

YABANCI SERMAYEYİ TEŞVİK MEVZUATINDA  
LİSANS, TEKNİK YARDIM, KNOW-HOW, YÖNETİM  
VE FRANCHİSE ANLAŞMALARININ YÜRÜRLÜĞÜ İÇİN  
ÖNGÖRÜLEN TESCİLİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Araş. Gör. Faruk Kerem GİRAY\*,\*\*

I. Genel Bakış

Mahallî hukuk sistemlerinde istisnai olarak yatırımların kontrol ve denetim altına alınabilmesi için, ekonomik kamu düzenini temin veya kamu menfaatini korumak amacıyla muayyen sözleşmelerin geçerliliği, belirli şekilde yapılmalarını, yetkili makamlarca onaylanmalarını veya bazı makamlar nezdinde tescil edilmelerini gerektirmektedir. Bu tür sözleşmelerin kurulabilmesi için gerekli olan taraf iradelerinin uyuşmasına ilaveten, geçerlilik bakımından bazı şeklî formalitelerin de yerine getirilmesi gerekmektedir<sup>1</sup>. Belirtilen şeklî formaliteler yerine getirilmezse tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin varlığı sözleşmelere geçerlilik tanımaya yetmez<sup>2</sup>. Bu bakımdan özellikle sözleşmenin ifa edileceği yer hukukunca tarafların iradî mutabakatlarına ilâve olarak aranan şekil şartlarının incelenmesi ve

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Hususi Hukuku Ana Bilim Dalı.

\*\* Yetişmemizde büyük emekleri geçen değerli hocamıza sonsuz teşekkürlerimi ve saygılarımı yinelemek isterim.

1 ŞANLI Cemal / EKŞİ Nuray, *Uluslararası Ticaret Hukuku*, Beta Basım, 2000, 29; ŞANLI Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2002, 19.

2 ŞANLI / EKŞİ, (dn1) 30.



sözleşmelerin bu şekli esaslara uygun olarak tanzim edilmesi gelecekte doğabilecek uyuşmazlıkları ortadan kaldıracaktır<sup>3</sup>.

Günümüzde neredeyse yetkili makamlardan izin almaksızın yatırım yapmak imkansızdır. Ev sahibi devlet, egemenlik yetkisine dayanarak kendi milli menfaatleri uyarınca yabancı yatırıma ilişkin hukuki düzenlemelerde bulunur. Kural olarak yabancı yatırımcı o ülke vatandaşları ile aynı hukuki mevzuata tâbidir. Ancak yatırımcı, sermayesini ihraç etmeden önce ilave olarak ek garantiler ve birtakım imtiyazlar talep eder. Yabancı yatırımcıya ev sahipliği yapacak devlet, yatırımcıya cazip gelecek özel kanunlar çıkartabilir. Bu kanunlar ile yatırımcıya genel düzenlemelere oranla daha imtiyazlı haklar tanınır. Bunlara örnek olarak vergi indirimi, iş kanunlarının bazı kısımlarında esneklik, para transferlerinde daha serbest kur politikası gösterilebilir<sup>4</sup>.

Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunun'dan(YSTK)<sup>5</sup> yararlanacak teşebbüslerin kurulması, genişlemesi veya yeniden faaliyete geçirilmesi için ithal edilebilecek ve yabancı sermaye olarak kabul edilecek değerler arasında<sup>6</sup> madde 2/ 3 uyarınca lisanslar, patent hakları, fikrî haklar ve hizmetler sayılmıştır. Yabancı Sermaye Çerçeve Kararının (YSÇK)<sup>7</sup> 3. maddesinin (g) bendi, Türkiye'de lisans, know-how, teknik yardım, yönetim ve franchise anlaşmalarının yürürlüğünü idare'nin bilgisine sunulmasına tâbi tutmuştur. Kanun koyucu bu tür sözleşmelerin gerçekleştirilmesini serbest bırakmamış, bilakis müsteşarlığın bilgisine sunulmasını öngörmüş ve bunların yürürlüğe girebilmeleri için tescili zorunlu kılmıştır.

<sup>3</sup> ŞANLI / EKŞİ, (dn 1) 31.

<sup>4</sup> HOUTTE VAN HANS, *The Law of International Trade*, Sweet and Maxwell, London, 1995, 225-226.

<sup>5</sup> 6224 Sayılı Kanun için bkz. RG:23.11.1954 Sayı:8615.

<sup>6</sup> Mukayeseli hukuk için bkz. FRIEDMANN Wolfgang / PUGH Richard, *Legal Aspects of Foreign Investment*, Stevens and Sons Limited Basım, London, 1959, 85. Örneğin Brezilya hukukunda Good-will'de sermaye olarak kabul edilmektedir.

<sup>7</sup> RG:23.7.1995 Sayı:22352.



## II. İzin ve Tescilin Arandığı Haller

Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkında 32 sayılı Kararın (TPKKHK)<sup>8</sup> 12/2. maddesi uyarınca Türkiye'de yerleşik kişi ve kuruluşların, dışarıda yerleşik kişi ve kuruluşlarla lisans, know-how, teknik yardım, franchise ve yönetim anlaşmaları yapabilmeleri için Hazine Müsteşarlığına bağlı Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü'nden (YSGM) izin almaları gerekmektedir. Maddeye göre bu anlaşmaların gerçekleştirilebilmesi için tescil gerekmeyp sadece izin yeterlidir. TPKKHK'nın 12. maddesi açıkça YSTK'ya atıf yapmıştır ve bu kanun uyarınca gerekli izinlerin alınması şartıyla ilgili sözleşmelerin yapılacağını belirtmiştir. Verilecek müsaadelerle ilgili müracaat ve uygulama esasları ise Hazine Müsteşarlığınca yürütülen Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı Hakkında iki numaralı Tebliğ<sup>9</sup> (Tebliğ) ile düzenlenmiştir.

Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı'nın (YSÇK) 3(g) maddesi ve Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı Hakkında iki numaralı Tebliğ'in 7. maddesinde ise kamu kurum ve özel sektör kuruluşlarının dışarıda yerleşik kişi ve kuruluşlarla yapacakları bu tür sözleşmeler<sup>10</sup> için tescil şartı aranmıştır.

## III. Sözleşmelerin Tarafları

Gerek YSÇK'nın 3(g) maddesinde gerek Tebliğ'in 7. maddesinde Türkiye'deki kamu ve özel sektör kuruluşlarının yabancı gerçek ve tüzel kişilerle akdedeceği lisans, teknik yardım know-how, yönetim ve franchise anlaşmaları için YSGM'den izin almaları gerektiği belirtilmiştir. Buradan çıkan anlam uyarınca Türk gerçek kişilerinin, yabancı gerçek ve tüzel kişilerle akdedecekleri bu tip sözleşmeler için izin almalarının gerekmediği sonucu çıkıyorsa da 32 sayılı TPKKHK'nın 12/2 maddesi, 2/b hükmü ile birlikte ele alınacağından, gerçek kişiler de bu kapsam dahilinde değerlendirilecektir. Gerçi, YSÇK 3(g) ve Tebliğ'in 7. maddesinde "özel sektör" kavramının kullanılmakla, gerçek kişilerin bu kapsamda ele alındığı düşünülebilir; ancak ilgili maddelerde "dışarıda yerleşik (yabancı) kamu ve özel sektör"ler deyimi yeri-

<sup>8</sup> RG:11.8.1989 Sayı:20249.

<sup>9</sup> RG: 24.8.1995 Sayı:22384.

<sup>10</sup> Kanaatimizce distribütörlük anlaşması için de izin/tescil şartı aranabilecektir.



ne, açıkça “dışarıda yerleşik kişi ve kuruluş” kavramları kullanılmıştır, dolayısıyla dışarıda yerleşik kişiler özellikle vurgulanırken aynı hassasiyet “özel sektör kuruluşları” deyiminin seçiminde gözetilmemiştir. Nitekim gerçek kişileri “kuruluş” olarak da değerlendirmek çok yerinde değildir. Sonuç olarak ister gerçek kişilerce olsun ister kamu veya özel sektörlerince olsun akdedilecek lisans, know-how, teknik yardım, franchise ve yönetim anlaşmaları için izin alınması gerekecektir. YSÇK ve Tebliğ’de, dışarıda yerleşik kuruluş kavramına bir sınırlama getirilmediğinden, dışarıda yerleşik kamu kuruluşlarında hiç şüphesiz sözleşmelerin tarafı olabilecektir.

YSÇK uyarınca, sözleşme tarafı olan kişilerin dışarıda yerleşik olup olmadıkları, YSÇK md.2 uyarınca, gerçek kişilerde vatandaşlık, tüzel kişilerde ise yabancı ülkede kurulmuş olmaya, TPKKHK anlamında ise Türkiye’de ikametgâh sahibi bulunup bulunmamalarına bağlıdır<sup>11</sup>.

#### IV. İzin Niteliği

İzin teknik anlamda ruhsat olan bir idarî işlem olduğuna göre idarî işlemin tanımını yapmakta yarar vardır. Doktrinde Akyılmaz’a göre idarî işlem, idare veya idare adına hareket eden özel hukuk kişilerince<sup>12</sup>, kamu gücü kullanılarak yapılan; doğrudan ya da belirli bir zaman aralığında, rızaları aranmaksızın kişi veya kurumların hukukî durumlarını doğrudan veya dolaylı etkileyen, kamusal nitelikli tek yanlı irade açıklamalarıdır<sup>13</sup>. İdare, sınırlı yetkisini kullanarak özel girişimin bir takım faaliyetlerini izne tâbi tutabilir ve işletme şeklini tayin edebilir<sup>14</sup>. İlgili, faaliyete geçmeden önce idareye başvuracak ve onun iradesiyle işe girişebilecektir. İdare de ilgiliyi denetleyecek,

11 TEKİNALP Gülören, *Türk Yabancılar Hukuku*, Beta Basım, İstanbul, 1998, 152.

12 Konumuzla ilgili olmamakla beraber bu duruma örnek olarak 4708 sayılı Yapı Denetimi Kanunu uyarınca yetkilendirilmiş kişi ve müesseseler gösterilebilir.

