

TFM

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)
Journal of Commercial and Intellectual Property Law

Cilt/Volume
8

Sayı/Issue
2022/1

ISSN: 2149-4576 * e-ISSN: 2149-6250

MAKALELER/ ARTICLES

**Prof. Dr. M. Fatih UŞAN &
Dr. Öğr. Ü. Canan ERDOĞAN**

Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi veya Bölünmesinde İşverenlerin İşçi Alacaklarından Sorumluluğu

Responsibilities of Employers on the Workers' Receivables in the Merger or Division of Commercial Companies

Doç. Dr. Pelin KARAASLAN

Fikir ve Sanat Eserlerinin Teknik Gereklilik Nedeniyle Geçici Çoğaltılması

Temporary Reproduction of Intellectual and Artistic Works Due to Technical Requirement

Doç. Dr. Ali Gümrah TOKER

5718 sayılı MÖHUK Çerçevesinde Telif Hakkına İlişkin Sözleşmenin Esasına Uygulanacak Hukuk

The Applicable Law to the Basis of the Copyright Contract Within the Framework of Pipl No. 5718

Dr. Öğr. Ü. Hülya COŞTAN ÇETİN

Gerçek Kişi Tacirin Ticareti Terki ve Ticareti Terk Suçu

Abandonment of Trade and Crime of Abandoning Trade

**Dr. Öğr. Ü. Murat GÜREL &
Dr. Öğr. Ü. Orhan Ersun CİVAN**

İşyerinin Birden Fazla Devri Hâlinde Son Devralanın İlk Devredenin Ödenmemiş Sosyal Güvenlik Prim Borçlarından Dolayı Sorumluluğu

The Liability of the Latest Transferee from the Outstanding Social Security Premium Debt of the First Transferor When the Workplace Has Been Transferred More Than Once

**Dr. Öğr. Ü. Özlem İLBASMIŞ
HIZLISOY**

Anonim Şirket Yönetim Kurulunu Toplantıya Çağrıya Yetkili Olanlar ve Yetkisiz Kişilerce Yapılan Çağrıyla Toplanan Yönetim Kurulunda Alınan Kararların Hukuki Akıbeti

The Persons Authorized to Call the Board of Directors of Joint Stock Company to Meeting and Legal Fate of Decisions Taken by the Board of Directors Collect-Ed By Call of Unauthorized Persons

**Dr. Öğr. Ü. Meltem KARATEPE KAYA
& Dr. Öğr. Ü. Serkan Kaya**

Pandemi Aşılı ve İlaçlarında Patent Korumasının Değerlendirilmesi

Evaluation of Patent Protection in Pandemic Vaccines and Drugs

Dr. Samet TATAR

Time to Reconsider the Regulatory Structure of the Turkish Wealth Fund: A Short Review

Türk Varlık Fonunun Regülatif (Düzenleyici) Yapısının Yeniden Gözden Geçirilmesi Üzerine Kısa Bir Çalışma

Arş. Gör. Ezgi ÇIRAK

Ticari Sırrın İfşasından Doğan Ceza Sorumluluğuna İlişkin Türk ve Alman Hukuk Sistemlerindeki Güncel Durumun Değerlendirilmesi

An Evaluation of the Current Regulations in Turkish and German Legal Systems Regarding Criminal Liability For the Disclosure of Trade Secrets

Arş. Gör. Elif POLAT

Borçlar-Ticaret ve Tüketici Hukuku Bakımından Ayıplı Mal Kavramının İncelenmesi

Analysis of the Concept of Defective Goods in Terms of Obligations-Trade and Consumer Law

YARGITAY KARARLARI/ DECISIONS OF THE COURT OF CASSATION



HUKUK FAKÜLTESİ



**Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)
TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizin, ASOS INDEX ve ICI Journals Master List'te taranan,
HEINONLINE veri tabanı üzerinden erişilebilen uluslararası ve hakemli bir dergidir.**

Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) is an internationally peer-reviewed journal published twice a year, indexed in TÜBİTAK ULAKBİM TR Index, ASOS Index and ICI Journals Master List, also included in HEINONLINE database.



ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

ANKARA YILDIRIM BEYAZIT UNIVERSITY FACULTY OF LAW

TFM

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi
Journal of Commercial and Intellectual Property Law

MAKALE ÇAĞRISI CALL FOR PAPERS

Ticaret hukuku ve fikri mülkiyet hukukuna dair herhangi bir konuda,

- Makaleler,
- Çeviriler,
- Karar tahlilleri,
- Kitap tahlilleri ve
- Diğer akademik çalışmalarınızı bekliyoruz.

We invite you to submit your

- Articles,
- Translations,
- Case reviews,
- Book reviews and
- Other academic works related to commercial and intellectual property law.

Web Sitesi/ Website: <http://www.aybu.edu.tr/tfm>

Makale gönderim/ Article submission: <https://dergipark.org.tr/tfm>

İletişim/ Contact: tfm@ybu.edu.tr

**TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizin, ASOS INDEX ve ICI Journals Master List'te taranan,
HEINONLINE veri tabanı üzerinden erişilebilen uluslararası ve hakemli bir dergidir.**

Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) is an internationally peer-reviewed journal published twice a year, indexed in TÜBİTAK ULAKBİM TR Index, ASOS Index and ICI Journals Master List, also included in HEINONLINE database.

TFM

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi
Journal of Commercial and Intellectual Property Law



ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)
Journal of Commercial and Intellectual Property Law

Sahibi/Owner

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü/Managing Editor

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK

Editörler/Editors

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Cafer EMİNOĞLU (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi A. Oğuzhan HACİÖMEROĞLU (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Nimet YAŞAR (AYBÜ Hukuk Fakültesi, Almanca Dil Editörü)
Dr. Öğr. Üyesi Nevin MERAL (AYBÜ Hukuk Fakültesi, İngilizce Dil Editörü)
Dr. Öğr. Üyesi Bahriye BAŞARAN BROOKS (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Fatma Betül ÇAKIR ÇELEBLİ (Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Editör Yardımcıları/ Assistant Editors

Dr. Öğr. Üyesi Ceren CERİT DİNDAR (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Kemalettin Ahmet AKSOY (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Zehra AVCI (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Sümeyye ERKALAN COŞKUNSU (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Şule IŞIN (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

Yayın Kurulu/ Editorial Board

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Cafer EMİNOĞLU (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Rauf KARASU (Hacettepe Üniversitesi)
Doç. Dr. Cahit SULUK (İstanbul Medeniyet Üniversitesi)
Prof. Dr. Şafak NARBAY (Sakarya Üniversitesi)
Prof. Dr. İsmail KIRCA (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)
Prof. Dr. Zekeriyya ARI (Uludağ Üniversitesi)

ISSN: 2149-4576 • e-ISSN: 2149-6250

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)
TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizin, ASOS INDEX ve ICI Journals Master List'te taranan,
HEINONLINE veri tabanı üzerinden erişilebilen uluslararası ve hakemli bir dergidir.

*Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) is an internationally peer-reviewed journal
published twice a year, indexed in
TÜBİTAK ULAKBİM, TR Index, ASOS Index and ICI Journals Master List, also included in HEINONLINE database.*

Yayın Tarihi/Date of Publication: Haziran/June 2022

Yayın Türü/Publication Type: Yaygın Süreli Yayın/Widespread Periodical

İletişim Bilgileri/Contact Information: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
15 Temmuz Şehitler Binası Ayvalı Mah. Halil Sezai Erkut Cad. 150. Sok. Etlik-Keçiören/ANKARA

Tel: +90 312 906 21 84

Belge Geçer/Fax: +90 312 906 29 62

Elektronik Ağ/Website: <http://www.ybu.edu.tr/hukuk>

E-posta/E-mail: tfm@ybu.edu.tr

Makale Gönderim ve Yazım Kuralları/Article Submission and Author Guidelines: <http://www.dergipark.gov.tr/tfm>

Dizgi/Design: M. Yusuf KARATOSUN

Baskı/Printing: www.pozitifmatbaa.com

Amaç: Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM), ticaret ve fikri mülkiyet hukuku alanları ile bunlarla bağlantılı bilimsel çalışmaları desteklemeyi ve bu suretle ekonomik ve sosyal gelişmeye katkı yapmayı amaçlamaktadır.

Mission: *Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) aims at promoting commercial and intellectual property law along with all academic works in these fields and thereby at contributing to economic and social development.*

Kapsam: Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM), Ticaret, Fikri Mülkiyet, Sermaye Piyasası, Banka ve Rekabet Hukuku alanlarıyla ilgili bilimsel nitelikteki her türlü makale, çeviri, karar incelemesi ve diğer çalışmalara yer vermektedir.

Scope: *Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) presents articles, translations, case reviews and other academic works related to commercial, intellectual property, capital markets, banking and competition law.*

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)'nin yazım kuralları, etik ilkeleri ve yayın politikası için derginin resmî sitesini, www.dergipark.org.tr/tfm adresinden ziyaret ediniz.

For the publication guideline, ethical principles and publishing policy of the Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM), please visit the official website, at www.dergipark.org.tr/tfm

DANIŞMANLAR KURULU/ADVISORY BOARD*

Prof. Dr. Ayşe ODMAN BOZTOSUN	Akdeniz Üniversitesi/University, Antalya-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. İsmail KAYAR	Altınbaş Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE	ASBÜ/Social Sciences University of Ankara, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Arzu OĞUZ	Ankara Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Feyzan ŞEHİRALİ ÇELİK	Ankara Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Aynur YONGALIK	Atılım Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Gül OKUTAN NILSSON	Bilgi Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Mertol CAN	Çankaya Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Ömer KORKUT	Çukurova Üniversitesi/University, Adana-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Jan LIEDER	Albert-Ludwigs University of Freiburg, Almanya/Germany
Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ	İ. D. Bilkent Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Çağlar MANAVGAT	İ. D. Bilkent Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Şükrü YILDIZ	İbn Haldun Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ	İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi/University, Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Aslan KAYA	İstanbul Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Mehmet HELVACI	İstanbul Aydın Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Güzin ÜÇİŞİK	İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi/University, Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Barbara GRUNEWALD	University of Köln, Köln-Almanya/Germany (Em.)
Prof. Dr. Christoph ANN	Technical University of Munich/Almanya/Germany
Prof. Dr. Mustafa TOPALOĞLU	Özyeğin Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Wolfgang SERVATIUS	University of Regensburg, Almanya/Germany
Prof. Dr. Mehmet Fahrettin ÖNDER	Süleyman Demirel Üniversitesi/University, Isparta-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Christoph Van der ELST	Tilburg University, Tilburg-Hollanda/Netherlands
Prof. Dr. Halit AKER	Uludağ Üniversitesi/University, Bursa-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Farid Sufian BIN SHUAIB	Uluslararası Malezya İslam Üni./IIUM, Kuala Lumpur / Malezya/Malaysia
Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI	Yaşar Üniversitesi/University, İzmir-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR	Yeditepe Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey

* Üniversite adına göre sıralı/Sorted by the name of university

Kıymetli Okuyucular,

TFM'nin 15. sayısını sizlere ulaştırmanın gururu ve mutluluğu içindeyiz. Bir önceki sayımızda da belirttiğimiz üzere, günümüz dünyasında hukuki meseleler karmaşık ve disiplinler arası bir mahiyete bürünmüş bulunmaktadır. Tek bir hukuk dalına hasredilmiş bakış açısının ötesindeki sorunları çözmek için iki veya daha fazla disiplinden veri, bakış açısı, kavram ve teorileri bütünleştiren yaklaşımların küresel hukuk akademisinde de yer edindiğini ve hukuk sisteminin bir bütün olarak ele alındığını deneyimlemekteyiz. Bu sebeple, ticaret ibaresini salt ticaret hukukunu kapsayacak şekilde ele almaktan ziyade, ticari hayata siyayet eden her türlü hukuki konuyu kapsayacak şekilde değerlendirdiğimizi belirtmek isteriz.

