyla; 4857 Sayılı İş Kanunu kapsamında işçinin ölümü halinde iş sözleşmesi kendiliğinden sona erdiğinden kıdem tazminatının yasal mirasçılarına ödenmesi gerekliliği sabit olmakla birlikte; 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile hukuk düzenimize giren ölüm tazminatı hükümlerinin 4857 Sayılı İş Kanunu ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu kapsamında çalışan işçiler bakımından da uygulanması gerektiği yönünde müeyyideye uygun davranılarak ölüm tazminatı ödemesinin de yapılması gerekmektedir.

¹ 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun beşinci maddesi hükmü.

Death compensation shall be based on the employee's gross monthly gross wage. The amount of defect or loss in the death event is not taken into consideration in determining the amount of compensation as there is an explicit provision in the law regarding the amount.

II. SEVERANCE PAYMENT IN THE EVENT OF THE TERMINATION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT DUE TO THE DEATH OF THE EMPLOYEE

Article 120 of the Labor Law No. 1475, which is still in force as a reference to the Labor Law No. 4857, clearly states that **“the employee will be entitled to severance payment in case of death.”** In this case, in the event of the death of the employee who has one year or more seniority in the workplace, the severance payment will have to be paid to the **“legal heirs”** since the employment contract has been terminated automatically.

The controversial issue is whether the severance payment will be paid if the behaviour of the employee causing their death as a result of the defective act constitutes a justification for the employer to rightful termination and for immediate reasons. The opinion that is generally accepted in the doctrine that the fact that the employee's own misconduct caused his death won't be effective in terms of the entitlement to severance pay. It is necessary to make a bilateral distinction.

While the death of the employee is not immediately realized due to the defective behaviour and the death of the employee has occurred after the exercise of the right to terminate without notice and for justifiable reasons under the Article 25 / II Law No. 4857 by the employer, the employee shall not be entitled to severance pay, because the employment contract has not ended due to death. However, even if there is a right of termination for the employer due to the defective behaviour of the employee for the right reason and the death of the employee has already occurred without the right of termination by the employer, the employment contract will end due to death and the employee shall be entitled to severance pay under the principle of interpretation in favour of the employee.

III. RELATIONSHIP BETWEEN DEATH COMPENSATION AND SEVERANCE PAYMENT

Generally accepted view in the doctrine, according to the nature of the death compensation and severance payment, these are two different types of compensation. These two types of compensation differ in this regard in many ways; while severance pay is a compensation paid directly to the employee in proportion to the period of work in return for the labor of the employee; death compensation is paid mainly to those deprived of the support of the employee due to the death of them. While there is a provision that at least one year of seniority is required for severance payment, any minimum severance requirement is not stipulated in order to benefit from the death compensation. Severance payment is paid to the legal heirs in the event of the death of the employee; death compensation is paid to the spouse and minor of the employee and to their dependents if such persons do not exist. In addition, while the top amount for the severance payment is being determined that it is updated every year in determining the amount of severance payment, there is no top amount for the death compensation.

IV. CONCLUSION

Since the employment contract is automatically terminated due to the death of the employee under the Labor Law No. 4857, the requirement to pay severance payment to employee's legal heirs is explicit. It is also required to pay the death compensation in accordance with the sanction that the provisions of the Law of Obligations No. 6098 and the provisions of death compensation entered into our legal order should also be applied for the employees working within the scope of the Labor Law No. 4857 and the Maritime-Labor Law No. 854.

¹ Article 5 of the Turkish Civil Code No. 4721.



TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ SÜRECİ

DİLEK KOÇER AYDIN
daydin@egemenoglu.com

Anayasa'nın "Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu Sözleşme Hakkı" başlıklı 53. maddesinde; "İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler." şeklinde hüküm kurulmak suretiyle çalışanların toplu iş sözleşmesi yapma hakkı güvence altına alınmıştır. 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 2/h maddesi uyarınca toplu iş sözleşmesi; "İş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşme" olarak tanımlanmaktadır.

TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA YETKİSİ

6356 Sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesi uyarınca; işçi sendikası, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az "yüzde birinin" üyesi bulunması şartıyla; toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi bulunması hâlinde bu işyeri veya işletme için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir.