13 AKYILMAZ Bahtiyar, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Ankara, 2000, 30.

14 Örneğin YSTK’dan yararlanabilmek için tüzel kişinin anonim veya limited şirket olması gerekir.



maddî düzeni ihlal edici herhangi bir husus tespit edilmediğinde, izin verecek gerektiğinde usulsüzlük tespit ettiğinde verilen izni kaldırmak veya izni yinelememek koşuluyla müteşebbise engel olacaktır<sup>15</sup>.

Hazine Müsteşarlığına bağlı YSGM'ce yapılacak işlem, izin olarak nitelendirilirse idare hukuku açısından bu izin *Genel-Koşul İşlem* olarak addedilecektir.

*Koşul İşlemdir* çünkü bir kişi, kurum ya da olaya ilişkin olarak yapılan ve genel bir hukuksal durumdan bir diğerine girme, onun içinde bulunma veya ondan çıkma sonucunu doğuran işlemdir<sup>16</sup>. Doktrinde bu işlem türüne verilen örnekler konumuzla ilgili olanlar nazara alınarak izin, ruhsat, çalışma izni, tahsis, sermaye getirme müsaadesi olarak sayılabilir.

YSÇK'nın 8. maddesi<sup>17</sup> ile Türkiye'ye sermaye getirilmesi ile ilgili promosyon, izin, tescil, yatırım, teşvik araçlarından yararlandırma, verilen izin belgelerini ve tescilleri iptal etme ve kararda belirtilen diğer tüm işlemleri yapmaya, Hazine Müsteşarlığına (HM) bağlı YSGM yetkilendirilmiştir. Bu halde YSGM, lisans, know-how, teknik yardım, yönetim ve franchise anlaşmaları hakkında izin vermeye yetkili makam olarak belirlenmiştir.

İdarenin, Danıştay kararları ışığında hukuk ve adalet esaslarına uyarak ve resmi iktisadî politikaları göz önünde tutarak hareket etmesi gerekir. Bu doğrultuda YSGM, gelişen ve değişen koşullara göre yetki çerçevesi içinde tebliğlerle yeni düzenlemelere gidebilir ancak bu tebliğler hiç bir halde esasını oluşturan Bakanlar Kurulu Kararnamelelerine aykırı hükümler taşıyamazlar<sup>18</sup> ve sınırlarını aşamazlar.

<sup>15</sup> BERK Kahraman, *İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatı*, yayınlanmamış yüksek lisans tezi (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Bilim dalı, İstanbul, 1999), 49.

<sup>16</sup> ÖZAY İl Han, *Günüşiğinde Yönetim*, Alfa Basım, İstanbul, 1996, 338.

<sup>17</sup> 92/2789 Karar sayılı ve 95/6990 sayılı YSÇK'da Yabancı sermaye yatırım ve iştirakleri ile ilgili bütün işlemlerde Dış Ticaret ve Hazine Müsteşarlığına bağlı YSGM'nin yetkili olacağı belirtilmiştir.

<sup>18</sup> TAN Turgut, *Ekonomik Kamu Hukuku*, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Ankara, 1984, 207.



## V. Tescilin Niteliği

Tescil sözlük anlamı olarak sicile geçirme, kütüğe geçirme demektir. Tescil, kanunlarda gösterilmiş bulunan hukukî işlemlerin resmî memurlar tarafından belirli sicillere yazılarak hem işlemin sıhhat ve devamının, hem de üçüncü kişilere karşı aleniyetinin sağlanmasını temin eder. Tescil işleminin amacı hukuki işlemin geçerli olarak meydana gelmesini sağlamak ve işlemle ilgili kişileri ve de bu işlemde etkilenebilecek kişileri haberdar etmektir<sup>19</sup>.

Hukukî anlamda da tescil, resmiyet verilmek istenen hususun kanunun öngördüğü yere veya ilgili deftere kaydı olarak kullanılmaktadır. Tescil kurucu nitelikte olabileceği gibi açıklayıcı nitelikte de olabilir. Örneğin Medeni Kanun (MK). madde 705'de taşınmaz mülkiyeti iktisabının tescille olacağı düzenlenmiştir. Burada tescil kurucu nitelik arz etmektedir. Bunun yanı sıra MK.'nin evlenmeye ilişkin hükümlerini düzenleyen ilgili 142. maddesi uyarınca evliliğin tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını açıklamasıyla kurulacağı belirtilmiştir. Burada nikah memurunun bu hususu deftere geçirmesi açıklayıcı niteliktedir.

Tescilin, izinden en önemli farkı; tescil hukukî muamelenin sonrasında bireyden idareye yöneltirken, izin ise hukukî muamele öncesinde idareden bireye verilmesinde görülür. Tescilin asıl fonksiyonu, hukuka aykırılıkları denetlemektir. Yapılmış işlemin hukuka aykırılıkları tescil aşamasında tekrar incelenmekle giderilebilecektir. Tescilin diğer bir fonksiyonu da aleniyeti sağlamasıdır. Sicilin ilgililere (örneğin gayrimenkul sicilleri) veya herkese (örneğin ticaret sicilleri) açık olduğu hallerde sicildeki kayıtlar incelenebileceğinden, bu imkânı kullanmayan kimse, gerekli ihtimamı sarf etmemiş olacağından cihetle mevcut kaydı bilmediği hususunda hüsnüniyet iddia edemez<sup>20</sup>. Tescil için gerekli şartların tam olup olmadığı talep anına göre değerlendirilecektir.

Resmî sicile tescil'in, resmi şeklin bir türü olup olmadığı tartışmalı bir konu olmakla beraber bu konuda başlıca üç temel görüş vardır. Hâkim görüşe göre tescil de resmî şeklin bir türüdür. Bir diğer görüş

19 DOĞANGÜN Temel, *Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, 46.

20 OĞUZMAN Kemal / SELİÇİ Özer, *Eşya Hukuku*, İstanbul, 2002, 132.



şe göre ise kurucu nitelikteki tapu sicillerine tescil resmî şekle dahil değildir fakat ticaret sicili gibi bildirici mahiyetteki sicillere yapılan tesciller resmi şeklin çeşitlerindedir. Üçüncü görüşe göre ise tescil dar ve teknik anlamdaki şeklin dışında değerlendirilmelidir; çünkü tescil yapıldığı aşamadan önce işlemi yapan tarafların irade açıklamalarıyla hukukî işlem kurulmuştur<sup>21</sup>. Tescil tarafların iradelerini açıklamaya yarayan bir araç değil, bilakis bunları belgeleyen ve üçüncü kişilere duyuran araçtır. Ancak tapu sicili gibi sicillere yapılan kurucu tescil işlemi şekille ilgili değil işlemin genel esaslarıyla ilgilidir.

YSÇK'nın 3.maddesinin (g) bendinde Türkiye'deki kamu ve özel sektör kuruluşlarının yurt dışında yerleşik kişi ve kuruluşlarca yapacağı lisans, know-how, teknik yardım, yönetim ve franchise anlaşmalarının tescil edilmesi gerekliliği belirtilmiştir. Anılan maddede ayrıca anlaşmaların ancak tescil edilmelerine bağlı olarak yürürlük kazancakları düzenlenmiştir. Kanaatimizce bu sözleşmeler için aranan tescil, akdin geçerliliği için öngörülen bir şekil şartı olmadığı gibi sözleşmelerin geçerliliği içinde aranacak bir kurucu şart değildir çünkü tescil gerçekleşmeden de sözleşme hukuken geçerli olacak ancak sözleşmelerin yürürlüğü için tescil aranacaktır. Örneğin Amerika Birleşik Devletlerinde yerleşik bir tüzel kişi ile Türk tüzel kişisi arasında gerçekleştirilen bir know-how, lisans veya master franchise sözleşmesinde Türk şirketine tüm Avrupa veya orta doğu ülkeleri için bölgesel bir imtiyaz tanınarak mümessillik verilmişse ve Amerikalı şirket bu hükmü ihlal ederek başka bir Avrupa'da yerleşik şirketle aynı nitelikte bir sözleşme yaparsa artık önceki sözleşmenin YSGM'ce tescil edilmemesinden ötürü geçersiz olduğu iddia edilemeyecektir.

## VI. Özel Hukuk Açısından İzin ve Tescil

Bazı hukukî muamelelerde, muamelenin hüküm ifade etmesi için, bunun bir resmî makamın fiili ile tamamlanması aranmıştır. Burada resmi makamın fiilinin hukuki muamelenin hüküm ifade etmesi için kurucu unsur mu yoksa tamamlayıcı unsur mu olduğu önemlidir.

Kurucu unsurları bulunan bir hukukî muamelenin hüküm ifade et-

<sup>21</sup> Görüşler için bakınız ALTAŞ Hüseyin, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Ankara, 1998, 80.



mesi için bir unsurla tamamlanması gereken hallerde noksanlık söz konusu olur. Muamele askıdadır. Ya tamamlayıcı unsur gerçekleşecek ve muamele hüküm ifade edecek ya da bu unsurun gerçekleşmeyeceği kesin olarak belli olacak ve muamele tamamen hükümsüzleşecektir<sup>22</sup>.

Tamamlayıcı unsur gerçekleşince muamele hüküm ifade edecektir. Unsurun gerçekleşmesiyle muamelenin başlangıçtan itibaren (makale şamil) hüküm doğurup doğurmayacağı söz konusu unsurun niteliğine bağlıdır. Resmî bir makamın fiili ile tamamlanan hukuki muamelelerde, bu fiil gerçekleşinceye kadar muamele hüküm ifade etmez. Resmî makamın fiilinin gerçekleşmesinden sonra muamelenin ise başlangıçtan itibaren mi, resmi makamın fiilinden itibaren mi hüküm ifade edeceğinin her konu için bağımsız olarak ele alınması gerekir. Resmî makamın fiilinin gerçekleşmeyeceği anlaşılınca muamele kesin olarak hükümsüzleşecektir<sup>23</sup>.