Bu bağlamda, ticaret ve fikri mülkiyet hukuku ile ilintili olan disiplinler arası çalışmalara dergimizde yer vermeye devam ederek, daha geniş ve farklı bir perspektiften ele alınan hukuki sorun, tartışma ve araştırmalarla literatüre katkı sağlayacağımızı ve uygulamaya ışık tutacağımızı düşünmekteyiz.

Fikri mülkiyet hukuku alanında, etkileri devam eden ve pek çok boyutuyla hala tartışılmalı olan pandemi ve pandemiden kaynaklanan dinamik ve hukuki tartışmalardan birisi olan pandemi ilaçlarında patent korumalarını ele alan; Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda yapılacak değişikliğin yaratacağı hukuki sorunu eleştirerek çözüm yolları belirten; ve de telif hakkına ilişkin sözleşme esasına uygulanacak hukuku MÖHUK çerçevesinde tartışarak milletlerarası özel hukuk alanına da temas eden makalelerimiz siz okuyucularımıza sunulmuştur.

Ticaret hukuku alanında yönetim kurulunu toplantıya çağrıya yetkili olanlar konusu incelenmiştir. Ticaret ve iş ve sosyal güvenlik hukuku alanlarındaki makalelerimizde işyeri devrinde İş Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu arasında kaynaklanabilecek olası bir çatışmada hangi kanunun uygulanacağı sorunu ile yine işyeri devrinde devralananın sorumluluğu sosyal güvenlik prim borçları çerçevesinde tartışılmıştır. Ticaret ve ceza hukuku kesişiminde ise gerçek kişi tacirin ticareti terk suçunun ele alındığı ve ticari sırrın ifşasından doğan ceza sorumluluğunun hem Türk hem de Alman Hukukuna göre mukayeseli olarak incelendiği çalışmalar yer almaktadır. Ticaret ve idare hukuku alanında ise Türk Varlık Fonu'nun regülatif yapısının incelendiği bir çalışmaya yer verilmiştir. Ticaret, borçlar ve tüketici hukuku ekseninde ise ayıplı mal kavramı irdelenmiştir.

Bu sayımızla birlikte dergimizin hem ülkemiz, hem de uluslararası alanda tanınırlık seviyesinin yükselmesi ve çalışmalarınızın daha nitelikli mecralarda takip edilebilmesi için özel bir çaba içindeyiz.

İyi okumalar dileriz!

EDITORIAL

Dear readers,

We are proud and happy to deliver the 15th issue of the TFM to you. As we mentioned in our previous issue, legal issues in today's world have taken on a complex and interdisciplinary nature. We experience that approaches that integrate data, perspectives, concepts, and theories from two or more disciplines in order to solve problems beyond the views confined to a single branch of law also take place in the global legal academy and the legal system is now considered as a whole. For this reason, we would like to state that we have evaluated the term commercial in a way that covers all kinds of legal issues that permeate commercial life, rather than only covering commercial law matters.

In this context, we think that by continuing to include interdisciplinary studies related to commercial and intellectual property law in our journal, we will contribute to the literature by presenting the research articles, legal problems and discussions from a wider and different perspective and shed some light on practice.

In the intellectual property law, the current issue includes an article that focuses on the dynamic legal debate arising from the ongoing pandemic, patent protections in pandemic drugs- which is still being discussed in many dimensions; an article that discusses the legal problems deriving from the upcoming changes in the Turkish Law on Intellectual and Artistic Works by providing solutions and another article on the applicable law to the copyright contracts within the framework of the Turkish Private International and Procedural Law, which also touches upon the field of international private law.

In the field of commercial law, the issue of those who are authorised to call the board of directors to a meeting has been examined. In commercial, labour and social security law, while one of the articles discusses the problem of which law to be applied in a possible conflict that may arise between the Turkish Labour Law and the Turkish Commercial Code in the transfer of the workplace, another examines the responsibility of the transferee in the workplace transfer within the framework of social security premium debts.

At the intersection of commercial and criminal law, the current issue includes a research article on the merchant's criminal liability arising from his abandonment of trade and also a comparative work on the criminal responsibility deriving from the disclosure of trade secrets within the context of German and Turkish laws. In the nexus of commercial and administrative law, we present a research paper examining the regulatory structure of the Turkish Wealth Fund. In the fields on commercial, obligations and consumer law, you will see a study on the critical examination of the concept of defective goods.

With this issue, we are making a special effort to present your work in more qualified channels and increase the recognition level of our journal both in our country and internationally.

We wish you good reading!

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

MAKALELER/ARTICLES

TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞMESİ VEYA BÖLÜNMESİNDE İŞVERENLERİN İŞÇİ ALACAKLARINDAN SORUMLULUĞU

RESPONSIBILITIES OF EMPLOYERS ON THE WORKERS' RECEIVABLES IN THE MERGER OR DIVISION OF COMMERCIAL COMPANIES

PROF. DR. MUHAMMED FATİH UŞAN & DR. ÖĞR. ÜYESİ CANAN ERDOĞAN 1

FİKİR VE SANAT ESERLERİNİN TEKNİK GEREKLİLİK NEDENİYLE GEÇİCİ ÇOĞALTILMASI

TEMPORARY REPRODUCTION OF INTELLECTUAL AND ARTISTIC WORKS DUE TO TECHNICAL REQUIREMENT

DOÇ. DR. PELİN KARAASLAN29

5718 SAYILI MÖHUK ÇERÇEVESİNDE TELİF HAKKINA İLİŞKİN SÖZLEŞMENİN ESASINA UYGULANACAK HUKUK

THE APPLICABLE LAW TO THE BASIS OF THE COPYRIGHT CONTRACT WITHIN THE FRAMEWORK OF PIPL NO. 5718

DOÇ. DR. ALİ GÜMRAH TOKER51

GERÇEK KİŞİ TACİRİN TİCARETİ TERKİ VE TİCARETİ TERK SUÇU

ABANDONMENT OF TRADE AND CRIME OF ABANDONING TRADE

DR. ÖĞR. ÜYESİ HÜLYA COŞTAN ÇETİN75

İŞYERİNİN BİRDEN FAZLA DEVRİ HÂLİNDE SON DEVRALANIN İLK DEVREDENİN ÖDENMEMİŞ SOSYAL GÜVENLİK PRİM BORÇLARINDAN DOLAYI SORUMLULUĞU

THE LIABILITY OF THE LATEST TRANSFEREE FROM THE OUTSTANDING SOCIAL SECURITY PREMIUM DEBT OF THE FIRST TRANSFEROR WHEN THE WORKPLACE HAS BEEN TRANSFERRED MORE THAN ONCE

DR. ÖĞR. ÜYESİ MURAT GÜREL & DR. ÖĞR. ÜYESİ ORHAN ERSUN CİVAN91

Not: Makaleler yazarların unvanına göre, aynı unvandaki yazarların makaleleri ise soyadlarına göre sıralanmıştır.

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULUNU TOPLANTIYA ÇAĞRIYA YETKİLİ OLANLAR VE YETKİSİZ KİŞİLERCE YAPILAN ÇAĞRIYLA TOPLANAN YÖNETİM KURULUNDA ALINAN KARARLARIN HUKUKİ AKİBETİ
THE PERSONS AUTHORIZED TO CALL THE BOARD OF DIRECTORS OF JOINT STOCK COMPANY TO MEETING AND LEGAL FATE OF DECISIONS TAKEN BY THE BOARD OF DIRECTORS COLLECT-ED BY CALL OF UNAUTHORIZED PERSONS

DR. ÖĞR. ÜYESİ ÖZLEM İLBASMIŞ HIZLISOY 115

PANDEMİ AŞILARI VE İLAÇLARINDA PATENT KORUMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ
EVALUATION OF PATENT PROTECTION IN PANDEMIC VACCINES AND DRUGS

DR. ÖĞR. ÜYESİ MELTEM KARATEPE KAYA & DR. ÖĞR. ÜYESİ SERKAN KAYA 143

TIME TO RECONSIDER THE REGULATORY STRUCTURE OF THE TURKISH WEALTH FUND: A SHORT REVIEW
TÜRK VARLIK FONUNUN REGÜLATİF (DÜZENLEYİCİ) YAPISININ YENİDEN GÖZDEN GEÇİRİL-MESİ ÜZE-RİNE KISA BİR ÇALIŞMA

DR. SAMET TATAR 167

TİCARİ SIRRIN İFŞASINDAN DOĞAN CEZA SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN TÜRK VE ALMAN HUKUK SİSTEM-
LERİNDEKİ GÜNCEL DURUMUN DEĞERLENDİRİLMESİ
AN EVALUATION OF THE CURRENT REGULATIONS IN TURKISH AND GERMAN LEGAL SYSTEMS REGAR-DING CRIMINAL LIABILITY FOR THE DISCLOSURE OF TRADE SECRETS

ARŞ. GÖR. EZGİ ÇIRAK 179

BORÇLAR-TİCARET VE TÜKETİCİ HUKUKU BAKIMINDAN AYIPLI MAL KAVRAMININ İNCELENMESİ
ANALYSIS OF THE CONCEPT OF DEFECTIVE GOODS IN TERMS OF OBLIGATIONS-TRADE AND CONSUMER LAW

ARŞ. GÖR. ELİF POLAT 207

YARGITAY KARARLARI (DECISIONS OF THE COURT OF CASSATION) 232

Makaleler

Articles

TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞMESİ VEYA BÖLÜNMESİNDE İŞVERENLERİN İŞÇİ ALACAKLARINDAN SORUMLULUĞU*

RESPONSIBILITIES OF EMPLOYERS ON THE WORKERS' RECEIVABLES IN THE MERGER OR DIVISION OF COMMERCIAL COMPANIES*

Prof. Dr. Muhammed Fatih UŞAN** & Dr. Öğr. Üyesi Canan ERDOĞAN***

ÖZ

İşyerinin herhangi bir nedenle aktif ve pasifle-riyle bir başkasına bırakılması durumunda işyerinin devri söz konusudur. İşyeri devri hem İş Kanunu (İşK.) m.6 hem de Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.178'de düzenlenmiştir. Ancak her iki düzenlemeye bakıldığında arada birtakım farkların mevcudiyeti dikkati çekmektedir.