Yine 41. madde uyarınca; işletme toplu iş sözleşmeleri için yüzde kırk çoğunluğun hesabında işyerleri bir bütün olarak değerlendirmelidir. İşletmede birden çok sendikanın yüzde kırk veya fazla üyesinin olması halinde başvuru tarihinde en çok üyeye sahip sendikanın toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olduğu kabul edilecektir. Bir işkolunda çalışan işçilerin yüzde birinin tespitinde ise Bakanlıkça her yıl ocak ve temmuz aylarında yayımlanan istatistikler esas alınır. Yayımdan itibaren 15 gün içinde Ankara

İş Mahkemeleri'ne itiraz başvurusu yapılmayan istatistikler kesinleşir.

YETKİ TESPİTİ BAŞVURUSUNUN YAPILMASI, YETKİ TESPİTİNE İTİRAZ HAKKI VE YETKİ BELGESİ

Toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikası 6356 Sayılı Kanun'un 42. maddesi uyarınca Bakanlığa başvurarak yetkili olduğunun tespitini ister. İşveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren de Bakanlığa başvurarak yetkili işçi sendikasının tespitini isteyebilir. Başvuru tarihi itibarıyla işçi sendikasının yetkili olduğunun tespit edilmesi halinde Bakanlık, 6 iş günü içinde; o iş kolunda kurulu işçi sendikaları ile taraf olacak işveren sendikasına ya da sendika üyesi olmayan işverene işyeri veya işletmedeki üye sayısını bildirir (md 42/2).

Yetki tespit yazısını tebliğ alan ilgililer; tebliğ tarihinden itibaren 6 iş günü içinde, yetki tespitinin yerinde olmadığına ilişkin dilekçesini işyerinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'ne (Bundan sonra "görevli makam" olarak anılacaktır.) kayıt ettirdikten sonra İş Mahkemelerine itiraz edebilir (md 43). Çoğunluk tespitine itiraz edilmesiyle yetki işlemleri duracak ve yetki tespitine ilişkin yargılama süreci başlayacaktır.

Sendikanın yetki tespit yazısına ilişkin 6 iş günü içinde itiraz edilmemesi veya yapılan itirazın reddedildiğine ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesi sonucunda sendikanın yetkisi kesinleşmiş olacağından ilgili sendikaya Bakanlıkça yetki belgesi verilir (md 44).

COLLECTIVE LABOUR AGREEMENT PROCESS

The right to conclude collective labour agreement is guaranteed by the provision of article 53 of the Constitution which is entitled "Rights of collective labour agreement and collective agreement" and as below "Workers and employers have the right to conclude collective labour agreements in order to regulate reciprocally their economic and social position and conditions of work.". Pursuant to the Article 2/h of Act No. 6356 on Trade Unions and Collective Labour Agreements, collective labour agreement is defined as "Collective labour agreement refers to the agreement concluded between a workers' trade union and an employers' trade union, or an employer who is not a member of any union, in order to regulate the matters with regard to the conclusion, content and termination of the employment contracts..".

COMPETENCE TO CONCLUDE COLLECTIVE LABOUR AGREEMENT

Pursuant to the Article 41 of Act numbered 6356, the workers' trade union representing at least three percent of the workers engaged in a given branch of activity and more than half of the workers employed in the workplace and forty percent of the workers in the enterprise to be covered by the collective labour agreement shall be authorized to conclude a collective labour agreement covering the workplace or enterprise in question.

Again, pursuant to the Article 41; the workplaces shall be considered as a whole in the calculation of the forty percent majority. If several trade unions have members of forty percent or more in the enterprise, the trade union having the largest number of members shall be authorized to conclude a collective

labour agreement. The statistics published by the Ministry of Labour and Social Security in January and July of each year shall be the instrument used in calculating three percent of the workers engaged in a given branch of activity. The statistics against which no appeal is made to the Ankara Court of Labour within 15 days of the publication date shall be final.