### VII. Yabancı Sermayeyi Teşvik Mevzuatı Açısından İzin ve Tescil

1995 tarihli YSÇK'nın 3(g) ve Tebliğ'in 7. maddesinde kamu ve özel sektör kuruluşlarının dışarıda yerleşik kişi ve kuruluşlarla yaptıkları lisans, know-how, teknik yardım, yönetim ve franchising anlaşmaları için tescil mecburiyeti getirilirken; 1989 tarihli TPKKHK'nın 12. maddesinde ise, bu anlaşmaların yapılabilmesi izin şartına bağlanmıştır. YSÇK'nın 3. maddesinin başlangıç hükmü, izin kavramına değinmekle birlikte, (g) bendinde "izin" in tescille tamamlanmasını şart koşturmuştur.

Tescil, genel mahiyeti itibariyle içeriğinde izni de kapsar. Şöyle ki; tescil hukuksal nitelik taşıyan bir hususun sicile tescili olduğuna göre, bu sicile geçirme öncesinde tescile konu olan işlemin hukuka uygunluğu ve gerekli nitelikleri taşıyıp taşımadığına da bakılacaktır. Resmi memur sicile kayıt yaparken kayıt için gerekli şartlara haiz olduğunu da incelemekle mükelleftir. Bu inceleme yapılmaksızın tescil yapılmaz. O halde konumuz kapsamındaki bu anlaşmaların tescil edilebilmesi için YSGM'den gerekli izinlerin alınmış ve hukuken geçerli söz-

<sup>22</sup> OĞUZMAN / BARLAS, *Medenî Hukuk*, Beta Basım, İstanbul, 2002, 146.

<sup>23</sup> OĞUZMAN / BARLAS, (dn 23), 147.



leşmeler olması gerekir. Ayrıca sözleşmeler açısından gerek izni verecek gerek tescili yapacak makam aynı olduğundan, izin ve tescil konumuz açısından iç içe geçmiş kabul edilebilir. YSGM, bu sözleşmeler açısından hem izin hem de tescil yetkisine haizdir.

Örneğin sözleşmenin yürürlük tarihinin sona ermesi, izne mani olacağı gibi tescilede engel teşkil eder. Bu durumda YSÇK ve Tebliğ; konumuz itibarıyla bünyesinde izni de içeren tescil kavramını yerinde kullanmıştır. Her ne kadar çelişki var gibi gözükse de gerçekte düzenlemeler birbirleriyle uyumludur. Ancak izin ve tescilin hukuken birbirinden farklı olduğunu unutmamak gerekir. İzin ile tescilin farkı Ticaret Kanununda da yer bulmuştur. Örneğin kollektif şirketlerin kurulması sadece ticaret siciline tescille sınırlı tutulmuşken (TTK.157) anonim şirket kurulabilmek için ise Sanayi ve Ticaret Bakanlığından izin (TTK 280) ve sonrasında da ticaret siciline tescil gereklidir.

### VIII. Sözleşmelerin Yürürlük Koşulu

Taraflar arasında akdedilen sözleşmelerin tescil edilmemeleri halinde sözleşmelerin akıbeti tescilin kurucu veya açıklayıcı niteliğine göre değişecektir. YSÇK'nın md.3 (g) bendi ve Tebliğ'in 7. maddesinin açık düzenlemesi uyarınca bu anlaşmalar ancak YSGM'nin tescil işlemi ile yürürlük kazanacaktır. O halde tescil işlemi olmaksızın bu sözleşmeler iç hukuk açısından geçerli olacak ancak yürürlük kazanamayacaktır. Yürürlük zamanı kural olarak akdin esasına ilişkin bir hususdur. Taraflarca, akdedilen sözleşmenin, yürürlüğe gireceği zaman konusunda bir düzenleme de bulunulmamışsa, aktin esasına uygulanacak hukuka göre bu tarih tespit edilecektir. Lisans, Know-how, franchise, teknik yardım ve yönetim anlaşmalarının esasına uygulanacak hukuk, MÖHUK 24 uyarınca taraflarca kararlaştırılmadıkça karakteristik edim borçlusunun ifa yeri hukukuna göre belirlenecektir. Ne var ki, sözleşmelerin niteleği gereği, karakteristik edim borçlusunun ediminin ifa yeri Türkiye olacağından, iç hukuktaki düzenlemeler uyarınca tescil şartı yerine getirilmeksizin, anılan sözleşmelerin yürürlüğe girmeyeceğinin kabulü gerekir. Bu sözleşmelere ilişkin olarak, tarafların hukuk seçimi imkanı bulunsa bile, edimlerin ifa edileceği yer münhasıran Türkiye olacağından, YSÇK 3(g) bendi ve Tebliğ'in 7. maddesinin doğrudan uygulanan kuraldan ziyade, müdahale-



ci norm olarak<sup>24</sup>, seçilen yabancı hukuk tarafından da göz önüne alınması gerekir. Kanaatimizce, aranan tescil şartı sözleşmelerin geçerliliği için gerekli bir kurucu şart olmayıp sadece sözleşmeden doğan parasal yükümlülükler üzerinde etkili olacaktır. Nitekim, tescil şartının yerine getirilmemesinin müeyyidesi YSÇK'nın 7/son fıkrasında belirtildiği üzere sözleşmelerin uygulanmasından doğan ödemelerin bankalarca transfer edilmemesinden ibaret olacaktır.

Karakteristik edimin ifa yerinin Türkiye dışında bir yer olması halinde sözleşmelerin yürürlüğü için tescil şartının aranmayacağı zira Türk hukukunu ilgilendiren bir hususun bulunmadığı dolayısıyla da tescil zorunluluğunun mevzu bahis olmadığı iddia edilebilirdi bu yerinde bir tesbit olmayacaktır zira YSÇK 3(g) bendi ve Tebliğ'in 7. maddesi iç hukuk açısından doğrudan uygulanan kural, yabancı hukuk açısından ise birer müdahaleci normdur. Kanaatimizce Teknik yardım ve Know-how sözleşmeleri nitelikleri gereği lisans, franchise ve yönetim anlaşmalarından farklı olarak Türkiye dışında ifa edilebilir. Ayrıca MÖHUK 24 taraflara akdin esasına uygulanacak hukuku seçme serbestisi tanıdığından Türk hukukunun dışında bir hukuk seçimi yapılması halinde akdin yürürlüğü için, seçilen hukukun maddi normları uyarınca tescil şartı gerekmebilir. Ancak bu halde dahi, sözleşmenin ifa yeri nihai olarak Türkiye olacağından ve de ödemelerin ve buna bağlı para transferlerinin Türkiye üzerinden yapılacak olmasından ötürü, yurt dışında yapılan ve yabancı bir hukukun seçildiği sözleşmeler için bile tescil şartının aranması zaruridir. Hemen belirtelim ki bu tescil sözleşmelerin geçerliliği için değil yürürlüğü için aranacaktır.

### IX. Sözleşmelerin Geçerlilik Koşulu

YSÇK'da aranan tescil şartı doğrudan uygulanan bir kural olarak değerlendirilmelidir. Bu hususun ileri sürülebilmesi için sözleşmelerin kapsamının YSTK kapsamına girmesi gerekmez. Sözleşmeler için öngörülen tescil şartı YSTK dışında bağımsız bir düzenleme olan 32 sayılı TPKKHK'da açıkça düzenlenmiştir. Nitekim TPKKHK'nın ilgili 12/2 fıkrasındaki düzenlemenin YSTK'ya atıf yapması, bunun yanında tescil şartının yer aldığı ilgili Tebliğin konusu ve ismininde

<sup>24</sup> NOMER Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, Beta Basım, İstanbul, 2002, 272.



YSÇK'ya ilişkin olması, sözleşmeler için öngörülen tescil şartının doğrudan uygulanan bir kural olduğu olgusunu değiştirmez. Sözleşmeler için tescil yükümlülüğünün öngörüldüğü TPKKHK, YSTK ve YSÇK'daki düzenlemenin amacı yurt dışına transfer edilecek dövizin miktarını bilmek, döviz hareketlerini kontrol etmek ve iç piyasada döviz istikrarını sağlamaktır. Bu kurallar döviz kontrol kurallarıdır. Kanun koyucu, TPKKHK 12/2. fıkrasındaki düzenleme ile kendisinin tâbi olduğu düzenlemede yetkilendirilen makamdan (Hazine Müsteşarlığı ve bağlı olduğu Bakanlık) ayrılarak, 6224 sayılı kanunda gösterilen birden fazla kurumun katılımıyla oluşturulan Yabancı Sermayeyi Teşvik Komitesine<sup>25</sup> atıf yapmayı tercih etmekle döviz politikasının kontrolü konusundaki hassasiyetini göstermektedir.

Doğrudan uygulanan kurallar bir hukuki ilişkiyi bütünüyle düzenlemeyip söz konusu ilişkinin sadece belirli yönleri hakkında ve öngördükleri amacın elde edilmesi için zorunlu olan sınırlar içinde müdahalede bulunurlar<sup>26</sup>. YSÇK'daki düzenlemenin amacının; devletin dış ticaret alanında izlediği politikaları etkin şekilde uygulamak ve döviz olarak ülkeden çıkacak meblağı kontrol etmek olduğundan, TPKKHK'nın 4/e<sup>27</sup> fıkrası uyarınca maddi değeri elli bin Amerikan dolarını aşmayan sözleşmelerin icrasının, dış ticaret veya döviz politikasını etkilemediği veya uygulama sınırlarını aşmadığından ötürü tescile tâbi tutulmayacağıda iddia edilemez.

Sözleşmelerin, esas konusunun YSTK'dan yararlanmak olup olmadığına bakılmaksızın Türk hukukunun öngördüğü doğrudan uygulanan kurallara tâbi olunacaktır.

<sup>25</sup> 95/6990 sayılı karar öncesi Komite, Merkez Bankası umum müdürünün reisiğinde hazine umum müdürü, iç ticaret umum müdürü, sanayi işleri umum müdürü, işletmeler vekâleti etüd ve plân dairesi reisi, Türkiye ticaret ve sanayi odaları ve ticaret borsaları birliği umumî kâtibinden müteşekkildir. (YSTK 8)

<sup>26</sup> ÖZDEMİR (Kocasakal) Hatice, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001, 31.

<sup>27</sup> Türkiye'de yerleşik kişiler ile dışarıda yerleşik kişilerin, bankalar ve özel finans kurumları vasıtasıyla yurt dışına döviz transfer etmeleri serbesttir. Bankalar ve özel finans kurumları, ithalat, ihracat ve görünmeyen işlemler dışındaki yurtdışına yapılan elli bin Amerikan doları ve eşiti dövizini aşan transferlere ilişkin bilgileri, transfer tarihinden itibaren otuz gün içinde Bakanlıkça belirlenecek mercilere bildirirler.



Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğünce yapılacak tescil, şayet kurucu olarak kabul edilecek olursa tescil şartının yerine getirilmemesinin müeyyidesi sözleşmelerin geçersiz olması sonucunu yaratacakken, buna karşın sözleşmeler için öngörülen tescil, açıklayıcı kabul edilirse, sözleşmeler geçerli olacak ancak hukuki sonuçlarını tescille doğrulabileceklerdir. YSÇK'daki düzenleme uyarınca sözleşme bedeli, tescil edilmeksizin yurt dışına transfer edilemeyecektir. Örneğin taraflarca aktedilen know-how sözleşmesindeki bir kayıt uyarınca, Türk girişimciye ilgili Know-How hakkında Türkiye'de tekel hakkı tanındığı halde bu hükme aykırı olarak Türkiye'deki bir başka girişimciyle yeniden aynı konuda akit yapılması halinde önceki tarihli sözleşmenin salt Hazine Müsteşarlığınca tescil edilmemesinden ötürü haksız rekabet davasına konu olamayacağı iddia edilemez.

Çalışmamıza konu olan asıl mesele Tebliğin 7. maddesinde öngörülen anlaşmaların geçerliliği için tescilin şart olup olmadığıdır. Maddeye göre kamu ve özel sektör kuruluşlarının, dışarıda yerleşik kişi ve kuruluşlarla yapacakları lisans, know-how, teknik yardım, yönetim ve franchise anlaşmalarının YSGM'ye tescili için başvuruda bulunulması gereklidir. Aynı husus benzer olarak TPKKHK'nın md 12/2. fıkrasında da düzenlenmiştir.

Burada aranan tescil kurucu nitelikte olmayıp açıklayıcı niteliktedir.

## X. Sözleşmelerin Geçerlilik Şartları Açısından Şekil

Tescil ve izin, mahiyetleri itibariyle idarî işlem olmalarına karşın özel hukuk açısından bu sözleşmelerin geçerliliği için şekil şartı olarak dikkate alınıp alınmayacağı meselesi de sorgulamamızı gerektirmiştir. Şekil, esas olarak tarafların iradelerinin görünümüne ilişkin olmakla birlikte anılan sözleşmeler için aranan tescil şartının, esasa ilişkin olmayıp, şekle ilişkin olduğu iddia edilebilir. Sözleşmelerin, şekli geçerliliği için tescil zorunluluğunu iddia etmek kanaatimizce hayli güçtür ve idare'nin sözleşme şartlarına esaslı müdahalesi<sup>28</sup>, tes-

<sup>28</sup> Frankfurt 9.Ticaret Mahkemesinin 18.1.1991 tarihli Esas 3/90334-91 sayılı yayınlanmamış Kararına konu olan olayda yönetim anlaşmasının onaylanması için başvurulduğunda o zamanki yetkili makam olan Devlet Planlama Enstitüsü sözleşmede belirli değişiklikler talep etmiştir. Bunlar kararlaştırılan management bedelinin indirilmesi, Türk yada İsviçre hukuklarının uy-



cil yetkisinin tek taraflı olarak idarece genişletilmesi olarak varsayılabilir ve bu her zaman için eleştirilebilir. Sözleşmelerin şekli geçerliliği için tescilin zaruruî olmadığına bir göstergeside Tebliğ'in 7/2. fıkrasındaki düzenlemedir. Bu hükümden çıkan anlama göre taraflar sözleşmeyi yurt dışındada aktebileceklerdir. Zira fıkırada, açıkça anlaşmanın Türk Konsolosluğunca veya 1961 tarihli Yabancı Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Hakkında La Haye sözleşmesi<sup>29</sup> hükümlerince tasdik edileceği belirtilmiştir. Bu halde yabancı ülkede gerçekleştirilen ve akteildiği ülkenin şekil şartlarının yerine getirildiği bir know-how, franchising, lisans veya yönetim anlaşması pekâla tasdikten bağımsız olarak geçerli olacaktır. Zira Türk Konsolosluğunun tasdikine konu olan sözleşmenin geçerli olabilmesi için akteildiği ülkenin şekil şartlarını taşıması gerek ve yeterlidir. Tescil sadece sözleşmenin yürürlüğü ve bedellerin transferi için aranacaktır.

Bu sözleşmelere ilişkin tescil hususunda sağlıklı bir tespitin yapılabilmesi ve de sözleşmelerin yürürlüğü için tescilin mutlak şekil şartı olup olmadığına yorumu için konunun Borçlar Kanunu kapsamında da ele alınması zaruridir.

Sözleşmelerin şekli geçerliliği hakkında MÖHUK'un 6.maddesi alternatifli bir uygulama (seçmeli bağlanma) esasını kabul etmiştir. Sözleşme yurt dışında yapılmış ise MÖHUK'un 6. maddesi uyarınca hukukî işlemler yapıldıkları yer hukukuna tabi olacağından (locus regit actum) akdin yapıldığı ülkenin şekli kurallarına uygun bir sözleşme o yer hukukunca geçerlidir. Hükümün (Möhuk 6) diğer düzenlemesine göre sözleşmeler, esası hakkında yetkili olan hukukun öngördüğü şekle uygun olarak yapılmaları halinde de geçerli olacaktır.

Bu iki hukuktan birinin uygulanması iradî olabileceği gibi tesadüfi de olabilir. Hukukî işlemin şeklen kanunun öngördüğü iki hukuktan birine uygun olması, o hukuki işlemin şeklen devletler özel hukuku aç-

---

gulanacak hukuk olarak kararlaştırılması ve Uluslararası Endüstri ve Ticaret Odası'nın yönergelerinin geçerli addedilmesi hususlarıdır. ŞANLI (dn1), 21. İdarenin, sözleşme bedeli ve uygulanacak hukuka müdahale edebilmesi, izin veya tescilin şekle değil, esasa ilişkin bir husus olduğunu göstermektedir.

<sup>29</sup> RG. 16.9.1984 -18517. 24.8.1995 tarihli tebliğin 7. maddesinde gerekli özen gösterilmeyerek sözleşmenin ismi "Yabancı Resmi Belgelerin Kaldırılması Sözleşmesi" olarak resmi gazete metnine geçirilmiştir.



sından geçerli olması için gerek ve yeterlidir<sup>30</sup>. Hukukî işlemin şeklinde, mahal hukuk ile işlem hukuku alternatif olarak uygulandığından, bunlardan birine göre şekil geçersiz olsa dahi, diğerine uygun olması şekil bakımından hukukî işlemi geçerli hale getirir. Hukukî işlemin şekli geçerliliğinde favor negotii prensibi uyarınca işlemin geçerliliğine en uygun olanı dikkate alınacaktır<sup>31</sup>.

### A- Franchise Sözleşmesi

Franchise anlaşması; konusu bir mal veya hizmetin sürümü ve dağıtımı olan sürekli bir sözleşme olup, bununla mal veya hizmeti üreten ve satan franchise veren, adı, sembolü, markası gibi gayri maddi mal ve değerlerini kullanarak bunların sürümünü yapma hakkını bir ücret karşılığında, belli bir bölgede kendi ad ve hesabına çalışan, bağımsız kişilere (franchise alanlara) vermeyi borçlanır. Franchise veren bu sözleşme ile ayrıca mal veya hizmetlerin en iyi şekilde pazarlanmasını sağlamak için pazar araştırması ve tanıtım yapmak bu konuda kendine özgü bir anlayış geliştirip, bir organizasyon kurmak ve franchise alanları çalışmalarından yararlandıracak şekilde bu organizasyona dahil etmek yükümlülüklerini üstlenir. Franchise alan ise ücret yanında sözleşme konusu malların sürümünü desteklemek, bu konuda gerekli tüm bilgileri franchise verene iletmek, franchise verenin pazarlama ilkelerine, talimatlarına uymak, eğitim programlarına katılarak bu doğrultuda işletmesini yürütmek ile yükümlüdür<sup>32</sup>.

Sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların sözleşmenin esaslı unsurlarında karşılıklı olarak anlaşmaları, özellikle aslî edim yükümlülükleri üzerinde karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarının varlığı ve de iki taraflı bir sözleşme olduğu için her ikisinin de fiil ehliyetine sahip olmaları gerekir. Franchise sözleşmesi kanun gereği herhangi bir şekle tâbi değildir. Genel kural uyarınca (BK. md 11/1) şekil serbestisi söz konusudur. Kırca'ya göre Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğünün tescil işlemi şekil şartı olmayıp tamamlayıcı unsurdur<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> NOMER, (dn24), 182.

<sup>31</sup> NOMER, (dn 24) 183.

<sup>32</sup> KIRCA Çigdem , *Franchise Sözleşmesi*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1999, 20.

<sup>33</sup> KIRCA, (dn 34), 32.



Bununla birlikte Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı KHK(Kanun Hükmünde Kararname)'nin<sup>34</sup> md.15/2 ve Patent Haklarının Korunması Hakkındaki 551 sayılı KHK'nin<sup>35</sup> md.86/2 düzenlemesi tescilli marka ve patent üzerindeki sağlar arası işlemlerin yazılı şekilde yapılmasını öngörmüştür. Franchise sözleşmesinin patent veya marka lisansına ilişkin hükümler içermesi halinde yazılı şekilde yapılması gerekir. Aksi takdirde franchise sözleşmesi geçerli değildir. Doktrinde Gürzumar, franchise sözleşmesinin çerçeve sözleşme olmasından hareketle lisans sözleşmesine ilişkin şekil şartına uymamanın bütün franchise sözleşmesini geçersiz kılmayacağı fikrindedir. Bu halde franchise sözleşmesi geçerli olur ancak franchise alan ilgili marka veya patent üzerinde henüz bir kullanma hakkına sahip olmamıştır ve franchise verenin sonradan şekle uygun olarak marka veya patent lisansı sözleşmesini yapmaması sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir<sup>36</sup>.