Ticaret şirketlerindeki bu tür bir yapısal değişikliklerin işçi alacaklarına da etkisi bulunmaktadır. İşK. m.6/4 uyarınca, bu kapsamdaki işyeri devrinde işçilerin alacaklarından sorumluluk, TTK m.178/3'ün kapsamındadır.

İşbu çalışma kapsamında öncelikle ticaret şirketlerinin birleşme veya bölünmesi suretiyle işyeri devrinde İşK ile TTK arasında çatışma olması halinde hangi kanunun uygulanacağı sorusu cevaplandırılacaktır. Ardından ticaret şirketlerinin birleşmesi veya bölünmesinde hangi işverenin ne kadar miktar ve süre ile sorumlu olacağı soruları cevaplanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İşyeri Devri, Birleşme, Bölünme, İşçi Alacakları, İtiraz Hakkı.

ABSTRACT

In case the workplace is left to someone else with its assets and liabilities for any reason, the transfer of the workplace is in question. It may occur because of legal transactions such as sale and lease, or through structural changes such as merger or division in commercial companies. Transfer of workplace is regulated in both art.6 of the Labor Law and art.178 of the Turkish Commercial Code. However, there are some differences between the two regulations.

In the event of such a structural change has effect on the workers' receivables. Pursuant to art.6/4 of the Labor Law, art.178/3 of the Turkish Commercial Code shall apply to the liability of workers in the transfer of workplaces through the structural change of companies.

Within the scope of this study, first, the question of which law will be applied in case of conflict between the Labor Law and the Turkish Commercial Code will be answered in the transfer of workplace by merger or division of commercial companies. Then, it will be tried to answer the questions of which employer will be responsible for how much and for what amount of time in workers' receivables.

Keywords: Workplace Transfer, Merger, Division, Workers' Receivables, Right of Objection.

* (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 07.11.2021 / Kabul Tarihi: 05.03.2022).

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Ticaret ve Fikrî Mülkiyet Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi tarafından 26.10.2021 tarihinde düzenlenen IV. Ticaret ve Fikrî Mülkiyet Hukuku Uluslararası Sempozyumu'nda sunulan tebliğin genişletilmiş makale hâlidir.

*** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, (usanfatih@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-5489-5602).

*** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, (cerdogan@ybu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-5656-5655).

Atıf/Citation: Uşan, M. Fatih / Erdoğan, Canan (2022), "Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi veya Bölünmesinde İşverenlerin İşçi Alacaklarından Sorumluluğu", TFM, C:8, S:1, s. 1-26.

I. GİRİŞ

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, ticaret şirketlerinin birleşmesi m.136-158 arasında ve bölünmesi m.159-179 arasında düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeler Kanun gerekçesinde de belirtildiği üzere, Avrupa Birliği düzenlemeleri göz önünde bulundurularak yapılmıştır. Birleşmeye ilişkin hükümlerde Avrupa Birliği 77/187/EEC sayılı İşletme ve İşyerinin Tümüyle ve Kısmen Devrinde İşçi Haklarının Korunması Konusunda Üye Ülkelerin Mevzuatlarının Uyumlaştırılmasına Dair Direktif dikkate alınmıştır. Belirtilen Direktif, işyeri devri halinde işçilerin korunmasına yönelik çıkarılan ilk direktiftir. Sonrasında 77/187 sayılı Direktif'te değişiklik yapan 98/50EC sayılı yönerge çıkarılmıştır. Nihayetinde 2001/23EC sayılı İşletmelerin veya İşyerinin Tamamı ya da Bir Bölümünün Devri Durumunda Çalışan Haklarının Korunmasına İlişkin Üye Devletlerin Mevzuatlarının Uyumlaştırılması Dair Direktif ile daha önce çıkarılmış olan direktif hükümleri birleştirilmiştir. Bölünmeye yönelik hükümlerde ise 82/891 sayılı Halka Açık Limited Şirketlerin Bölünmesine Yönelik Direktif dikkate alınmıştır.

Ticaret şirketlerinin birleşmesi ve bölünmesi, şirkette yapısal değişikliklere neden olmaktadır. Bu tür yapısal değişiklikler sadece şirketlerin malvarlığı ya da ortaklar açısından değil, aynı zamanda alacaklılar bakımından da önem arz etmektedir. Bu nedenle Türk Ticaret Kanunu m.157'de birleşme, m.174 ve m.175'te bölünme halinde alacaklıların korunmasına yönelik madde

düzenlenmiştir. Ancak bilindiği gibi, ücret işçilerin tek geçim kaynağıdır ve bu nedenle ilgili kanunlarda özel olarak korunmaktadır.

İşyeri devri durumunda işçi alacaklarından sorumluluk ile ilgili olarak hem İşK. m.6'da hem de TTK m.178'de düzenleme bulunmaktadır. Çalışmamız kapsamında öncelikle ticaret şirketlerinin birleşmesi ve bölünmesi kavramları genel hatlarıyla anlatılacaktır. Ardından belirtilen yapısal değişikliklerin işyeri devri niteliğinde kabul edilmesi nedeniyle uygulanacak hükmün tespiti yapılacak, sonrasında Türk Ticaret Kanunu düzenlemesi ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Bu kapsamda işçiye tanınan itiraz hakkı, teminat talep edebilme hakkı ve ortakların sorumlulukları hususlarına değinilecektir.

II. TİCARİ ŞİRKETLERİN BİRLEŞMESİ VE BÖLÜNMESİ

A. BİRLEŞME

Ticaret şirketlerinin birleşmesi, TTK m.134-158 arasında düzenlenmiştir. İlgili hükümler ile hem şirketlerin güvenli ve şeffaf bir şekilde birleşmesi hem de alacaklılar ve diğer hak sahiplerinin korunması sağlanmaktadır. Anılan hükümlerde birleşmenin tanımına yer verilmemiştir. Ancak birleşme, bir veya birden çok ticaret şirketinin malvarlığının, tasfiye olunmaksızın, içlerinden birine veya yeni kurulan bir şirkete kendiliğinden veya külli halefiyet¹ yolu ile geçmesi; bu suretle malvarlıklarının birleşmesi ve intikal eden malvarlığının karşılığı olarak, infisah eden şirketin ortaklarının,

¹ "...Somut olayda, davacı şirket, davalı S... Çamaşırhane A.Ş. ile 01.01.2006- 31.12.2006 tarihleri arasında kapsayacak şekilde sözleşme yapmış olup, davalı şirket tarafından sözleşme 20.06.2006 tarihinde feshedilmiş ise de, sözleşmenin haklı nedenle feshedildiği davalı tarafından ispat edilememiştir. Mahkemece her ne kadar davalı şirketin 01.11.2006 tarihinde l... Tesis A.Ş. ile birleşmesi nedeniyle

bu tarihe kadar olan süre göz önüne alınarak tazminat hesaplanmış ise de, sözleşmenin tarafı olan S... Çamaşırhane A.Ş.'nin tüm aktif ve pasifi ile birlikte devralınması nedeniyle **külli halefiyet gereği** devralan l... Tesis A.Ş. devredilen şirketin tüm borçlarından da sorumludur". Bkz. Yarg. 11.HD. 08.03.2011, E.2009/9737 K.2011/2439. Ayrıca bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s.107.

hesaplanan bir değiş-tokuş ölçüsüne göre, bünyesinde birleşilen şirkette, kendiliğinden ortaklık payı kazanması, şeklinde tanımlanabilir².

TTK m.136/1’de, iki tür birleşme öngörülmüştür³. Buna göre, şirketler; bir şirketin diğerini devralması, teknik terimle “*devralma şeklinde birleşme*” veya yeni bir şirket içinde bir araya gelmeleri, yani “*yeni kuruluş şeklinde birleşme*”, yoluyla birleşebilirler⁴.

1. Devralma Şeklinde Birleşme

Devralma şeklindeki birleşmede, bir ya da birden fazla ticaret şirketinin veya ticari işletmenin başka bir ticaret şirketine malvarlığı ile katılması veya onlar tarafından devralınması söz konusudur⁵. Dolayısıyla devralma şeklindeki birleşmede, devralan ve devredilen şeklinde iki şirket mevcuttur. Yani ortada birleşmek isteyen en az iki şirket vardır. Buna göre birleşme devir alan şirketin bünyesinde gerçekleşmekte ve böylece devralan şirket varlığını sürdürmektedir. Devredilen şirket ise, devrin gerçekleşmesi ile birlikte tüzelkişiliğini kaybetmektedir. Devir işleminin tamamlanması sonucunda, devredilen şirket sona ermekte ve ticaret sicilinden silinmektedir (TTK m.136/4). Devralan şirketin tüzelkişiliği türünde bir değişiklik meydana gelmemektedir⁶.

Çalışma konumuz açısından bakılacak olursa, devralan şirket işçileri açısından işveren sıfatında herhangi bir değişiklik olmamaktadır. Fakat devredilen şirkette çalışan işçiler açısından işveren değişmektedir. Dolayısıyla işyeri devrine ilişkin hükümler devredilen şirket işçileri açısından uygulama alanı bulmaktadır.

2. Yeni Kuruluş Şeklinde Birleşme

Yeni kuruluş şeklindeki birleşmelerde ise, mevcut iki veya daha fazla şirket birleşerek yeni bir şirket meydana getirmektedir⁷. Dolayısıyla birleşmenin gerçekleşmesi ile birlikte her iki şirket de infisah etmektedir. Burada da birleşen şirketler, ticaret sicilinden silinmeleriyle birlikte sona ermektedir (TTK m.136/4). Külli halefiyet ilkesi sonucunda sona eren şirketlerin tüm malvarlığı kül halinde yeni kurulan şirkete geçmektedir⁸.

Burada da sona eren şirketlerin işçileri açısından işveren sıfatı değişmekte ve artık yeni kurulan şirket tüm işçiler için işveren sıfatı kazanmaktadır. Dolayısıyla işyeri devrine ilişkin hükümler tüm işçiler açısından önem arz etmektedir.

² **Pulaşlı**, Hasan (2020) Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s.71; **Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin (2014) Ortaklıklar Hukuku I, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.99; **Pulaşlı**, Hasan (2018) Şirketler Hukuk Şerhi, Cilt I, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s.207; **Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan (2021) Şirketler Hukuku Dersleri, 8. Baskı, Dora, Bursa, s.67-68. Ayrıca bkz. **İpek Kayalı**, Fena (2014) Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşmeler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.10; **Kayık Aydınalp**, Aslıhan (2017) İş Hukuku Açısından Ticaret Şirketlerinde Yapısal Değişiklikler, Beta, İstanbul, s.25; **Çakır Çelebi**, Fatma Betül (2021) Limited Şirkette Çıkma ve Çıkarma, Seçkin, Ankara, s.48.

³ Birleşmeye hâkim olan ilkeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Pulaşlı**, 2020, s.72; **Pulaşlı**, s.208-209.