APPLICATION FOR DETERMINING COMPETENCE, OBJECTION TO THE DETERMINATION OF COMPETENCE AND CERTIFICATION OF COMPETENCE

Pursuant to the Article 42 of Act numbered 6356, a workers' trade union that considers itself competent to conclude a collective labour agreement shall make an application to the Ministry, requesting the Ministry to determine that it is competent. An employers' trade union or an employer not belonging to any union may make an application to the Ministry, requesting the Ministry to determine the competent workers' trade union. Upon determining that the workers' trade union is competent according to its records, the Ministry shall communicate the application, within six working days, together with the number of workers employed and the number of union members in the workplace or enterprise concerned, to other workers' trade unions constituted in the same branch of activity and to the employers' trade union or the employers not belonging to such unions who shall be a party to the agreement (Art. 42/2).

Relevant person who receives the notification for determining competence may object to the Labour Courts within six working days after the receipt of such communication, following the register of the

TOPLU GÖRÜŞME ÇAĞRISI YAPILMASI

Yetkiyi alan taraf, 6356 Sayılı Kanun md 46'ya göre; yetki belgesini aldığı tarihten itibaren 15 gün içinde karşı tarafı toplu görüşmelere çağırarak ve çağrı tarihini de görevli makama bildirmek zorundadır. Bu süre içinde çağrının yapılmaması halinde sendikanın yetkisinin düşeceği, Kanun'da açıkça düzenlenmiştir.

Çağrıyı yapan taraf; çağrı bildiriminde toplu iş sözleşmesine ilişkin tekliflerini de bildirmekle yükümlüdür. Tarafların toplu görüşme sırasında tekliflerinde değişiklik yapma hakkı saklı ise de tekliflerin çağrıya hiç eklenmemesi ya da kısmen eklenmesi halinde yapılan çağrı mevzuata uygun olmayacak ve bu durum, sendikanın yetkisinin düşmesine neden olacaktır.

Çağrının karşı tarafa tebliğ edildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde toplu görüşmenin yer, gün ve saati taraflarca kararlaştırılır ve bu durum, yazı ile görevli makama bildirir. Gün ve saat bakımından anlaşmaya varılamaması durumunda görevli makamca toplu görüşme günü belirlenerek derhâl taraflara bildirilir. İşçi sendikası, çağrı tarihinden itibaren 30 gün içinde yapılacak olan ilk toplantıya gelmez veya yine 30 gün içinde toplu görüşmelere başlanamazsa sendikanın yetkisi düşer (md 47).

TOPLU GÖRÜŞMELERİN YAPILMASI

Tarafların anlaştıkları ya da görevli makamca belirlenen gün ve saatte toplu iş sözleşmesi görüşmeleri başlar. Toplu görüşmenin süresi, ilk toplantı tarihinden itibaren 60 gündür (md 47). Toplu görüşmenin usulü hakkında mevzuatta emredici nitelikte açık bir düzenleme yapılmamakla birlikte uygulamada, her bir toplantıda tutanak tutularak ilgililerce imzalanmaktadır.

TOPLU GÖRÜŞMELERİN SONUCU

Toplu Görüşmelerde Anlaşma Sağlanması

6356 Sayılı Kanun'un 48. maddesi uyarınca; toplu görüşmenin sonunda bir anlaşmaya varılması halinde dört nüsha olarak düzenlenecek olan toplu iş sözleşmesi, taraf temsilcilerince imzalanır ve iki

nüshası, 6 iş günü içinde çağrıyı yapan tarafça görevli makama tevdi edilir. Görevli makam da sözleşmenin bir nüshasını Bakanlık'a gönderir. İşveren; toplu iş sözleşmesini, işyerine veya işçilerin görebilecekleri bir yere asmakla yükümlüdür.

Toplu Görüşmelerde Anlaşma Sağlanamaması ve Arabuluculuk Süreci

Aşağıdaki hallerde taraflardan biri, 6 iş günü içinde uyuşmazlığı görevli makama bildirir, aksi halde sendikanın yetkisi düşer:

- Toplu görüşme için kararlaştırılan ilk toplantıya taraflardan biri gelmez veya geldiği halde görüşmeye başlamazsa,
- Taraflardan biri toplu görüşmeye başladıktan sonra toplantıya devam etmezse,
- Taraflar toplu görüşme süresi içerisinde anlaşamadıklarını bir tutanakla tespit ederlerse,
- Toplu görüşme süresi anlaşma olmaksızın sona ererse.