Görüldüğü gibi sözleşmenin yazılı şekle tâbi olup olmayacağı tartışmalı olsa da sözleşmenin geçerliliği için tescil şartı söz konusu değildir. Kanaatimizcede burada aranan tescil sözleşmelerin geçerliliği için kurucu şart olmayıp, sözleşmelerden doğan ödemelerin banka ve finans kurumları vasıtasıyla yapılabilmesine olanak sağlayan tamamlayıcı bir unsur niteliğindedir.

### B- Yönetim Sözleşmesi

Yönetici tarafın işletme sahibi tarafa ait bir işletmeyi ivaz karşılığı olmak üzere kısmen veya tamamen yönetmeyi üstlendiği sözleşmelere yönetim sözleşmesi denir<sup>37</sup>. Bu sözleşme ile yönetici ticarî bilgisini, deneyimini, ekonomik ilişkilerini, yöneticilik ustalığını bir araya getirir ve maddî olmayan değerleri işletme sahibinin taşınmaz ve taşınır malları ile personel varlığı şeklindeki üretim unsurları ile birleştirir. Yönetim sözleşmesi aynı zamanda işletme personelinin eğitilmesi

<sup>34</sup> RG:27.6.1995 Sayı:22326.

<sup>35</sup> RG:27.6.1995 Sayı:22326.

<sup>36</sup> KIRCA, (dn 34).35, Gürzumar Osman Berat, *Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması*, İstanbul, 1995, 31.

<sup>37</sup> ÖZ Turgut, *Yönetim Sözleşmesi*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1997, 3.



amacını da kapsayabilir<sup>38</sup>.

Yönetim sözleşmesi kanunda düzenlenmiş hiç bir sözleşme kapsamında olmadığı gibi kanunda düzenlenmiş birden fazla sözleşmenin karakteristik edimlerini birleştiren bir karma sözleşme de sayılmaz. Yönetim sözleşmesi atipik bir sözleşmedir<sup>39</sup>.

Yönetim sözleşmesi de şekil serbestisine tabidir bu sebeple yazılı olması zorunlu değildir.

Sözleşmenin kuruluş şartı olarak izin ve tescil de aranmamıştır. Dolayısıyla bu sözleşme için de tescil şartı kurucu nitelikte değildir. Ancak sözleşmenin YSGM'ce tescil edilebilmesi için yazılı şekilde gerçekleştirilmesi gerekir. Sözleşmenin geçerliliği için aranan tescil şartını, kurucu unsur olarak kabul edersek, tarafların sözleşmenin geçerli olduğu varsayımına dayanarak yerine getirdikleri edimleri, sebepsiz zenginleşmeye konu olacaktır.

Mahkemeye intikal eden bir olayda, ülke içinde ve dışında oteller işleten davacı Steinberger Hotels ile ikametgahı İstanbul'da bulunan ve Türk hukukuna göre kurulmuş Orsa Turizm A.Ş arasında 12.10.1987 tarihinde bir management(yönetim) sözleşmesi akdedilmiştir. Bu sözleşme ile davalı davacıya Antalya'daki Falez otelinin yönetimini devretmiştir. Ancak bu anlaşma için idare'den (Devlet Planlama Teşkilatı Yabancı Sermaye Başkanlığı) izin alınmamıştır. İlgili idare sözleşmede belirli değişiklikler talep ettiğinden izin vermemiş ve bunun üzerine taraflar idarenin değişiklik taleplerini de dikkate alarak 5.6.1989 tarihinde ikinci bir sözleşme yapmışlardır. Bu sözleşme yetkili Türk makamlarınca onaylanmıştır. Taraflar aynı tarihte üçüncü bir sözleşme daha yapıp bu anlaşma ile aralarındaki ilişkiler bakımından 12.10.1987 tarihli sözleşmenin uygulanacağını, ikinci sözleşmenin sadece Türkiye'deki resmi makamları tatmin etmek amacıyla yapıldığını kabul etmişlerdir. Davalı 24.9.1990 tarihli yazıyla yönetim anlaşmasını tek taraflı feshetmiş bunun üzerine de davacı (X) miktar Alman Markı'nı sözleşmenin haksız yere feshedilmesi karşılığı olarak dava konusu yapmıştır. Alman Mahkemesi onaya tabi olan önceki tarihli sözleşmenin geçersiz olduğuna bu sözleşmenin her halükar-

38 ÖZ, (dn 39) ,4.

39 ÖZ, (dn 39), 38.



da Türk makamlarınca onaylanması gerekirken bu şartın yerine getirilmediğinden hareketle sonraki tarihli sözleşmeyi geçerli kabul etmiş ve ona göre hüküm tesis etmiştir. Kararda yönetim anlaşmasının geçerliliği için Türk makamlarından izin alınması gerekliliğine değinilmiş ve bu şartın yerine getirilmemesi halinde sözleşmenin hüküm ifade etmeyeceği kabul edilmiştir<sup>40</sup>.

### C- Lisans Sözleşmesi

Bir tarafın patent hakkından veya sair surette özel meslekî kurullarla korunmuş kişisel düşüncesi ürünü olan gayri maddî varlığından yahut hakkından diğer tarafın yararlanmasına izin vermesini konu alan sözleşmelere lisans sözleşmesi denir<sup>41</sup>. Patent lisansı sözleşmesi ise, konusu patent olan ve lisans verenin patentten doğan haklarının kullanım hakkını lisans alana verdiği sözleşmedir. Lisans veren bu sözleşme ile patentten doğan kullanım haklarını lisans alana vermekte fakat kısmen veya tamamen patent üzerindeki haklarını devretmeyip hak sahipliği sıfatını korumaktadır<sup>42</sup>.

Lisans sözleşmeleri için Borçlar Kanunu'nda(BK) herhangi bir şekil kuralı getirilmemiştir. Lisans sözleşmesi açık yada zımnî şekilde yapılabilir. Ancak 551 sayılı Kararnamenin getirdiği düzenleme uyarınca patent lisansı sözleşmesi ancak yazılı şekil kurallarına uyularak yapılabilir. 551 sayılı Kararnamenin 86. maddesinin ilk fıkrasında patent başvurusunun veya patentin başkasına devredilebileceği ve miras yoluyla intikal edebileceği ve kullanma hakkının lisans konusu olabileceği düzenlendikten sonra ikinci fıkrası patent başvurusu ve patent üzerindeki sağlar arası işlemlerin yazılı şekle tabî olacağını hüküm altına almıştır<sup>43</sup>. Patent lisansı sözleşmesini taraflar dilerlerse adî yazılı şekilde dilerlerse noterde resmi şekilde yapabilirler. Bunun yanında patent lisansı sözleşmesinin, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi, onlara etki edebilmesi için patent siciline

<sup>40</sup> Frankfurt 9. Ticaret Mahkemesi'nin 18.9.1991 tarihli Esasa 3 /90334-91 sayılı kararı için bkz. ŞANLI /EKŞİ, (dn1) 21, dipnot 24.

<sup>41</sup> ÖZ, (dn 39) 55.

<sup>42</sup> ERDEM B. Bahadır, *Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, Beta Basım, 2. Basım, İstanbul, 2002, 133.

<sup>43</sup> ERDEM, (dn 44),138.



tescili şarttır<sup>44</sup>. Ancak bu tescil geçerlilik şartı değildir.

Görüldüğü gibi lisans sözleşmesinin şekli geçerliliği için Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü'nden alınacak izne gerek yoktur. Gene aynı şekilde sözleşmenin aynı makamca tesciline de gerek yoktur. Ancak sözleşme bedellerinin bankalar vasıtasıyla yurt dışına transfer edilebilmeleri için tescil şartının yerine getirilmesi gerekir. Doktrinde Erdem, YSÇK hakkında iki sayılı Tebliğ'in 7. maddesinde aranan tescil şartını müdahaleci norm olarak kabul etmiş ve bu şartın yerine getirilmemesi halinde sözleşmelerin yürürlük kazanmayacağını belirtmiştir<sup>45</sup>.

Kimi zaman başka kanunî düzenlemelerle münhasıran kamu kurum veya kuruluşlarınca yapılan uluslararası karakterli muayyen sözleşmelerin geçerliliği belirli bir makamın onayına bağlanmıştır. Şöyle ki bir Alman şirketi ile Tekel arasında akdedilen ve Alman şirketinin Tekel'in lisansı altındaki rakının Almanya'da şişelenmesini ve pazarlanmasını öngören lisans anlaşmasının geçerli olarak hüküm ifade edebilmesi için 4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İnhisarı Hakkında kanun<sup>46</sup> uyarınca tekelle niteliğindeki malların özel sektör ile şişelenmesi veya tamamen üretilmesi için Bakanlar Kurulu veya Yüksek Planlama Kurulundan karar alınması gerekmektedir. 233 sayılı KHK'nin 15/3. maddesinde de tekelle ilgili mallar hakkında Bakanlar Kurulu'ndan ve Yüksek Planlama Kurulu'ndan karar alınmak kaydıyla anlaşmaların yapılabileceği öngörülmüştür. Bu onay kararı alınmaksızın yapılan anlaşmalar hukuken geçerli kabul edilmemiştir<sup>47</sup>.

#### D- Know-How Lisans Sözleşmesi

Doktrinde know-how karşılığı olarak teknik bilgi kullanılmaktadır. Teknik bilgi bir sözleşme adı olmayıp aksine sözleşmeye konu olan karakteristik edimin adıdır. Bu halde sözleşmenin adının teknik bilgi lisans sözleşmesi olması gerekir. Know-how, işletmenin ekonomik faa-

<sup>44</sup> ERDEM, (dn 44),139-140.

<sup>45</sup> ERDEM, (dn 44), 189.

<sup>46</sup> RG. 12 Haziran 1942 – 5130.