⁴ Kanunda birleşmenin aynı türden şirketler arasında olabileceği yönünde düzenleme yapılmıştır. Buna göre, sermaye şirketleri sermaye şirketleri ve kooperatiflerle; şahıs şirketleri şahıs şirketleri ve kooperatiflerle ve devrolunan olmak koşuluyla sermaye şirketleri ve kooperatiflerle birleşebilmektedir (m.137). Birleşme işlemleri hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s.122 vd.

⁵ Bkz. **Pulaşlı**, 2020, s.73; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s.102; **Pulaşlı**, s.211; **Bilgili/Demirkapı**, s.69.

⁶ **Pulaşlı**, 2020, s.73; **Pulaşlı**, s.211.

⁷ **Pulaşlı**, 2020, s.74; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s.102; **Pulaşlı**, s.212; **Bilgili/Demirkapı**, s.68.

⁸ **Pulaşlı**, s.212.

B. BÖLÜNME

Bölünme, ilk kez 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiştir⁹. Bölünme, sermaye şirketlerinin ve kooperatiflerin malvarlıklarını tamamen veya kısmen kendilerinden ayırarak tasfiyesiz olarak ve kısmî külli halefiyet yoluyla başka sermaye şirketlerine veya kooperatiflere devretmeleri ve bunun karşılığında bölünen şirketin ortaklarının devralan şirketlerde ortak konumunu *ipso iure* elde etmeleri, şeklinde tanımlanabilir¹⁰. Birleşebilen şirketlerin listesi daha geniş iken, bölünebilen şirketlerinki oldukça sınırlıdır. Buna göre, sermaye ortaklıkları sermaye ortaklıklarına veya kooperatiflere, kooperatifler kooperatiflere veya sermaye ortaklıklarına bölünebilir¹¹. Kanunda bölünmenin doğrudan tanımına yer verilmeksizin, tam veya kısmi bölünme şeklinde gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir (m.159/1). Düzenlemeye göre, *Tam bölünmede, şirketin tüm malvarlığı bölümlere ayrılır ve diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap ederler. Tam bölünüp devrolunan şirket sona erer ve unvanı ticaret sicilinden silinir* (m.159/1-a). *Kısmi bölünmede, bir şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümü diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap ederler veya bölünen şirket, devredilen malvarlığı bölümlerinin karşılığında devralan şirketlerdeki payları ve hakları elde ederek yavru şirketini oluşturur* (m.159/1-b). Görüldüğü gibi kısmi bölünme iki şekilde gerçekleştirilebilmektedir.

Bunlar, kısmi bölünme ve yavru şirket kurma şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

1. Tam Bölünme

Tam bölünmede bölünen şirket tüm malvarlığı ile bölünmekte ve bölünen şirket ortadan kalkmaktadır. Burada devreden şirket, en az iki bölüme ayrılarak tüm varlığı ile mevcut ya da yeni kurulan bir şirkete geçmektedir¹². Tam bölünmede bir ticaret ortaklığının tüm malvarlığı iki veya daha fazla bölümlere ayrılmakta; bölünen ortakların ortakları da devrolunan malvarlığının karşılığı olarak devralan şirketin paylarını iktisap etmektedir¹³. Bölünen şirketin varlığı, tam bölünme ile birlikte sona ermektedir. Zira tam bölünmede ortaklık infisah etmekte ve ticaret sicilinden silinmektedir. Bölünen şirketin ortakları, ortaya çıkan diğer şirketlerin ortakları olmaktadır. Tam bölünme müteselsil sorumluluk hükümleri açısından önem arz etmektedir.

2. Kısmi Bölünme

Kısmi bölünmede ise, bölünen şirket tüm malvarlığı ile değil sadece bir kısmı ile bölünmektedir¹⁴. Bölünen kısım mevcut şirketten ayrılır ve diğer bir şirkete devredilir. Bölünen şirketin ortakları da böylece devralan şirketin ortağı olur. Kısmi bölünmede, tam bölünmeden farklı olarak, bölünen şirketin varlığı sona ermediği için faaliyetlerine devam eder ve şirket ortakları bölünen şirkette ortak olmaya devam ederler.

Yavru şirket kurmada bölünen şirket, malvarlığının bölünen kısmını yavru şirket niteliğinde

⁹ Kendigelen, Abuzer (2012) Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Baskı, Oniki Levha, İstanbul, s.148.

¹⁰ Pulaşlı, 2020, s.106; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.145; Pulaşlı, s.299-300; Bilgili/Demirkapı, s.80. Ayrıca bkz. Özkaraca, Ercüment (2012), "Şirketlerin Birleşmesi, Bölünmesi ve Tür Değişirmesinin İş Hukukuna Etkileri", İş Hukukunda Güncel Sorunlar 2 (Ed. Prof. Dr. Ali Güzel/Deniz Ugan Çatalkaya), Seminer 25 Mayıs 2012, İstanbul, s.118.

¹¹ Bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.147.

¹² Pulaşlı, 2020, s.108; Pulaşlı, s.303.

¹³ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.148.

¹⁴ Kısmi bölünmede "kısmi külli halefiyet" söz konusu olduğu yönünde bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.153.

olan başka bir şirkete aynı sermaye olarak koymaktadır¹⁵. Burada devralan şirketin ortaklık hakları devredilen şirketin ortakları tarafından değil doğrudan devredilen şirketin kendisi tarafından iktisap edilmektedir¹⁶.

TTK m.160'ta kanunen geçerli bölünmeler belirtilmiştir. Buna göre, sermaye şirketleri ve kooperatifler sermaye şirketlerine ve kooperatiflere bölünebilirler.

Diğer yapısal değişikliklerden (tam bölünme, birleşme ve tür değiştirme) farklı olarak kısmi bölünmede bölünen şirketin kalan kısmı varlığını sürdürmeye devam ettiği için eski işveren bulunmaktadır. Dolayısıyla da müteselsil sorumluluk hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır.

¹⁵ Bkz. **Pulaşlı**, s.305-306.

¹⁶ Bkz. **Kayık Aydınalp**, s.101.

¹⁷ Bkz. **Sümer**, Halûk Hâdi (2020) İş Hukuku, 25. Baskı, Seçkin, Ankara, s.25; **Ekmekçi**, Ömer/**Yiğit**, Esra (2020) Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Oniki Levha, İstanbul, s.214; **Kayık Aydınalp**, s.57-58; **Kılıç**, Şebnem (2018) "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre İşyeri Devrine İlişkin Değişiklikler ve Yenilikler", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.13, S.167, Temmuz 2018, s.156; **Özatlan**, Yurdal (2016) "Türk Ticaret Kanunu Kapsamında İşyeri Devri Sonucu Doğuran İşlemlerin Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Etkileri", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.1, s.167-168; **Yücel Bodur**, Mehtap (2019) "Avrupa Birliği Adalet Divanının C-463/09 Sayılı Kararı ile Alt İşveren İlişkisi- İşyerinin Bir Bölümünün Devri Tartışması", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.23, S.2, s.37 vd.; **Atay**, Zeynep Anıl (2020) Türk İş Hukukunda Muvazaalı İşyeri Devri, Seçkin, Ankara, s.43.

Avrupa Birliği Yönergesi ve Adalet Divanı kararları esas alınarak verilmiş bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararında işyeri devri ile ilgili şu şekilde ifadeler yer verilmiştir, "... İş Kanununun 6. maddesinin 1. fıkrası uyarınca iş aklının yeni işverenle aynen devam etmesini sağlayacak şekilde işyeri devrinin koşullarının belirlenmesi gerekir. İşyeri maddi unsurlardan, maddi olmayan değerlerden ve işgücünden oluşan, teknik amaçla organize edilmiş (örgütlenmiş) bir bütündür. Bu unsurlardan biri veya bir kısmı devredildiğinde ortada işyerinin (bölümünün) devrinin bulunup bulunmadığının saptanması gerekmektedir. Avrupa Birliği yönergelerinde ve Avrupa Adalet Divanı kararlarında, devrin konusunu oluşturacak işyerini (bölümünü) ifade etmek üzere ekonomik birlik kavramına yer verilmiştir. Bu yönergelere göre hukuki sonuç doğuracak bir işyeri

III. TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞME VE BÖLÜNMESİNİN İŞYERİ DEVRİ NİTELİĞİNDE OLMASI

A. GENEL OLARAK

İşyeri devri, İş Kanunu'nda doğrudan tanımlanmamıştır. Elbette doktrinde işyeri devrine ilişkin farklı tanımlamalar bulunmaktadır. En yalın haliyle işyeri devrini, işyerinin tamamının ya da bir bölümünün hukuki bir işlem neticesinde başka birisine devri şeklinde tanımlamak mümkündür¹⁷. İşK. m.2 ve m.6 hükümler göz önünde bulundurulduğunda işyeri devri, işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim olarak

(bölüm) devrinden söz edebilmek için, işyerini (devredilecek bölümü) ifade eden ekonomik birliğin bu kimliğini koruyarak devredilmesi gerekir. Ekonomik birliğin devri söz konusu değilse, AB yönergelerine (ve İş Kanununun 6. maddesine) göre işyerinin veya işyeri bölümünün devrinden söz edilemez. Gerçekten, buradaki ekonomik bütünlüğü, işletme kavramına dahil kazanç elde etme amacı şeklinde değil, teknik bir amaç yani mal ve hizmet üretimi olarak anlamak gerekir. İş Kanununun 6. maddesinde kimliğin korunmasından söz edilmemiş olması bu koşulun hukuk sistemimiz bakımından aranmayacağı anlamına gelmez. Çünkü, işyerinin (bölümünün) devri durumunda iş akitlerinin devaminin öngörülmesi, işçinin devir sonrası işini sürdürebileceği işyerinin varlığı görüşüne dayanır. Ekonomik birliğin, devir sonrasında da kimliğin korunup korunmadığının saptanmasında esas alınacak ölçütler Yargı kararları ile geliştirilmiş ve Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından kabul edilen ölçütler aynen benimsenmiştir. Hemen belirtelim ki, kimliğin korunduğunun kabul edilmesi ve İK 6'nın uygulanabilmesi için Yargıtay kararında belirtilen ölçütlerin tümünün gerçekleşmiş olması zorunlu değildir. İşyerinin veya işyeri bölümünün devri için ekonomik birliğin yani işyerini karakterize etmek koşulu ile sözkonusu ölçütlerden bir kısmının devredilmesi yeterlidir". Karar için bkz. Yargı HGK 15.02.2017, E.2015/7-1275 K.2017/266, www.legalbank.com, e.t.25.11.2021. İşyeri devrinin koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Süzek**, Sarper (2018) İş Hukuku, 16. Baskı, Beta, İstanbul, s.202-204. İşyeri devrinden söz edilebilmesi için işyerinde yürütülen faaliyetin devralan tarafından devam ettirilmesi gerektiği hususunda bkz. **Ekonomi**, Münir (2000), "İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) ve İş İlişkilerine Etkisi", Prof. Dr. Turhan Eşener'e Armağan, Ankara, s.341 vd.; **Köseoğlu**, Ali Cengiz (2004) İşyerinin Kapanmasını İş Sözleşmesine Etkisi, Beta, Ankara, s.64.

işyerinin, hukuki bir işlemle bir başkasına devri olarak tanımlanabilir¹⁸.