Toplu görüşmelerde anlaşma sağlanmadığının görevli makama bildirilmesiyle görevli makam tarafından, taraflardan en az birinin katılımı ile veya katılım olmaması halinde resen, resmi listeden bir arabulucu görevlendirilir. Arabulucunun görev süresi 15 gün olup bu süre, tarafların anlaşması halinde en fazla 6 iş gününe kadar uzatılabilir ve bu durum görevli makama bildirilir (md 50).

Arabuluculuk süresinin sonunda tarafların anlaşma sağlanması durumunda uyuşmazlık sona erer ve ortaya çıkan toplu iş sözleşmesi, yukarıda da değindiğimiz yasal prosedüre uyulmak suretiyle imzalanır.

Arabuluculuk süresinin sonunda anlaşma sağlanmaması halinde ise arabulucu, düzenlediği anlaşmama tutanağını 3 iş günü içinde görevli makama bildirmek zorundadır. Görevli makam ise yine 3 iş günü içinde bu tutanağı taraflara tebliğ eder (md 50).

Bu görüşmeler sırasında arabulucunun görevi taraflara önerilerde bulunup tarafların birbirleri

petition that the determination is not in place to the Provincial Directorate of the Labour and Employment Agency of the Ministry, (hereinafter referred to as "the competent authority") (Art. 43). Following the objection to the majority determination, the authorization procedure shall be suspended and the trial process regarding the determination of authority shall begin.

In consequence of no objection has been made within six working days or finalization of the court decision on rejection of objection, the union concerned shall be issued a certificate of competence by the Ministry owing to the fact that the authority of union will be finalized (Art. 44).

INVITATION TO COLLECTIVE BARGAINING

Pursuant to the Article 46 of Act numbered 6356, the party receiving the authority is obliged to issue an invitation to meet for collective bargaining to the other party within 15 days of receiving the certificate of competence and inform the competent authority of the date of the invitation. It has been clearly stated in the Law that the competence of the union shall be void if the invitation is not issued within the time limit.

The party that issues the invitation shall be under an obligation to enclose all of the proposals concerning the collective labour agreement. Although the parties' right to make amendments in those proposals during the collective negotiations is reserved, if the proposals are not added to the invitation at all or partially added, the invitation made will not be in accordance with the legislation and this will cause the union's competence to be void.

The date, place and time for negotiations shall be determined by agreement between the parties within six working days of the date when the notice of invitation is delivered to the other party and the competent authority shall be so informed. In the absence of such agreement, the competent authority shall fix the date, place and time of the first meeting and shall notify the parties accordingly. If the workers' trade union does not attend the first meeting within

30 days of the invitation date and the collective bargaining does not commence, the competence of the workers' trade union shall be void (Art. 47)

COLLECTIVE BARGAINING

The collective bargaining shall commence on the date and time agreed by the parties or determined by the competent authority. The period of collective bargaining shall be 60 days as of the date of first meeting (Art. 47). Although there is no explicit imperative provision in the legislation on the procedure of collective bargaining, in practice, the minutes of each meeting are recorded and signed by the relevant parties.

THE CONSEQUENCES OF COLLECTIVE BARGAINING

Agreement on Collective Negotiations

Pursuant to the Article 48 of Act numbered 6356, if bargaining is successful, a collective labour agreement shall be drawn up in four copies and signed by the representatives of the parties and two copies shall be submitted by the party that issued the invitation to the competent authority within six working days. The competent authority shall send one copy to the Ministry. Employer shall be liable to post the collective labour agreement on the walls so as to be noticeable by the workers in the workplace(s).

Failure to come to an Agreement in the Negotiations and Mediation Process

On the following situations, one of the parties shall inform the situation to the competent authority within six working days; otherwise, competence of the workers' trade union shall be void:

- fails to appear at the first meeting determined for the collective bargaining or, even if present at the meeting, fails to commence the meetings,
- If either of the parties fails to attend the meetings after the commencement of the bargaining,
- If the parties record in a report that they have failed to come to an agreement,

ile yakınlaşmalarını sağlamak olacaktır. Tarafların, arabulucunun görüş ve önerilerine uyma zorunluluğu yoktur.

GREV KARARI VE GREV OYLAMASI

Arabuluculuk sonucunda tarafların anlaşmadığına ilişkin tutanağın görevli makamca ilgililere tebliğ edilmesiyle işçi sendikası, 60 gün içinde grev kararı alabilir. Bu süre içinde grev kararı alınmaz veya grev yasaklarında Yüksek Hakem Kurulu'na başvurulmazsa işçi sendikasının yetkisi düşer.