<sup>47</sup> Yargıtay 11.HD.'nin 31.5.1995 tarihli E. 95/3444, K.95/4469 sayılı kararı için bkz. ŞANLI /EKŞİ, (dn1) 32. dipnot 40.



liyetlerinde (malların üretiminde, satımında, hizmetlerin sunulmasında, organizasyon ve idare gibi işletmeye ilişkin faaliyetlerde) kullanılan ticari, idari, mali veya başka bir alana ait bilgidir<sup>48</sup>. Bu kavram kesin bir şekilde pazarlama veya franchise sözleşmelerinde bulunan ticarî know-how'dan ayrıdır. Bir üretim metodunun veya sınai sürecin uygulanması veya kullanımıyla ilgili belgelerin kullanım hakkını veya devrini amaçlayan sözleşmelere Know-how lisans sözleşmeleri denir<sup>49 50</sup>. Bu teknik bilginin sözleşmeye konu olabilmesi için gizli olması, esaslı olması ve tanımlanmış (belirlenmiş) olması gerekir. Bu sözleşmede atipik sözleşme olduğu için Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Dolayısıyla, şekil serbestisine sahiptir. Ancak BK'nın 16. maddesi uyarınca taraflar kanunda özel biçime bağlanmayan bir sözleşmeyi özel bir biçimde yapmayı kararlaştırmışlarsa, artık sözleşme o şekilde yapılmadıkça tarafları bağlamayacaktır. Bu halde taraflar know-how lisans sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasını şart koşmuşlarsa buna riayetsizlik sözleşmeyi geçersiz kılacaktır.

Know-how lisans sözleşmeleri şekli bakımından bir geçerlilik şartına bağlı değildir. Uygulamada ise yazılı sözleşme tercih edilmektedir. İstisnai olarak patent ile birlikte yapılan birleşik türde teknik bilgi lisans sözleşmelerinde KHK md. 86/2 gereği yazılı şekil aranacaktır.

Know-how lisans sözleşmesinin geçerliliği için aynı yukarıdaki sözleşmelerde olduğu gibi herhangi bir izin ve tescil şartı aranmamıştır. Bu halde bu sözleşmeler için izin veya tescil kurucu unsur olmayıp, sözleşme karşılığı olan döviz ödemelerinin yurtdışına bankalar yoluyla transferine olanak sağlayan tamamlayıcı unsur olarak kabulü gerekir.

### E- Teknik Yardım Sözleşmesi

Yabancı sermaye yatırımlarında yabancı sermaye, teknoloji sahibi hem teknolojik hem de ekonomik açıdan yüksek verimi elde edebilmek için danışmanlık veya teknik mühendislik sözleşmelerini de birlikte kur-

<sup>48</sup> BAŞ Mustafa, *Teknik Bilgi Lisans Sözleşmesi*, Yetkin Basım, Ankara, 2000, 33.

<sup>49</sup> BAŞ, (dn 50), 35.

<sup>50</sup> Farklı görüş için bkz. ÖĞÜZ Tufan, *Know-How Sözleşmesi*, Filiz Basım, İstanbul, 2001, 15.



mayı tercih etmektedir. Teknik yardım sözleşmesi belirli bir alanda yatırım yapmak isteyen yatırımcının söz konusu yatırım için gerekli teknik bilgi ve çalışmayı bu konuda uzman mühendislik kuruluşuna yaptırması karşılığında ücret, yüzde, kar payı ya da hisse vermesi yükümü yükleyen sözleşmeyi ifade eder<sup>51</sup>.

Borçlar Kanununda düzenlenmeyen atipik sözleşmelerden bir tanesi olan teknik yardım sözleşmesi ile bir taraf işletme veya sunulan hizmetle veya ithal veya ihraç ettiği ürünle ilgili teknik yardım da bulunmayı üstlenirken diğer taraf da sunulan teknik yardımın karşılığı olan bedeli ödeme borcu altına girmektedir. Atipik olan bu sözleşmenin geçerliliği içinde tescil veya izin söz konusu değildir.

Yukarıdaki bilgiler ışığında YSÇK'nın 3/g maddesinde sayılan sözleşmelerin şekli geçerlilikleri için yazılı olmaları aranmayacaktır. Ancak sözlü yapılan sözleşmelerin tescili söz konusu olmayacağından, sözleşmelerden doğan para transferlerinin bankalar ve finans kurumları vasıtasıyla gerçekleştirilebilmesi için yazılı yapılmaları gerekecektir.

### XI. Şekle Riayetsizliğin Sonuçları

Kural olarak bu sözleşmelerin yazılı olması gerektiği hususunda (Patent lisansı sözleşmesi istisna olmak kaydıyla) bir düzenleme olmasına rağmen sözleşmelerin yazılı yapılması şartı aranacaktır çünkü ancak yazılı bir sözleşme tescil edilebilecektir. Tarafların, sözlü olarak akti gerçekleştirmeleri halinde, Hazine Müsteşarlığına tescil aşamasında başvurulduğunda sözleşmenin esaslı unsurlarının yazıya dökülmüş olması gerekir ayrıca sözleşmeden doğan bedellerin yurt dışına transfer edilebilmesi içinde yazılı şekilde gerçekleştirilmesi gerekir.

BK.11 maddesinin 2.fikrası uyarınca kanunun sıhhat şartı olarak aradığı şekle uyulmadan yapılan akitler hükümsüzdür. Yargıtay'a göre bu hükümsüzlük mutlak butlandır. Bu sebeple zamanın geçmesi ile veya icazet ile ortadan kalkmaz, herkes tarafından ileri sürülebilir ve hakim tarafından re'sen nazara alınması gerekir<sup>52</sup>. YSÇK'daki ve Teb-

51 EKE Burak, *Yabancı Sermaye Yatırımları Yolu ile Teknoloji Transferinin Hukuki Yönü*, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Bölümü, Doktora Tezi, s.129(yayınlanmamıştır).

52 OĞUZMAN / ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Basım, İstanbul, 2000, 124.



liğ'deki benzer düzenlemede tescil şartı açıkça bir şekil şartı olarak öngörülmediğinden, tescil edilmemenin müeyyidesi BK.11 anlamında hükümsüzlüğe bağlanmamış sadece sözleşmenin yürürlüğe girmeyeceğine değinilmiştir. Dolayısıyla kanun koyucu bile bu tescil şartını sözleşmelerin geçerliliği için kanunî bir şekil şartı olarak öngörmemiştir.

Bunun dışında, şekle uyulmaması sebebiyle hükümsüz olan akitte, başka bir akde ilişkin şekle uyulmuş ise ve eğer tarafların yaptıkları akdin hükümsüzlüğünü bildirmiş olsalardı şekline uyulan diğer akdi yapacakları kabul edilebiliyorsa ve bu akit için aranan muteberlik şartları tamamsa, şekil noksanı sebebi ile hükümsüz akdin, şekline uyulan akde *tahvili* ve böylece hüküm doğurması<sup>53</sup>, tescilin yapılmadığı bu sözleşmeler için kabul edilebilecek midir? Kanaatimizce, burada tahvil de söz konusu olamayacaktır çünkü ortada tek bir akit vardır ve bu akitten başkaca bir akdin şekil şartlarının gerçekleştirildiği bağımsız başka bir sözleşme yoktur.

## XII. Hakkın Kötüye Kullanılması İddiası

Şekil noksanı sebebiyle hükümsüzlüğü ileri sürme hakkı kötüye kullanılıyorsa MK. md.2/2 gereğince kanun bunu himaye etmez. Hakim her olayda hal ve şartların tümünü dikkate alarak, hükümsüzlüğü ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması olup olmadığını gerekçeli olarak serbestçe takdir edecektir. Hangi hallerin hakkın kötüye kullanılması sayılacağı önceden prensiplere bağlanamazsa da İsviçre Federal Mahkemesinin ve Yargıtay'ın kararları doğrultusunda bazı haller örnek olarak gösterilebilir. Bu kararlar doğrultusunda iki tarafın bilerek, serbestçe borçlarını ifa etmelerinden sonra şekil noksanı sebebiyle hükümsüzlüğü ileri sürmeleri veya şekil noksanına hükümsüzlüğü ileri süren tarafın kasden sebep olmuş bulunması hakkın kötüye kullanıldığının kabul edildiği başlıca örneklerdir<sup>54</sup>. Yargıtay kararlarından çıkartılan ve hakkın kötüye kullanıldığının kabul edildiği diğer haller ise şunlardır: a) şeklin gerçekleşmesine kendi yararı için veya yanıltıcı hareketlerle engel olunması b) sözleşmenin sonradan kendi yararına olmadığını görünce ondan kurtulmak istenmesi

<sup>53</sup> OĞUZMAN / ÖZ, (dn 54) 124.

<sup>54</sup> OĞUZMAN / ÖZ, (dn 54),125.



ahlaki duyguları rencide ediyorsa veya şeklin koruyucu etkisinden yoksun kalındığı için değil aksine, sırf şahsi borçlarını yerine getirmekten kaçınmak amacıyla şekilsizliği bir sebep olarak kullandığı anlaşılıyorsa c)taahhütlerini ifa edeceğini sözleşmenin yapılmasından sonra teyit etmiş ve diğer tarafın sözleşmeye karşı beslediği güveni sebepsiz ve haksız olarak kuvvetlendirmişse. Bu halde artık şekil yönünden geçersizliği ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması anlamı taşır ve bu savunma yasal korunmadan yoksun kalır<sup>55</sup>.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, şekle aykırı bir sözleşmeden doğan edimler henüz hiç ifa edilmemişse, şekil eksikliği nedeniyle geçersizliğin sonuçlarını MK. Md. 2/2 ile düzeltme imkânı yoktur. Bu görüşün taraftarları, hakkın kötüye kullanılması yasağının şekil kuralları alanında sadece olumsuz etki yaratacağından hareket etmektedirler. Şekil eksikliği nedeniyle geçersiz ve henüz hiç ifa edilmemiş bir sözleşmeden aynen ifaya ilişkin hiçbir talep doğmaz. Şekil eksikliği burada mutlak etki doğuracaktır. Bu görüşe göre şekle aykırı ve henüz hiç ifa edilmemiş bir sözleşmenin sonuçlarının hakkının kötüye kullanılması yasağıyla düzeltilmemesinin sebebi, şekil eksikliğini ileri sürerek ifadan kaçınan kişinin, herhangi bir hak kullanmamasıdır<sup>56</sup>. Diğer görüşe göre ise şekle aykırı bir sözleşme henüz hiç ifa edilmemiş olsa bile, bu sözleşmeden doğan olumsuz sonuçları hakkın kötüye kullanılması yasağıyla düzeltmek mümkündür. Şekle aykırı bir sözleşmede ifa unsuru ne kadar güçlü gerçekleşmişse, hakim için şekil eksikliği alanında hakkın kötüye kullanılmasının düzeltici fonksiyonundan yararlanmak da o derece kolaylaşır. Sonuçta hiç ifa edilmemiş şekle aykırı sözleşmelerde olumsuz sonuçların doğması muhtemel olduğundan bu olumsuz neticeler MK.2/2 ile düzeltilebilecektir<sup>57</sup>.