İş Kanunu'nda hangi hukuki işlemlerin işyeri devri niteliğinde kabul edileceği sayılmamıştır¹⁹. Yargıtay tarafından da belirtildiği üzere, İşK. m.6'da belirtilen "... *"hukukî işleme dayalı"* ifadesi geniş şekilde değerlendirilmeli, yazılı, sözlü ve hatta zımnî bir anlaşma da yeterli görülmelidir"²⁰. Bu kapsamda satış, bağışlama, kiralama, trampa gibi hukuki işlemler işyeri devri niteliğindedir. İşyeri devri niteliğindeki işlem özel hukuktan kaynaklanabileceği gibi, kamu hukukundan da kaynaklanabilir²¹. Çalışmamızın konusunu oluşturan ticaret şirketlerinin birleşmesi ve bölünmesi, işyeri devri türlerinden biridir²².

B. UYGULANACAK HÜKÜM

Mevzuatımızda ticaret şirketlerinin birleşmesi veya bölünmesi halinin iş sözleşmelerine etkisi ile ilgili hem İşK. m.6, hem de TTK m.178'de hüküm bulunmaktadır²³. Tabii olarak maddelerdeki ortak hususlar bir sorun oluşturmamakta; ancak

farklılık arz eden hususlarda hangi maddenin uygulanacağını tespit edilmesine gerek vardır²⁴.

Türk Ticaret Kanunu, ticaret şirketlerinin sadece birleşme, bölünme ve tür değiştirme yoluyla devredilmesi durumunda uygulanacak hükümler içermektedir (m.158, m.178 ve m.190). Şirketlerdeki yapısal değişikliklerin iş ilişkisine etkisi ile ilgili olarak TTK m.158/4 ve m.190'da m.178'e atıf yapılmaktadır. Dolayısıyla bu tür durumlarda, m.178 uygulanacaktır.

Bir hususun iki farklı kanun maddesinde düzenlenmesi halinde, hangi kanun hükmünün uygulanacağı problemi üzerinde durulmalıdır. Kural olarak uygulanacak hüküm tespit edilirken, önce normlar hiyerarşisine bakmak icap eder. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu normlar hiyerarşisinde aynı sırada olduklarından birbirlerine göre öncelikleri yoktur. Sonrasında özel kanun-genel kanun ya da önceki kanun-sonraki kanun ilişkisine bakılmalıdır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 4857 sayılı İş Kanunu'na göre sonraki kanun niteliğindedir. Bununla birlikte TTK m.178 (yapılan atıflar da göz önünde bulundurulduğunda) sadece

¹⁸ Albayrak Zincirlioğlu, Candan (2014), "İşyerinin Devrinde Türk Ticaret Kanunu ile İş Kanunu Hükümlerinin İş İlişkilerine Etkisi", TBB Dergisi, 114, s.15.

¹⁹ Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment (2021) İş Hukuku Dersleri, 34. Baskı, Beta, İstanbul, s.149. Buna ilişkin örnekler ve örnek kararlar için bkz. Alpagut, Gülsevil (2010) İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı, Beta, İstanbul, s.66 vd.; Özkaraca, Ercüment (2008) İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, Beta, İstanbul, s.42 vd.; Ekmekçi/Yiğit, s.215-220; Uşan, M. Fatih/Erdoğan, Ersin/Erdoğan, Canan (2021) Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel İş Hukuku ve İş Yargılaması, İntes, Ankara, s.66-70. Ayrıca bkz. Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş (2020) İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, 4. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara, s.62.

²⁰ Yarg. 7.HD. 07.06.2016, E.2015/9671 K. 2016/12717, www.legalbank.com, s.e.t.04.10.2021.

²¹ Dulay, Dilek (2012), "İşyerinin Tamamının veya Bir Bölümünün Devri", Terazi Hukuk Dergisi, S.66, s.58.

²² Güzel, s.35 vd.; Süzek, s.201; Süzek, Sarper (2013), "İşyeri Devri ve Hukuki Sonuçları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel Sayı, s.311; Sümer, s.25; Atay, s.78. Ayrıca işyeri devrine yol açan hukuki durumlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Alpagut, s.66 vd.; Özkaraca, s.42 vd.

²³ Belirtilen maddelerin işyeri devri ile ilgili AB'nin işyerinin devri hakkındaki 77/187, 98/50 ve 2001/23 sayılı yönergelerine genellikle uygun olduğu yönünde bkz. Süzek, 2013, s.312. Ayrıca bkz. Birinci Uzun, Tuba (2014) "İşyerinin Devri Halinde İşçilerin Haklarının Korunması Bakımından 2001/23Ec Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi ile 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Karşılaştırılması", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C.27, S.115, s.359 vd.

²⁴ İşK. m.6 hükmü var iken, konunun ayrıca TTK m.178'de düzenlenmesinin gereksizliği ile ilgili eleştiriler için bkz. Ekmekçi/Yiğit, s.231.

ticaret şirketlerinin birleşme, bölünme ve tür değişikliği yoluyla devrinin iş ilişkilerine etkisine özgülendiği için, İşK. m.6'ya göre özel hüküm niteliğindedir²⁵. Belirtilen bu gerekçelerle şirketlerin bölünmesi ya da birleşmesinde, TTK m.178'in İşK. m.6'ya göre uygulama önceliği bulunmaktadır²⁶. Başka bir anlatımla, iş ilişkisinin şirketlerin birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi yoluyla devrinde TTK m.178; bunlar dışında kalan işyeri devri niteliğindeki hukuki işlemlerde ise İşK. m.6 uygulanmalıdır²⁷. Ayrıca TTK m.178'de düzenlenmeyen hususlar söz konusu olduğunda, yine İşK. m.6 geçerlik kazanır.

Buna göre, yukarıda da ifade edildiği üzere, şirketlerin birleşme, bölünme ve tür değiştirme hali haricindeki işyeri devri durumunda uygulanacak iki farklı hüküm bulunmaktadır. Belirtmek gerekir ki, mevcut iki hüküm arasında şüphesiz ortak yönler bulunmaktadır²⁸. Öncelikle her iki hükme göre de devredilen işyerindeki iş sözleşmeleri, kanun gereği kendiliğinden devralan işverene geçmektedir²⁹. Ayrıca aralarında farklılık olsa da, her iki düzenlemede de devreden ve devralan işveren birlikte sorumlu

kılınmıştır. Bununla birlikte, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, her iki madde arasında farklılıklar da söz konusudur. TTK m.178'de, İş Kanunu'nda daha önce düzenlenmemiş hususlara yer verilmiştir. İlk olarak, iş ilişkisinin tüm hak ve borçları ile devralana geçmesi için işçinin itiraz hakkını kullanmaması gerekir. İşçiye tanınmış olan itiraz hakkı, ilk kez Türk Ticaret Kanunu ile getirilmiştir³⁰.

Her ne kadar İşK. m.6'da düzenlenmiş olan birlikte sorumluluk halinin ticaret şirketlerinin birleşmesi veya katılması ya da tür değiştirmesi durumunda uygulanmayacağı belirtilmişse de, TTK m.178'de de devreden ve devralan işverenler arasında müteselsil sorumluluk düzenlenmiştir. Ancak buradaki müteselsil sorumluluk İş Kanunu'ndaki düzenlemeden farklıdır. Türk Ticaret Kanunu'ndaki düzenlemede devreden işveren ile devralan işverenin müteselsil sorumluluğu iki yıl ile sınırlandırılmamıştır (f.3). Ayrıca *işçiler muaccel olan ve birinci fıkrada öngörüldüğü şekilde muaccel olacak alacaklarının teminat altına alınmasını isteyebilirler* (f.5). Maddede şirketin bölünmeden önce şirket borçlarından sorumlu olan ortaklarının

²⁵ **Süzek**, s.212; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s.159.

²⁶ **Süzek**, s.212; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s.159; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s.66; **Sümer**, s.26; **Ekmekçi/Yiğit**, s.235; **Alpagut**, Gülsevil (2012), "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2010, Ankara, s.29; **Albayrak Zincirlioğlu**, s.41; **Demir**, Kübra (2019), "İşyeri Devrinde Devreden ve Devralan İşverenin Sorumluluğu", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık, s.658-659. Konu hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. **Alp**, Mustafa (2012), "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190)", Çalışma ve Toplum, 1, s.56-58; **Astarlı**, Muhittin (2013), "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkisinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı", Çalışma ve Toplum, 1, s.85; **Kayık Aydınalp**, s.81-83. Ayrıca bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s.164.

²⁷ Ayrıca maddede sadece birlikte sorumluluk hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla birlikte sorumluluk dışındaki düzenlemeler yine uygulama alanı bulacaktır. Bkz. **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s.65.

²⁸ Benzer yönde bkz. **Alp**, s.55-56; **Albayrak Zincirlioğlu**, s.30.

²⁹ TTK m.178'e göre işyeri devri halinde iş sözleşmesinin otomatik olarak devralan işverene geçmeyeceği, ancak işçinin itiraz etmemesi halinde geçeceği yönünde bkz. **Alp**, s.61; **Albayrak Zincirlioğlu**, s.31.

³⁰ Türk Ticaret Kanunu'na işçiye itiraz hakkı tanınması ile ilgili hüküm konulması her ne kadar olumlu karşılanması gereken bir durum ise de, İş Kanunu'nda bu yönde bir düzenleme olmaması, ticaret şirketlerinin birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi dışındaki işyeri devri niteliği taşıyan diğer hukuki işlemlerden etkilenen iş sözleşmeleri arasında gereksiz bir ayırım yaratmaktadır. Bu yöndeki eleştiriler için bkz. **Astarlı**, s.87. TTK m.178'in İsviçre Borçlar Kanunu m.333'ün birebir çevirisi olması nedeniyle bu tür bir ayırım ortaya çıkmıştır, ancak İsviçre hukukundaki düzenleme genel bir hüküm olup tüm işyeri devirlerinde uygulama alanı bulmaktadır.

belirtilen borçlardan müteselsilen sorumlu olmaya devam ettikleri belirtilmiştir (f.6)³¹.

IV. TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞME VE BÖLÜNMELEİNİN İŞ SÖZLEŞMELERİNE ETKİSİ

A. İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞVEREN TARAFININ KENDİLİĞİNDEN DEĞİŞMESİ

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, ticaret şirketlerinin yapısal değişikliği sonucu işyeri devri halinde uygulanacak iki farklı hüküm bulunmaktadır. Ancak TTK m.178'in anılan durumlarda İşK. m.6'ya göre uygulama önceliği vardır. İşK. m.6/4'te, tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bunun sonucu olarak, m.6'daki devreden ve devralan işverenlerin müteselsil sorumluluğunun düzenlendiği fıkra hariç, diğer fıkralar ticaret şirketlerinin birleşme ve bölünmesinde de uygulanabilir.