Grev kararı işyerinde derhal ilan edilir ve karşı tarafa tebliğ edilir. Grev kararını tebliğ alan işveren ya da işveren sendikası, 60 gün içinde işyerinde ilan ve karşı tarafa tebliğ ederek lokavt kararı alabilir. 6356 Sayılı Kanun'un 58. maddesinde grev; *"İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmaları için verdiği karara uyarak işi bırakmaları"* olarak tanımlanmıştır. Kanun'un 59. maddesine göre de *"İşyerinde faaliyetin tamamen durmasına neden olacak tarzda, işveren veya işveren vekili tarafından kendi kararıyla veya bir kuruluşun verdiği karara uyarak, işçilerin topluca işten uzaklaştırılmasına lokavt denir."*

Grev kararının alınmasıyla sendika, 6 iş günü öncesinden işverene bildirmek koşuluyla grevi uygulamaya koyar. Belirtilen süre içerisinde grev kararı alınmazsa veya uygulanacağı tarihin karşı tarafa bildirilmemesi halinde sendikanın yetkisi düşecek olup bildirilen tarihte başlamayan grev hakkı da düşecektir.

Grev sonunda yapılan toplu iş sözleşmesinden, 6356 Sayılı Kanun'un 56. maddesi uyarınca zorunlu olarak çalışanlar dışında işyerinde çalışmış olanlar faydalanamayacaktır. Taraflarca aksi yönde bir düzenleme yapılması da mümkündür.

Grev ve lokavt kararı; karşı tarafa 6 iş günü öncesinde bildirilmesiyle, belirtilen tarihte uygulamaya

konabilir. Grev ve lokavt kararının uygulanacağı tarih, kararı alan tarafça karşı tarafa tebliğ edilerek bir örneği de görevli makama tevdi edilir.

Grev kararının ilan edildiği tarihte işyerinde çalışan işçilerin en az dördte birinin, ilan tarihinden itibaren 6 iş günü içinde görevli makama başvurusu halinde grev oylaması talep edilebilir (md 61). Grev oylaması, talep tarihinden itibaren 6 iş günü içinde görevli makam tarafından yapılır. Grev ilanının yapıldığı tarihten sonra işe başlayan işçileri sayısı grev oylamasında dikkate alınmaz. Taraflar; grev oylamasına karşı 3 iş günü içinde İş Mahkemesinde itiraza ilişkin dava açma hakkı bulunmaktadır. Süresi içinde itiraz edilmemesi halinde oylama sonucu kesinleşir.

İşyerinde grev kararının kesinleşmesiyle, işyerinde çalışan işçiler greve katılıp katılmamakta serbesttir. Greve katılan işçiler ile lokavta maruz kalan işçilerin birbirinden ayrılması gerekmektedir. Greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçen işçilerin işyerinde çalışmaları, greve katılan işçilerce hiçbir şekilde engellenemez ise de işveren, bu işçileri çalıştırıp çalıştırmama hususunda serbesttir.

6356 Sayılı Kanun'un 62. maddesi uyarınca aşağıdaki işlerde grev ve lokavt yapılamaz:

- Can ve mal kurtarma işlerinde; cenaze işlerinde ve mezarlıklarda,
- Şehir şebeke suyu, elektrik, doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işlerinde,
- Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerinde
- Kamu kuruluşlarınca yürütülen itfaiye ve hastanelerde,
- Başladığı yolculuğu yurt içindeki varış yerlerinde bitirmemiş deniz, hava, demir ve kara ulaştırma araçlarında.

- If the period for collective bargaining terminates without any agreement.

Upon receiving the notification of the fact that the parties cannot come to an agreement on the negotiations, the competent authority shall assign a mediator from an official list within six working days with the participation of at least one party or if both parties fail to attend, directly itself. The term of duty of the mediator shall be 15 days, which may be extended for a maximum of six working days with the consent of the parties; the competent authority shall be informed accordingly (Art.50).

If the parties succeed in reconciling at the end of the mediation period, the dispute ends and the resulting collective labour agreement is signed in accordance with the legal procedure mentioned above.