Ancak şekil kuralının amacı, özel menfaat yanında ağırlıklı olarak kamu menfaatini de korumak ise, bu tür sözleşmede şekle aykırılığın olumsuz sonuçlarının tarafların tam veya kısmi, ifasıyla aşılması doğru olmaz<sup>58</sup>. Buna göre, şekle aykırılığın olumsuz sonuçlarının düzel-

55 Y.13.HD., 2.12.1991 Tarihli, E. 1991/7217 K.1991/10901 sayılı kararı (YKD.1992, S.2 ), 133.vd.

56 ALTAŞ, (dn 22), 188.

57 ALTAŞ, (dn 22), 189.

58 ALTAŞ, (dn 22), 13.



tilmesi kamu düzeni ve üçüncü kişilerin menfaatlerini ihlal etmemelidir<sup>59</sup>.

Tam iki tarafa borç yükleyen şekle aykırı akitlerde, taraflardan biri edimini kısmen ifa etmekle birlikte diğer taraf hiç ifa etmemişse bu sözleşme kural olarak geçersizdir. Çünkü şekil kuralları açısından bu iki halin aynı statüde tutulmaları hukukî bir zorunluluktur. Şu halde tam iki tarafa borç yükleyen şekle aykırı bir sözleşmede bir taraf edimini kısmen ifa ederken diğer tarafın edimini hiç ifa etmemesi tek başına şekle aykırılığın olumsuz sonuçlarının giderilmesi için yeterli değildir. Ancak istisnaî olarak şekle aykırılık taraflardan birinin hileli veya kusurlu davranışı nedeniyle meydana gelmişse diğer taraf bu sözleşmenin geçerli sayılmasını isteyebilir<sup>60</sup>. Konumuz itibariyle bir Türk girişimci, yabancı gerçek veya tüzel kişi ile lisans, teknik-yardım, know-how, yönetim veya franchise anlaşmalarını aktederken, sözleşmenin karşı tarafını, tescil hususunun gerekliliği konusunda, bilgisi olmasına rağmen uyarmamış veya buna uygun gerekli başvurularda bulunmamış ve de aynı zamanda kendi üzerine düşen parasal yükümlülüğü tescil şartının yerine getirilmediğini ileri sürerek ifadan kaçınması halinde, bu durumun hakkın kötüye kullanılması olarak kabulü gerekir. Ticari işlerde, kişi ister gerçek ister tüzel kişi olsun, basiretli davranma yükümlülüğü altında olduğundan tescil şartını bilmediğini ileri sürmek veya bu hususu gizleyerek karşı tarafı yanıltmak sözleşmenin yürürlüğe girmemesinden ötürü doğan zararların tazmini sorumluluğuna sebep olacaktır.

Yukarıdaki bilgiler ışığında tarafların yaptıkları teknik yardım, lisans, know-how, franchise ve yönetim anlaşmalarının tescil ettirilmemesinden ötürü geçersizliğini iddia etmek durumunun niteliğine göre hakkın kötüye kullanılması sayılabilir.

### XIII. Sözleşmelerin Yürürlüğünün Şarta Bağlanması

Taraflar lisans, know-how, franchise, teknik yardım, yönetim anlaşmalarını akdederlerken bu sözleşmelerin yürürlüğünü aynı zamanda YSTK'dan yararlanma şartına bağlamışlarsa yani sözleşmeye konulan kayıtla hukukî işlemin sonuç doğurması gelecekte gerçekleşmesi

<sup>59</sup> ALTAŞ, (dn 22), 214.

<sup>60</sup> ALTAŞ, (dn 22), 232.



şüpheli bir olguya bağlanmışsa burada geciktirici şart söz konusu olabilir. Taraflar için şüpheli olgu YSGM'den alınacak izin olarak kararlaştırılmışsa hukukî işlem etkisini aksi kararlaştırılmamışsa şartın gerçekleştiği anda gösterecektir.<sup>61</sup>(BK. Md 149/2)

Geciktirici şartlı borçlandırıcı işlemde, sözleşmeden doğan talepler şartın gerçekleşmesiyle kesin olarak doğar. Bu sebeple taraflar akit-ten doğan edimlerini ifasını talep edebileceklerdir<sup>62</sup>.

Taraflar bu sözleşmelere koyacakları bir kayıtla yaptıkları akdin hukuki etkisinin sona ermesini gelecekte gerçekleşecek bir duruma bağlayabilir örneğin YSGM'den izin alınamaması halinde yürürlükteki sözleşmelerin hukukî etkilerinin kendiliğinden ortadan kalkacağı bozucu şart olarak kabul edilebilir. Bozucu şartla yapılan hukukî işlem hukukî sonuçlarını hemen doğurmaya başlar, ancak şüpheli olgu gerçekleştiği takdirde işlem etkisiz kalır, dolayısıyla doğurduğu hukukî sonuçlar kendiliğinden sona erer<sup>63</sup>. Taraflar BK 152/2 uyarınca bozucu şarta konu olan şüpheli olgu anlamındaki şartın gerçekleşmesinin geriye etkili olması hususunda anlaşabilirler. Bu halde bozucu şart hukuki işlemin varlığını değil hukuki sonuçlarını etkiler. Geriye etkililik kaydının sonuç doğurabilmesi, hukuki işlemin şart getirilen olgunun gerçekleşmesinden sonra da varlığını korumuş olmasına bağlıdır<sup>64</sup>.

Taraflar yaptıkları sözleşmede YSGM'den izin alınamaması halini bozucu şart olarak kararlaştırmışlarsa, şartın gerçekleşmesiyle sözleşme geçersiz hale gelmeyip doğuracağı sonuçlar sona erer. Tarafların bu husustaki iradesi sözleşme metninden de zımnen belirlenebiliyorsa aynı sonuçları doğurur ancak farazi iradelerinden hareket edilmesi söz konusu olamayacaktır.

61 Benzer bir durum seyahat sözleşmelerinde söz konusudur. Turun yapılabilir olması vize alınmasından sonra mümkün olabileceğinden buradada şarta bağlı sözleşme ilişkisi söz konusu olacaktır. Burada vizelerin alınması sözleşmenin niteliği gereği zımni şarttır. (SİRMEN Lale, *Türk Özel Hukukunda Şart*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1992, s.30; KEŞLİ Ahmet, Hayri Domaniç'e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2001, 936.)

62 SİRMEN, (dn 63), 171.

63 SİRMEN, (dn 63), 54.

64 SİRMEN, (dn 63), 54.



Hizmet sözleşmeleri gibi sürekli borç ilişkileri kuran borçlandırıcı işlemlerin bozucu şartla yapılmasıyla bunların ifa süresinin bitimi şartın gerçekleşmesine bağlanmış olur. Bozucu şartın sonuçları hakkında üç görüş vardır. Birinci görüşe göre, şartın gerçekleşmesiyle bozucu şartlı borçlandırıcı işlem etkisini kaybettiğinden, o ana kadar yerine getirilmiş olan edimler artık hukukî sebepten yoksun kalır. Hukukî sebep ortadan kalkınca bunların da sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri verilmesi gerekir. İkinci görüşe göre şartın gerçekleşmesi üzerine yerine getirilmiş olan edimlerin ve bunlardan elde edilen yararların iadesi artık bu antlaşma doğrultusunda yerine getirilecektir. Üçüncü görüşe göre ise bozucu şartlı borçlandırıcı işlemin, şartın gerçekleşmesinden sonra etkisini kaybetmesiyle ortaya çıkan geri verme yükümlerinin kaynağı, doğrudan doğruya bozucu şartlı işlemin kendisidir<sup>65</sup>.

#### XIV. İzin/Tescil Şartının Yerine Getirilmemesinin Sonuçları

Tarafların yapacakları lisans, know-how, teknik yardım, franchise, yönetim anlaşmaları kural olarak YSGM'den alınacak izinden/tescilden bağımsız olarak geçerlidir. İzin/tescilin gerektiği ve arandığı hal sözleşmeden doğan döviz ödemelerinin yurtdışına transferinde söz konusu olacaktır.

Ayrıca ülke ekonomisini geliştirmek, korumak veya disipline etmek gibi tamamen sosyal ve ekonomik mülahazalara dayanan ve kamu düzeni müdahalesi bakımından mahalli hukukun öngördüğü devlet müdahalesini (onayını) içermeyen uluslararası ticarî sözleşmelere istinaden verilen yabancı mahkeme kararlarının Türkiye'de tenfizi kamu düzenine aykırı sayılabilir<sup>66</sup>.

Bunun yanında yabancı bir şirket ile Türk şirketi arasında gerçekleştirilen know-how veya yönetim anlaşmasından doğan ödeme, Türkiye'den yurt dışına döviz transferi söz konusu olmaksızın elden veya yerel bankalar aracılığı ile banka hesapları arasında, transfer ederek yurt içinde gerçekleştirilirse, artık tescil şartı aranmayacaktır. Tebliğ'de aranan tescil şartı, YSTK'dan bağımsız olarak düzenlenen, bir çeşit döviz kontrol kurallarıdır.

<sup>65</sup> SİRMEN, (dn 63), 181.

<sup>66</sup> ŞANLI, (dn 1), 197.



1995 tarihli YSÇK hakkında iki numaralı Tebliğ'in 7. maddesinin 3. fıkrasında sözleşmelerin Hazine Müsteşarlığına bağlı YSGM'ce tescil edilmeleri halinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Bu hükümden çıkan anlama göre tarafların akdettikleri uluslararası ticari bir nitelikteki sözleşme ancak tescil ile yürürlüğe girecektir. Oysa hukuken bunu iddia etmek pek kolay görünmemektedir zira tarafların yaptıkları sözleşme tescilden bağımsız olarak da yürürlük kazanacaktır sadece bu sözleşmeden doğan döviz transferlerini yerine getiremeyeceklerdir.