İş hukukunun temel amacı, iş ilişkisinin mümkün olduğunca ayakta tutulmasıdır. İşyeri devrinde iş sözleşmesinin devralan işveren ile devam etmesi ilkesi de bu amaca hizmet etmektedir³². Benzer şekilde, 2001/23 sayılı Direktifin de amacı, işyerinde işveren değişikliği durumunda, işçilere iş ilişkilerini devreden işverenle kararlaştırmış oldukları koşullarla devralan işverenle sürdürme olanağı tanınması yoluyla işçilerin korunmasıdır³³. Benzer düzenlemelere Avrupa Birliği ülkelerinde de yer

verilmiştir. Örneğin, Fransız Hukukunda da, işyerinin devri halinde iş sözleşmeleri kanun gücüyle devralan işverene geçer ve bunun aksi taraflarca kararlaştırılamaz³⁴.

Türk İş hukuku mevzuatı da, işyeri devrinde mümkün olduğunca iş sözleşmesinin ayakta kalması ve devamının sağlanmasını kabul etmiş ve devrin, iş sözleşmesini sona erdiren bir neden olmadığı düzenlemesini getirmiştir (İşK. m.6/5). Aslında işyeri devri ile sadece iş sözleşmesinin tarafında bir değişiklik meydana gelmektedir³⁵. İşK. m.6/1'e göre, "İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer". Benzer düzenlemeye TTK m.178/1'de de yer verilmiştir. Buna göre, "Tam veya kısmi bölünmede, işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar³⁶ bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçer". İlgili düzenleme uyarınca, iş sözleşmesinin tarafındaki değişiklik kanunen ve doğrudan (otomatik) gerçekleşmektedir. Hatta TTK m.178 uyarınca işçiye tanınan itiraz hakkı da bu kuralı değiştirmemektedir³⁷. Zira işçilere itiraz hakkının tanınması, iş sözleşmesinin devralan işverene geçişinin sağlanması için işçinin önceden rıza vermesine ihtiyaç duyulduğu anlamına gelmemektedir. Alman Federal İş Mahkemesinin de bu yönde kararları bulunmaktadır. 1986 yılında verilmiş bir karar, "...iş ilişkisinin geçişinin, işçinin buna ilişkin olumlu

³¹ Ortakların sorumluluğuna ilişkin TTK m.158'de de düzenleme vardır. Ancak m.158/4'te iş ilişkileri hakkında m.178'in uygulanacağı belirtilmiştir.

³² Güzel, s.390.

³³ Ayrıntılı açıklama için bkz. **Birinci Uzun**, s.363.

³⁴ Avrupa Birliği ülke örnekleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Özkaraca**, s.138-142.

³⁵ **Sümer**, s.26; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s.61; **Kayık Aydınalp**, s.69. İşveren tarafında bir değişiklik meydana gelmemişse, işyeri devrinden söz edilemeyeceği yönündeki ifade için bkz. **Ekmekçi/Yiğit**, s.213.

³⁶ "Devir gününe kadar" ifadesinden kastedilenin, malvarlığının kendiliğinden devralan ortaklığa geçme anı olduğu yönünde bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s.164.

³⁷ **Kılıç**, s.171.

rızasına dayandığı şeklindeki kabul biçimi, §613a/1 BGB'de öngörülen, iş ilişkisinin devralan işverene geçişinin tarafların bu yöndeki bir hukuki işlem yapmalarına gerek kalmaksızın kanun gereği gerçekleştiği biçimindeki kural ile bağdaşmamaktadır..."³⁸, şeklindedir. Benzer biçimde ATAD kararlarında da işyeri devrinde, işçinin rızasının alınmasına gerek olmadığı belirtilmektedir³⁹. İşyerinin devri ile birlikte iş sözleşmesi sona ermediği için devralan işveren ile işçi arasında yeni bir iş sözleşmesi yapılmasına gerek yoktur⁴⁰. Belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesinin devralan işverene doğrudan geçişi⁴¹, işyeri devrinin bir unsuru olmayıp, kanuni sonucudur⁴². Dolayısıyla taraflar (devreden ve devralan işverenler) arasında, sorumlu olunmadığına yönelik yapılan anlaşmalar da geçersizdir⁴³.

İşyeri devri ile birlikte devralan işverene geçecek olan iş sözleşmelerinin niteliğinin bir önemi yoktur⁴⁴. Başka bir anlatımla, iş sözleşmesinin belirli-belirsiz, kısmi-tam süreli, işçinin geçici iş ilişkisi kapsamında başka bir işveren yanında ya da çağrıya dayalı çalışmasının veya iş sözleşmesinin

askıda olmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır⁴⁵. İş sözleşmelerinin doğrudan geçişinden bahsettiğimiz için devreden işverenin işyeri ile ilgili olarak tarafı olduğu diğer hukuki ilişkiler, geçişin konusu olmaz⁴⁶. Örneğin, işyerinde mevcut çıraklık sözleşmeleri işyeri devri ile birlikte devralan işverene geçmezler. Aynı düzenlemeye Avrupa Birliği 2001/23 sayılı Direktif m.3/1'de de yer verilmiştir⁴⁷. İlgili düzenlemeye göre de, işyeri devri durumunda sadece iş ilişkileri devralan işverene geçmektedir. Ayrıca iş sözleşmesinin devri açısından işçinin çalıştığı konunun bir önemi de yoktur⁴⁸. Örneğin, işveren vekili de işveren ile arasında iş sözleşmesi olduğu için, devri ile birlikte devralan işverene geçmektedir.

İş sözleşmesinin devralan işverene geçişi doğrudan gerçekleştiğinden, bunun için işçinin rızasına da gerek yoktur⁴⁹. Bir Yargıtay kararında da belirtildiği üzere, "İşyerinin devri işverenin yönetim hakkının son aşaması olup, işyeri devri çalışma koşullarında değişiklik anlamına da gelmez"⁵⁰.

³⁸ BAG 30.10.1986, 2 AZR 101/85, [³⁹ Bkz. ATAD 25.07.1991, 362/89, D'Urso-Ventadori, parag 11.](https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BAG&Datum=30.10.1986&Aktenzeichen=2%20AZR%20101/85,(e.t.01.12.2021). Benzer yöndeki kararlar için bkz. BAG, 30.10.2003- 8 AZR 491/02; BAG, 14.12.2006- 8 AZR 763/05; BVerfG, 25.01.2011- 1 BvR 1741/09.</p>
</div>
<div data-bbox=)

⁴⁰ Çankaya, Osman Güven/Çil, Şahin (2011) İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 3. Baskı, Yetkin, Ankara, s.472; Demir, s.1727; Kayık Aydınalp, s.69.

⁴¹ İş sözleşmesinin devralan işverene geçişinin gerçekleşmesi için devralan işverenin daha önce işveren sıfatına sahip olmasına gerek yoktur. Zaten devir ile birlikte işveren sıfatını kazanacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, devreden işveren açısından bakılacak olursa, devir ile birlikte devreden işveren "işveren" sıfatını kaybedebilir. Örneğin devreden işveren, işyerinin tamamını devrettiği takdirde artık işveren sıfatını kaybedecektir. Bkz. Özkaraca, s.143.

⁴² Özkaraca, s.142. İşK. m.6'daki iş sözleşmesinin devralan işverene geçeceği kuralı emredici niteliktedir ve taraflarca aksi kararlaştırılmaz. Devreden ve devralan işveren arasında yapılan bir iş sözleşmesi ile mevcut iş

sözleşmelerinin devralan işverene geçmeyeceği yönünde bir anlaşma yapılamaz, bkz. Kayık Aydınalp, s.70.

⁴³ Çankaya/Çil, s.472; Demir, s.1727.

⁴⁴ Demir, s.1725.

⁴⁵ Çankaya/Çil, s.475.

⁴⁶ Özkaraca, s.143.

⁴⁷ Ayrıntılı açıklama için bkz. Birinci Uzun, s.376 vd.

⁴⁸ Özkaraca, s.145.

⁴⁹ Güzel, s.322; Süzek, s.201; Mollamahmutoğlu/Ashtarlı/Baysal, s.62; Özkaraca, s.146.

⁵⁰ Karar için bkz. Yarg. 9.HD. 14.06.2011, 23098/18032. Bu yönde verilmiş HGK kararı için bkz. 17.1.1990, E.1989/9-610 K.1990/5. Aynı yönde bkz. Yarg. 9.HD. 16.01.2012, E.2009/34703 K.2012/150, www.legalbank.com, e.t.03.10.2021. Ancak belirtilen kararda, "İşyeri devrinin çalışma koşullarını ağırlaştırıcı bir yönü olup olmadığı belirlenmelidir" ifadelerine yer verilmiştir. Hem işyeri hem de iş sözleşmesinin devrinin aynı anda gerçekleşmesi halinde devredilen şirketle kurulan yeni sözleşmede çalışma koşullarının ağırlaşması söz konusu olması halinde işçi

B. İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞVEREN TARAFININ KENDİLİĞİNDEN DEĞİŞMESİNİN İSTİSNASI: İŞÇİNİN İTİRAZ HAKKINI KULLANMASI

1. Genel Olarak

Kural olarak, işyeri devrinde iş sözleşmesinin işveren tarafı kendiliğinden değişmektedir. Bununla birlikte TTK m.178'de daha önce mevzuatımızda mevcut olmayan bir hak düzenlenmiş ve işçiye itiraz hakkı tanınmıştır. Böylelikle, işçinin itiraz hakkını kullanması, iş sözleşmesinin işveren tarafının kendiliğinden değişmesinin istisnasını oluşturmaktadır. TTK m.178 uyarınca, “*Tam veya kısmi bölünmede, işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçer*⁵¹. *İşçi itiraz ederse, hizmet sözleşmesi kanuni iş-ten çıkarma süresinin sonunda sona erer; devralan ve işçi o tarihe kadar sözleşmeyi yerine getirmekle yükümlüdür*” (f.1-2)⁵². TTK m.178 ile getirilen bu hak, özü itibariyle yerindedir. Zira yapılan düzenlemenin sonucunda işçi, devralan işverenle çalışmaya mecbur bırakılmamakta, işçinin işverenini seçme özgürlüğü korunmaya çalışılmakta ve belki de ödeme güçsüzlüğü içerisindeki bir işveren ile çalışmak zorunda bırakılmamaktadır⁵³. Yeri gelmişken

belirtmek gerekir ki, işçiye işyeri devri nedeniyle iş sözleşmesinin devralan işverene geçmesine itiraz hakkı tanınması, iş ilişkisinin geçişinin işçinin rızasına bağlı olması sonucunu doğurmaz. Ayrıca kanaatimizce bu durum İşK. m.6'da da olduğu gibi, iş ilişkisinin devralan işverene otomatik geçişini de engellemez⁵⁴.