If the parties fail to reach an agreement at the end of the time limit fixed for mediation, the mediator shall submit the report on the dispute within three working days to the competent authority. The competent authority shall transmit a copy of this report to each of the parties within three working days at the latest (Art.50).

During the negotiations, the mediator's duty shall be making proposals to the parties and ensuring that the parties get closer to each other. The parties are not obliged to comply with the opinions and suggestions of the mediator.

A DECISION TO CALL A STRIKE AND STRIKE VOTE

The trade Union may take a decision to call a strike within sixty days following notification date of the report on the dispute as a result of the mediation. If a decision to call a strike is not taken or an application to the High Board of Arbitration is not made where it is prohibited to call a strike, the competence of the workers' trade union shall be void.

A decision to call a strike shall immediately announced by the workplace and communicated to the other party. The employers' trade union, or the employer, who has notified a decision to call a strike,

may take a decision to order a lock-out within sixty working days by announcing the decision in the workplace and communicating to the other party. Pursuant to the Article 58 of Act No. 6356, strike is defined as *"any concerted cessation by workers of their work with the object of halting the activities of a given establishment or of paralyzing such activities to a considerable extent, or any abandonment by workers of their work in accordance with a decision taken to that effect by an organization."* Pursuant to the Article 59, *"Lock-out means any action taken by an employer or his representative, either upon his own initiative or in accordance with a decision taken by an organization, to collectively suspend workers from work in a manner that completely stops the activities in the workplace."*

Following the decision to call a strike, the trade union impose the strike providing that communicating to the opposite party six working days before. The decision to call a strike is not taken within the stated time or the date of practice is not notified to the opposite party, both the competence of the workers' trade union and the right to strike which does not start at its date as notified shall be void.

The collective bargaining agreement concluded at the end of the strike will not be able to benefit from those who have worked in the workplace, except for those who are obliged to work pursuant to Article 56 of Law No. 6356. It is also possible to provide otherwise by the parties.

A decision to call a strike may be put into practice on the fixed time, and the date of the strike shall be communicated to the opposite party six working days before. The date on which the decision to call a strike will be implemented by notifying to competent authority by decision-making party to be communicated to the opposite party.

If one fourth of the workers employed in that workplace shall request strike vote providing the application to the competent authority within six working days following the date of announcement of a decision to call a strike (Art.61). Vote regarding the strike shall be taken by the competent authority within six working days following this application.

Yukarıda sayılan haller dışında Cumhurbaşkanının; genel hayatı önemli ölçüde etkileyen doğa olaylarının gerçekleştiği yerlerde bu durumun devamı süresince yürürlükte kalmak kaydıyla gerekli gördüğü işyerlerinde grev ve lokavtı yasaklama yetkisi bulunmaktadır. Yasağın kalkmasından itibaren 60 gün içinde ve 6 iş günü öncesinde karşı tarafa bildirilmek kaydıyla grev ve lokavt uygulamasına devam edilir (md 62/2).

Grev oylamasında; grev ilanının yapıldığı tarihte işyerinde çalışan işçilerin salt çoğunluğunca grevin uygulanmamasına ilişkin karar verilmesi halinde o işyerinde grev uygulanmayacaktır.

YÜKSEK HAKEM KURULU'NA BAŞVURU VE KURUL KARARLARININ TİS HÜKMÜNDE OLMASI

Grev oylaması sonucunda grev yapılmaması yönünde karar verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi ile işçi sendikası; 6 iş günü içinde Yüksek Hakem Kuruluna başvurabilir. Grev ve lokavtın yasak olduğu uyuşmazlıklarda 6 iş günü, arabuluculuk uyuşmazlık tutanağının tebliğinden itibaren işleyecektir. Süresi içinde Yüksek Hakem Kurulu'na başvuru yapılmaması halinde sendikanın yetkisi düşer.

Yüksek Hakem Kurulu'nun incelemeleri sonucunda verilen kararlar kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir (md 52).

Yüksek Hakem Kurulu'nun kesin olan kararları; Kurul önüne Kanun'daki prosedüre uygun biçimde getirilmiş uyuşmazlıkla ilgili olarak toplu iş sözleşmesi hükmünde verdiği kararlardır ¹. Diğer bir deyişle; Yüksek Hakem Kurulu kararlarının toplu iş sözleşmesi hükmünde ve kesin olması için ön koşul, görevli ve yetkili olduğu konularda karar almasıdır ².