Sözleşmenin şekli MÖHUK md. 6 uyarınca geçerli ise artık Türk hukukunda aranan tescil şartı önem arz etmeyecektir. Örneğin taraflarının birinin Türk diğ erinin Alman olduğu ve Belçika'da bu hukuka uygun olarak yapılan bir know-how sözleşmesi hem Belçika'da hem Türkiye'de geçerlidir. Sözleşmede, taraflar sözleşme konusu know-how'ın başka bir gerçek ve tüzel kişiye satılmaması veya kiralanmaması konusunda anlaşmışlar ve bunu kayıt altına almışlarsa bu hükmün ihlali halinde Türk taraf bu ihlali Alman tarafa karşı ileri sürebilecektir. Şayet Türk hukukundaki tescil şartı mutlak aranacak olursa, sözleşme tescil edilmemesinden ötürü yürürlük de kazanamayacağından Türk taraf bu ihlalin tazmini, hatta tesbiti için Türkiye'de lehine sonuçlanabilecek bir karar alamayacaktır. Dolayısıyla böyle bir düzenlemenin amacının sadece para transferlerinin kontrolü ile sınırlı tutulması gerekir.

YSÇK hakkında iki numaralı Tebliğ'in 7. maddesinin son fıkrası<sup>67</sup> uyarınca sözleşmelerden doğan ödemelerin transferi ancak tescil sonrası bankalarca söz konusu olabileceği düzenlenmiştir. Hükmün açık anlamından, tescil edilmemesinin müeyyidesi banka transferinin yapılamaması olacaktır. Buradaki transfer için aranan tescil, döviz kontrol kuralı olan doğrudan uygulanan bir kural olarak düzenlendiğinden, ilgili makamca, para transferleri için tespit edilen miktar sınırlamaları dikkate alınmaksızın aranacaktır. Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar'ın 4. maddesinin (e) bendi uyarınca Türkiye'de yerleşik kişiler ile dışarıda yerleşik kişilerin, bankalar, özel finans kurumları vasıtasıyla yurt dışına döviz transferi serbest bırakılmıştır. Ancak Bankalar ve özel finans kurumları, ithalat, ihra-

<sup>67</sup> Bu anlaşmaların uygulanmasından doğan ödemelerin transferi Hazine Müsteşarlığı Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğünce tescil edilen anlaşma şartları çerçevesinde bankalarca yapılır.



cat ve görünmeyen işlemler dışındaki yurt dışına yapılan 50.000 ABD Doları ve eşiti döviz aşan transferlere ilişkin olarak 30 gün içinde ilgili makamlara bildirimde bulunmakla yükümlü tutulmuşlardır. Sözleşme bedeli 50.000 ABD doları altında bir değer taşısa bile ilgili düzenlemeler birer doğrudan uygulanan kural olduğundan gene de tescile tâbi tutulacaktır.

Diğer taraftan Yabancı Sermayeyi Teşvik Mevzuatında yer alan izin veya tescil taleplerinin hangi hallerde aranacağına da iyi tetkik edilmesi gerekir. Şöyle ki:

Taraflar arasında akdedilen 17/18 Nisan 1986 tarihli payların geriye satın alınması hakkındaki sözleşmenin ihtilaf doğuran konusunu davalı Alman DEG firmasının Silkar Turizm'deki eski ve yeni hisse senetlerinin davacı Silkar Holding'ce sözleşmede belirtilen fiyattan satın alınması teklifi oluşturmaktadır. Silkar Holding sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek dava konusu yapmıştır. Tebliğ'in 9. maddesinde yabancı sermayeli kuruluşların yabancı ortak sermaye paylarının kısmen veya tamamen yurt içinde yerleşik kişi ve kuruluşlara satışı halinde satış bedelinin transferi için YSGM'nin izninin alınması gerektiği belirtilmiştir. Davacı yapılan sözleşmenin izin şartının yerine getirilmemesinden ötürü BK.19. ve 20. uyarınca geçersiz olduğunu iddia etmiştir. Davalı ise Tebliğ ile sadece satış bedellerinin döviz iznine bağlandığını ve yurt dışına transferinin belli ölçütlere tabi tutulduğunu ancak bu hususta yapılacak sözleşmenin geçerliliğinin herhangi bir makamın iznine bağlı olmadığını iddia ederek davacının iddiasına karşı çıkmıştır. Mahkeme, yaptığı yargılama sonucunda yapılan sözleşmenin geçerliliği için herhangi bir makamın iznine gerek olmadığını çünkü Tebliğ'in 9. maddesinin sadece yurt dışına transferler ve satış bedelleri için döviz iznini aradığını kabul etmiştir<sup>68</sup>.

### Sonuç

Çalışmamızın esaslı noktasını oluşturan YSGM'ce yapılacak tescilin hukukî niteliği hakkında farklı nitelermelere bağlı olarak değişik sonuçlara varılacaktır. Ancak tescil ve iznin mahiyeti itibariyle farklı olmasına rağmen teknik yardım, lisans, know-how, franchise, yönetim

<sup>68</sup> Yargıtay'ın 16.9.1997 Tarihli Esas 1997/38 Karar 1997/307 sayılı yayınlanmamış kararı.



sözleşmelerinin yürürlüğü için talep edilen izin ve tescil konusunda aynı makamın, YSGM'nin yetkilendirilmesinden ötürü, konumuz açısından tescil izni de kapsar niteliktedir.

Sözleşmeler için öngörülen tescil yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sözleşmeleri hukuken geçersiz kılmaz zira sözleşme tarafların karşılıklı ve uygun iradeleriyle kurulmakla beraber Türk Hukuku uyarınca Türkiye'de yürürlüğe giremeyecektir. Bu halde dahi sözleşmenin BK.md 20 anlamında butlanını iddia etmek yersiz olacaktır çünkü Tebliğ'in 7. maddesindeki açık düzenleme uyarınca sözleşmeleri geçersiz addetmeyip sadece yürürlüğe girmeyeceklerini ve dolayısıyla da Türkiye'de bankalar yoluyla para transferine olanak verilmeyeceği belirtilmiştir. Tescil ve izni özel hukuk açısından incelendiğinde bunların tamamlayıcı unsur olarak ele alınabileceğini ve bu bağlamda tamamlayıcı unsur gerçekleşene kadar geçerli bir aktin hükümlerini sınırlı olarak doğuracağını kabulü gerekir. Örneğin akdin haksız rekabeti düzenleyen hükmünün ihlali halinde, tescil şartının yerine getirilmediğinin iddiası hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilebilecekken, diğer taraftan sözleşme konusu dövizin yurt dışına bankalar vasıtasıyla transfer edilememesi sonucunu doğuracaktır.

İlgili sözleşmeler için aranan tescil ve izin şartının, doğrudan uygulanan kural olarak kabul edildiğinden, sözleşmelerin YSTK kapsamına girip girmemesi önem arz etmemektedir. Bu husus, 32 sayılı TPKKHK'nın 12/2. maddesinin doğrudan YSTK'nın maddi şartlarına atıf yapmayıp, sadece yetkili makam açısından YSTK'daki (önceki) düzenleme uyarınca, yabancı sermayeyi teşvik komitesini yetkilendirmek istemesi ile açıkça ortaya konmaktadır. Zira kanun koyucu TPKKHK'da belirtilen makamları bu sözleşmeler için yetkilendirmeyip bağımsız olarak 6224 sayılı kanundaki mercileri görevli kılmayı tercih etmiştir.

İzin ve tescilin genel hukuk mantığı uyarınca şekil kapsamında değerlendirilemeyeceğini çünkü özel hukuk anlamında şeklin tarafların irade açıklamalarında söz konusu olduğunu kabul etmekle beraber idarenin, sözleşmeleri tescil etmek için onay aşamasında tarafların yaptıkları sözleşmenin esaslı unsurlarına müdahale edebilmesinin şekil konusunun borçlar hukuku açısından da ele alınmasını gerektirmiştir.

Sonuç olarak lisans, know-how, teknik yardım, yönetim, franchise an-



laşmaları ile ilgili olarak YSCÇK'nın iki numaralı Tebliğ'in 7. maddesinin son fıkrası tescil edilen anlaşmaların uygulanmasından doğan ödemelerin transferinin bankalarca yapılacağı düzenlemiştir. Bu hüküm uyarınca tescil edilmeyen anlaşmalar için para transferi söz konusu olmayacaktır. Bu hüküm, mahiyeti gereği, bankacılık işlemlerinde serbesti tanınan ve yurt dışına para transferleri için öngörülen miktar sınırlamaları dikkate alınmaksızın uygulanacaktır. Bunun yanında tarafların edimlerinin para veya para yerine kaim olan değerler harici bir husus olması halinde bu hüküm uygulanmayacaktır. Kişisel görüşümüze göre sözleşme bedeli, paraya çevrilebilir değerlerden olan altın veya hisse senetleri olarak kararlaştırılması halinde de sözleşmenin tescili gereklidir.

Bunun yanında taraflar birbirlerine olan edimlerini takas veya trampa yoluyla gerçekleştirmeleri halinde hüküm uygulama alanı bulmayacaktır. YSCÇK 3(g) bendi ve Tebliğ'in 7. maddesi emredici bir kural olduğundan taraflarca sözleşmeyle kaldırılamayacağı gibi, düzenlemenin içeriğinde değiştirilemez.

Türkiye-Avrupa Birliği ilişkileri çerçevesinde gelecekte Türkiye'nin Birliğe tam üye sıfatıyla katılması halinde, Topluluk mevzuatında öngörülen dört temel özgürlükten biri olan "sermayenin serbest dolaşımı" politikası uyarınca yukarıda bahsi geçen ilgili sözleşmeler için öngörülen tescil şartı, artık sözleşme tarafı üye devlet vatandaşı gerçek ve tüzel kişiler için aranmayacaktır zira döviz kontrol kuralları niteliğinde olan bu tip doğrudan uygulanan kurallar Birlik dahilinde sermayenin serbest dolaşımına yönelik kısıtlamalar teşkil edecektir. Hiç şüphesiz Türkiye'nin Birliğe katılmasından sonra, Birlik dışı devlet vatandaşlarıyla yapılacak bu tip sözleşmeler için tescil şartı aranmaya devam edecektir.