TTK m.178'e kaynaklık eden Avrupa Birliği'nin 2001/23 sayılı Direktifinde işçiye itiraz hakkı tanınması ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Direktif'te itiraz hakkına yer verilmemiş olması, itiraz hakkının dışlandığı anlamına gelmez. Ancak Adalet Divanı'nın kararlarında işçiye itiraz hakkı tanınması ile ilgili ifadeler yer verilmektedir. *Katsikas* kararında işyeri devri durumunda iş ilişkisinin geçişi halinde işçinin itiraz hakkı sorunu ile karşılaşılmıştır⁵⁵. Divan, her ne kadar Direktif'te işçiye itiraz hakkına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemişse de, Direktif'in işçiye işyerinin devri halinde devralan işverenle sözleşmeyi devam ettirme yükümlülüğü altına sokmadığı ifade etmiştir⁵⁶. Dolayısıyla m.3/1 hükmünden işçinin iş ilişkisinin devralan işverene geçmesine itiraz etmesi imkanının bulunmadığı ya da bunun Direktif koruması kapsamında olmadığı anlamı çıkmamaktadır.

açısından haklı nedenle derhal fesih hakkının olduğu yönünde bkz. Yarg. HGK 01.03.2006, E.2006/9-51 K.2006/27), İş Kanunu ve Yargıtay Uygulaması I, s.405-407.

⁵¹ TTK m.178'de külli halefiyet ilkesinin benimsendiğini görmekteyiz. Yani devri yapılan işyerindeki tüm iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte bir kül halinde tek bir hukuki işlemle başka bir kişiye geçmektedir. Belirtmek gerekir ki külli halefiyet sadece kanunda açıkça öngörülen hallerde söz konusu olmaktadır.

⁵² TTK m.158 (birleşme) ve m.190 (tür değiştirme) hükümlerinde de m.178'e atıfta bulunulmuştur. Dolayısıyla birleşme ve tür değiştirmede de işçinin itiraz hakkının var olduğunu ifade etmek gerekir. Bu yönde görüş için bkz. **Kaplan Senyen**, E. Tuncay (2013), “İşyeri Devrinin, Türk Ticaret Kanunu m.178 ve İş Kanunu m.6 Hükümleri Çerçevesinde İş İlişkilerine Etkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart, s.27.

⁵³ Benzer şekilde bkz. **Alp**, s.61; **Senyen Kaplan**, s.27. İsviçre hukukunda da maddenin düzenleniş amacı benzer gerekçelerle açıklanmaktadır. **Stahelin**, Adrian, in *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band Obligationenrecht, Teilband V 2c, der Arbeitsvertrag, Art.319-362, 3.Auflage, Zürich, 1996, Art.333, kn.13.*

⁵⁴ Aksi yönde bkz. **Süzek**, 2013, s.327; **Alp**, s.61.

⁵⁵ Karar için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:61991CJ0132>, (e.t.01.12.2021). Ayrıca karar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Özkaraca**, s.184; **Astarlı**, s.71-72.

⁵⁶ ATAD, 16.12.1992, 132/91, *Katsikas-Konstantinidis*, parag. 31-33.

İtiraz hakkına ilişkin Alman ve İsviçre hukuklarında da düzenlemeler bulunmaktadır. §613a BGB'ye göre, işveren tarafından yapılan bilgilenme neticesinde işçi, bir ay içerisinde yazılı olarak iş ilişkisinin devralan işverene geçişine itiraz edebilir ve bu itirazı devralan ya da devreden işverene karşı yapabilir^{57, 58}. İsviçre Borçlar Kanunu §333'de de işyeri devri durumunda işçilere itiraz hakkı tanınmıştır. İşçiye tanınan itiraz hakkı, yenilik doğuran bir hakkın kullanımınıdır⁵⁹. Buna göre işçi, şarta bağlı olmaksızın itiraz hakkını kullanabilir. Ayrıca işçi, itiraz için bir neden göstermek zorunda değildir⁶⁰, sadece itiraz hakkını kullandığının anlaşılması yeterlidir⁶¹. İtiraz hakkı sahibi olanlar, yapısal değişiklik durumundan etkilenen işçilerdir⁶². Zaten yapısal değişiklikten etkilenmeyen işçi için işyeri devri

söz konusu olmadığı için bu işçilerin itiraz hakkı da olmayacaktır.

Kanunda itiraz hakkının hangi süre içerisinde ve kime karşı kullanılacağı belirtilmemiştir⁶³. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, işçi devri öğrendiği andan itibaren dürüstlük kuralına uygun makul bir süre içerisinde itiraz hakkını devreden veya devralan işverene karşı kullanmalıdır⁶⁴. Başka bir görüşe göre de, daha uzun bir süre tanınmanın gerekli olmadığı hallerde İşK. m.22'de öngörülen altı işgünlük süre kıyasen burada da uygulanmalıdır⁶⁵. Bir diğer görüşe göre ise, İsviçre yargı kararlarında⁶⁶ ve §613a/6 BGB'de düzenlenen bir aylık süre itiraz hakkının kullanımına daha uygun düşer⁶⁷. İleri sürülen görüşlerden anlaşıldığı üzere, işçiye işyeri devrini öğrenmesinden sonra düşünme ve değerlendirme yapmak için bir süresi tanınmalıdır⁶⁸.

⁵⁷ Türk Ticaret Kanunu'nda işçinin işveren tarafından bilgilendirilmesine yer verilmemiştir. Ancak işçinin itiraz hakkını kullanabilmesi için bilgilendirilmesi önem arz etmektedir. İşçi bilgilendirildikten sonra ancak itiraz hakkını kullanabilmelidir. Benzer açıklamalar için bkz. **Senyen Kaplan**, s.27. Yazara göre işverenin işçiyi bilgilendirmesi yükümlülüğü, işçiyi koruma borcunun bir sonucudur. Ayrıca bkz. **Albayrak Zincirlioğlu**, s.31. İşverenin devri hakkında işçiyi bilgilendirme yükümlülüğü ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. **Astarlı**, Muhittin (2013), "Karşılaştırmalı Hukuk İşçisinde İşyeri Devrinde İşverenin İşçiyi Bilgilendirme Yükümlülüğü", TBB Dergisi, S.104, s.149 vd.; **Kayık Aydınalp**, s.111 vd.

⁵⁸ İlgili düzenleme 01.04.2002 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Ancak belirtilen tarihten önce de Alman Federal İş Mahkemesinin işyeri devri halinde işçiye iş ilişkisinin devralan işverene geçişine itiraz hakkı olduğu kabul edilmiştir. Bu yönde bir karar için bkz. BAG 02.10.1974, 5 AZR 504/73; BAG 22.04.1993, 2 AZR 50/92. Alman hukukunda işçiye itiraz hakkı tanınmasının gerekçesi olarak, işçinin bir meta olmadığı ve kendi iradesi dışında başka bir işverene karşı iş görme borcu altına girmesinin insan onuruna ve çalışma özgürlüğüne aykırı olduğu ifade edilmiştir. Bkz. **ErfK/Preis**, Rn. 98-99. Ayrıca bkz. **MüKoBGB/Müller-Glöge**, 8. Aufl. 2020, BGB § 613a Rn.115.

⁵⁹ **ErfK/Preis**, Rn. 96-97; **MüKoBGB/Müller-Glöge**, Rn.115. Ayrıca Kanunda sadece işçiye itiraz hakkı tanınmıştır, devralan işverenin herhangi bir işçinin iş sözleşmesinin kendisine geçişine itiraz hakkı bulunmamaktadır. Aynı yönde bkz. **Alp**, s.61.

⁶⁰ İşçinin itiraz hakkını kullanırken geçerli bir neden sunmamasının tek başına hakkın kötüye kullanımı olarak kabul edilmediği Alman Federal İş Mahkemesi kararı için bkz. BAG 19.02.2009, 8 AZR 176/08, NZA 2009, s.1905. Ayrıca bkz. **Astarlı**, s.90; **Demir**, s.1730.

⁶¹ **Alp**, s.61; **Astarlı**, s.90; **Demir**, s.1730. Ayrıca bkz. **Staehelein**, Art.333, kn.13.

⁶² **Kayık Aydınalp**, s.144.

⁶³ İsviçre hukukundaki görüşler için bkz. **Astarlı**, s.73. Ayrıca bkz. **Uçarol**, Fatma Bengü (2017), İşyeri Devrinin İş Sözleşmesine Etkisi, Seçkin, Ankara, s.107 vd.

⁶⁴ **Süzek**, s.212; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s.158; **Süzek**, 2013, s.327-328; **Astarlı**, s.90; **Demir**, s.659; **Özkaraca**, 2012, s.129-130; **Karaman**, M. Halis (2019), "Birişme, Bölünme, Tür Değiştirme ve İşletme Devrinde İşçiyi Koruyan Hükümler ve İş Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Sicil İHD, S.41, s.116. Ayrıca bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s.165.

⁶⁵ **Alp**, s.63. İşK. m.22'deki altı işgünlük sürenin işçinin devri öğrenmesi, değerlendirmesi ve karar vermesi açısından yeterli olmayacağı yönünde bkz. **Astarlı**, s.91.

⁶⁶ Belirtmek gerekir ki, İsviçre Borçlar Kanunu §333'de de itiraz süresine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

⁶⁷ **Astarlı**, s.92. Kayık Aydınalp'e göre, işe iade davası açma süresi olan bir aylık süre itiraz hakkının kullanma süresi olarak kabul edilebilir. Bkz. **Kayık Aydınalp**, s.150.

⁶⁸ **Senyen Kaplan**, s.27.

Hukukumuzda işçinin işyeri devri dolayısıyla işveren tarafından bilgilendirilmesine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır⁶⁹. Alman hukukunda §613a/6 BGB'de işverenin devir ve sonuçları hakkındaki yazılı bildirimının işçiye ulaşmasını takip eden bir ay içinde işçi devre itiraz edebilmektedir⁷⁰. Hukukumuzda da işçilere işyeri devri hakkında bilgi verildikten sonra işçilere itiraz hakkını kullanmak için makul bir süre tanınması gerektiği söylenebilir⁷¹. İşçi itiraz hakkını süresi içinde kullanmaz ya da bu süreyi susarak geçirirse, bu durum, devri zımni olarak kabul ettiği anlamına gelmektedir⁷².

İtiraz hakkının kullanım şekline yönelik de bir düzenleme olmadığından, işçi yazılı ya da sözlü olarak itiraz hakkını kullanabilmelidir⁷³. Ancak elbette ispat kolaylığı açısından itirazın yazılı yapılmasında fayda vardır⁷⁴. Ek olarak, itiraz hakkının kime karşı kullanılacağı da mevzuatımızda düzenlenmemiştir. Alman hukukunda işçi ister devreden isterse de devralan işverene karşı itiraz hakkını

kullanabilmektedir (§613a/5 BGB). Kanaatimizce Türk hukuku açısından da işçi devreden veya devralan işverene karşı bu hakkını kullanabilmelidir⁷⁵. İşçiye bu şekilde bir imkân tanınması, işçi lehine bir durum oluşturur.