¹Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2015/9-2170 E., 2017/1426 K. ve 22.11.2017 tarihli kararı

²Yargıtay 22. HD 2014/16453 E., 2014/22444 K. ve 15.07.2014 tarihli karar

The number of workers who have started to work after the date of the announcement of the strike is not taken into account in the strike vote. The parties have a right to bring a case before the Labour Court concerning the objections regarding this vote within three working days starting from day of the voting. In the event of no objection within the time limit, the result of the strike shall be finalized.

Following the final decision of the strike in the workplace, the workers shall be free to participate or not to participate in the strike. Workers who are participating in the strike or who are locked out must be separated from each other. Even though the workers who do not participate or who decide not to continue to participate in the strike shall not be prevented from working in the workplace in any way, the employer shall be free to employ or not to employ those workers.

Pursuant to the Article 48 of Act numbered 6356, it shall not be lawful to call a strike or order a lock-out in the following situations:

- Life or property-saving, funeral and mortuary,
- Production, refining and distribution of city water, electricity, natural gas and petroleum as well as petrochemical works, production of which starts from naphtha or natural gas;
- In workplaces operated directly by Ministry of National Defense, General Command of Gendarmerie and Coast Guard Command,
- Firefighting carried out by public institutions and in hospitals,
- In the seaway, airway, railway and highway transportation vehicles which have not finished the journey at the domestic destinations.

Aside from the circumstances described above, where the life of the community is paralyzed by natural disaster, the President of the Republic have a right to prohibit strikes and lock-outs in the workplaces located in such areas as may be necessary, provided that it will be effective for as long as the

situation continues. The strike and lock-out shall be implemented within sixty days after the prohibition is lifted, provided that the opposite party is informed six working days beforehand (Art.62/2).

If an absolute majority of the workers employed on the date the announcement is made decides against a strike in the workplace, the decision to call a strike in this dispute shall not be implemented.

APPLICATION TO THE HIGH BOARD OF ARBITRATION AND DECISIONS OF THE HIGH BOARD OF ARBITRATION AS THE COLLECTIVE LABOUR AGREEMENT

Workers' trade union may apply to the High Board of Arbitration within six working days after the finalization of the decision not to call a strike taken as a result of the voting for a strike. In disputes where strikes and lockouts are prohibited, six working days shall be commenced as of the notification of the mediation dispute report to the parties. In the event of no application to the High Board of Arbitration within the fixed time, the competence of the workers' trade union shall be void.

Decisions of the High Board of Arbitration shall be final and have the same effect and force as the collective labour agreement (Art. 51/2)

The final decisions of the High Board of Arbitration is the decisions which taken regarding the disputes brought before the Board in accordance with the procedure in the Law and have the same effect and force as the collective labour agreement.¹ In other words, the precondition for the decisions to be final and have the same effect and force as the collective labour agreement is to take decisions on the matters which it is competent and has jurisdiction.²

¹ Decision of 22nd Assembly of Civil Chambers of the Supreme Court of Appeal, Docket No 2015/9-2170, Decree No 2017/1426 dated 22.11.2017.

² Decision of 22nd Civil Chamber of the Supreme Court of Appeal, Docket No 2014/16453, Decree No 2014/22444 dated 15.07.2014.



Bu hukuk bülteninin yayımlanma amacı okuyuculara Türkiye’deki hukuki gelişmelere dair bilgi vermektir. Hukuk bülteninin içindekiler herhangi özel bir husus veya hukuki konuya dair görüş veya danışmanlık vermek olarak yorumlanamaz. Hukuki görüş için mutlaka bir avukata başvurunuz. Bülten ile ilgili daha fazlabilgi için lütfen Dilek Gürsan ile irtibat geçiniz.

dgursan@egemenoglu.av.tr

Ayazağa Mahallesi Cendere Caddesi
Vadiistanbul No:109B 1B Blok
Ofis No: 55-56
Sarıyer / İstanbul

T: +90 212 283 55 55
F: +90 212 269 29 17

www.egemenoglu.av.tr

egemenoglu
HUKUK BÜROSU