2. İtiraz Hakkının Kullanılmasının Sonuçları

Türk Ticaret Kanunu kapsamında işçiye tanınan itiraz hakkının kullanımının İş Hukuku açısından farklı sonuçları vardır. Öncelikle maddede *kanuni işten çıkarma süresinin sonunda sona ereceği* ifadesine yer verilmiştir⁷⁶. Kanundaki ifadesiyle işçi itiraz hakkını kullandığı takdirde, iş sözleşmesi kanuni işten çıkarma süresinin bitiminde sona erer. Görüldüğü üzere bu durumda iş ilişkisinin devreden işveren ile devam etmesi değil, iş sözleşmesinin sona ermesi söz konusudur⁷⁷. Ancak, ilgili düzenlemeden sona erme biçiminin, İş Kanunu düzenlemeleri kapsamında bu sona ermenin hukuki niteliğinin ne olduğu tam olarak anlaşılammamaktadır.

⁶⁹ Bkz. **Alp**, s.62.

⁷⁰ Eğer işveren işyeri devri gerçekleştikten sonra işçiyi devir hakkında bilgilendiriyorsa, işçinin itiraz hakkını kullanma süresi yine bu tarihten sonra başlayacaktır. Bkz. **Willemssen**, Heinz Josef/**Lembke** Mark (2002) "Die Neuregelung von Unterrichtung und Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer beim Betriebsübergang", Neue Juristische Wochenschrift, Heft16, s.1160.

⁷¹ **Alp**, s.62.

⁷² **Alp**, s.33. Ayrıca belirtmek gerekir ki, işçinin itiraz hakkı işyeri devri durumunda ortaya çıktığından iş sözleşmesi yapılırken önceden itiraz hakkından vazgeçtiği şekilde hüküm konması geçerli değildir. Bkz. **Astarlı**, s.93; **Albayrak Zincirlioğlu**, s.33.

⁷³ **Alp**, s.63; **Senyen Kaplan**, s.27; **Astarlı**, s.90; **Albayrak Zincirlioğlu**, s.33; **Kayık Aydınalp**, s.150. k

⁷⁴ Alman hukukunda işçi itiraz hakkını yazılı olarak kullanmak zorundadır (§613a/6). Bkz. **ErfK/Preis**, Rn. 98-99; **MüKoBGB/Müller-Glöge**, Rn.117. Ancak İsviçre Borçlar Kanunu'nda itirazın şekline ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

⁷⁵ Alp, bu konuda birden fazla öneride bulunmuştur. İlk önerisi, itirazın her iki işverene karşı yöneltilmesidir. Ancak yazar bunun her zaman mümkün olmayacağını, bu yüzden

de iş ilişkisi hangi işveren ile sona erecekse, o işverene karşı yöneltilmesini önermektedir. İkinci bir çözüm ise, devreden işverene yapılan itiraz yeterli görülmemelidir, çünkü işçinin tanıdığı işveren odur. Son olarak da, bizim de ifade ettiğimiz gibi, Alman hukukundaki sistem kabul edilip işçinin istediği işverene karşı itiraz hakkını kullanması yeterli görülmemelidir. Bkz. s.63.

⁷⁶ Belirtmek gerekir ki, burada bir tercüme hatası mevcuttur. Zira ifade İsviçre Borçlar Kanunu §333/3'ten çevrilmiştir. Maddenin orijinal şekli şöyledir: "*Bei Ablehnung des Überganges wird das Arbeitsverhältnis auf den Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist aufgelöst; ...*". Maddenin Türkçe çevirisi ise şu şekilde olmalıdır: "*İşçinin devre itiraz durumunda iş ilişkisi kanuni fesih bildirim süresinin sonunda sona erer*". Ayrıca ifade hakkındaki eleştirisi için bkz. **Ekmekçi/Yiğit**, s.234-235. Benzer şekilde, Türk Ticaret Kanunundaki bu düzenlemenin, iş hukukuna yabancı ifadeler içermesi ve özellikle iş hukukunda kanuni işten çıkarma süresi diye bir kavram olmamasından hareketle düzenlemenin eleştirisi için bkz. **Güven**, Ercan/**Aydın**, Ufuk, (2020) Bireysel İş Hukuku, 6. Baskı, Nisan, İstanbul, s.90-91.

⁷⁷ **Astarlı**, s.94.

Kanaatimizce ifadeden anlaşılması gereken, İşK. m.17'de düzenlenmiş olan iki ilâ sekiz haftalık bildirim sürelerinin sonunda iş sözleşmesinin sona ermesidir⁷⁸. Aslında burada kanun koyucunun amacı itiraz hakkının kullanımını bir fesih şeklinde nitelendirmek değil, sözleşmenin sona erme zamanını tespit etmektir. Bildirim süresinin başlangıcı, itirazın işverene ulaşması olarak kabul edilmelidir⁷⁹.

Ancak vardığımız kanaat, belirsiz süreli sözleşmeler açısından bir sorun teşkil etmezken; belirli süreli sözleşmeler açısından üzerinde durulmayı gerektirmektedir⁸⁰. Bilindiği gibi, sadece belirsiz süreli iş sözleşmeleri fesih bildirim ile sona erdirilebilmektedir. TTK m.178'de sözleşme türleri arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır. İsviçre hukukunda da belirli süreli sözleşmelerin varlığı halinde sözleşmenin yine kanuni fesih bildirim süresi sonunda sona ereceği kabul edilmektedir. Anılan kabul, maddenin amacına da uygundur⁸¹. Aksi halde, belirli sürenin dolmasının beklenmesi durumunda, işçiye itiraz hakkı tanınmanın bir anlamı kalmaz. Tabii olarak belirli süreli iş sözleşmelerinde sözleşmenin süresi, kanuni bildirim süresinden daha önce

bitiyorsa, bu durumda sözleşme süresinin bitiminde sona erer⁸².

Alman hukukunda, işçi itiraz hakkını kullandığında, iş ilişkisi devralan işverene geçmemekte ve devreden işverende kalmaktadır⁸³. Hukukumuz açısından da işçiye devreden işveren yanında çalışmaya devam etme imkânı tanınmalıdır. İşçiye itiraz hakkı tanınırken, işçi işini doğrudan kaybetmemeli ancak eğer çalışma imkânı da mevcut değilse, işçi tarafından haklı nedenle derhal fesih yapılmış gibi kabul edilmelidir, ki işçi kıdem tazminatını alabilsin⁸⁴. Çünkü işçi itiraz hakkını kullanırken sözleşmenin feshedilmesi yönünde bir irade ortaya koymamaktadır.

Maddede de ifade edildiği üzere, işçi itiraz hakkını kullansa bile *hizmet sözleşmesi kanuni işten çıkarma süresinin sonunda sona erer; devralan ve işçi o tarihe kadar sözleşmeyi yerine getirmekle yükümlüdür*. Dolayısıyla sona erdiği tarihe kadar işçi devralan işverene karşı iş görme borcunu yerine getirmek, devralan işveren de işçinin iş görme edimini kabul etmekle yükümlüdür. Bunun bir sonucu olarak, işçi iş görme borcunu hiç ya da gereği gibi

⁷⁸ İsviçre hukukunda iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesinde bildirim sürelerinin arttırılmış olması durumu değiştirmemektedir. Bkz. **Staehelein**, Art.333, kn. 14. Hukukumuz açısından aynı görüşü savunan yazarlar için bkz. s.328; **Süzek**, s.213; **Senyen Kaplan**, s.28; **Alpagut**, s.196; **Alp**, s.63; **Astarlı**, s.213; **Özkaraca**, 2012, s.132. Ayrıca İsviçre hukukunda ileri sürülen görüşlerden birine göre, iş sözleşmesinin sona ereceği kanuni bildirim süresi işyeri devrinden önceye denk geliyorsa, bu durumda bildirim süresinin sonunda değil işyeri devri tarihinde sona ermelidir. Çünkü işçi itiraz hakkını kullanırken devreden işveren ile mevcut iş ilişkisini sona erdirmek istememekte sadece devralan işveren ile çalışmak istememektedir. Bkz. **Portmann**, Wolfgang (2007) Kommentar zum Zehnten Titel des Schweizerischen Obligationenrechts: Der Arbeitsvertrag, Art. 319 – 362 OR, neu bearbeitete und stark erweiterte Auflage, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (Hrsg.): Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 4. Auflage, Verlag Helbing Lichtenhahn, Basel, s.1495.

Süzek, s.213. Belirli süreli iş sözleşmelerinin fesih bildirim yoluyla sona erdirilmesi mümkün olmadığından Yazara

göre, bu tür sözleşmeler söz konusu olduğunda en geç yasal bildirim süresinin dolmasıyla iş ilişkisinin sona erdiğinin kabul edilmesi gerekir. Aksi halde, gereğinden fazla uzun süreli belirli süreli sözleşmelerde sürenin bitmesinin beklemek, işçiye sağlanan itiraz hakkının kullanılmasını pratik olarak bir anlamı olmayacaktır.

⁷⁹ **Alp**, s.64.

⁸⁰ Belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmeleri açısından herhangi bir farklılık olmadığı yönünde bkz. **Senyen Kaplan**, s.28; **Astarlı**, s.95.

⁸¹ Bu yönde bkz. **Alp**, s.64.

⁸² **Alpagut**, s.196-197; **Alp**, s.64; **Süzek**, s.213; **Astarlı**, s.95; **Kayık Aydınalp**, s.161. Ayrıca yazara göre, devralan işveren iş sözleşmesinin süresinin sonuna kadar devam ettirmek yerine İşK. m.7'deki peşin ödeme ile sözleşmenin sona erdirilmesi yoluna gidebilir. Bkz. s.65.

⁸³ Bu yönde Alman Federal İş Mahkemesi kararı için bkz. BAG 13.07.2006, 8 AZR 305/05, NZA 2006, s.1268.

⁸⁴ **Özkaraca**, s.193.

yerine getirmese, İşK. m.25 uyarınca haklı nedenle derhal fesih ile karşılaşılabılır. Bununla birlikte devralan işveren işçinin iş görme edimini kabulden kaçınırsa, TBK m.408 uyarınca alacaklının temerrüdü hükümleri kapsamında talepte bulunabilir.

V. TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞME VE BÖLÜNMELEİNDE İŞVERENLERİN İŞÇİ ALACAKLARINDAN SORUMLULUĞU

A. KIDEME BAĞLI HAKLAR AÇISINDAN HESAPLAMA

İşyeri devri durumunda işçinin haklarının korunmasının yollarından birisi, kıdeme bağlı hakları hesaplanırken hizmet süresinin tamamının göz önünde bulundurulmasıdır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda buna ilişkin ayrı bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak İşK. m.6/4'deki ifadede de anlaşıldığı üzere, maddedeki sadece müteselsil sorumluluğa ilişkin fıkra ticaret şirketlerin yapısal değişiklikleri yoluyla işyeri devrinde değil, bunun dışındaki durumlarda da uygulama alanı bulur. İşK. m.6/2 uyarınca, işçinin hizmet süresinin esas

alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapılacağından, ihbar tazminatı, kıdem tazminatı, yıllık izin ücreti gibi haklarda işçinin kıdemi devreden işverenin yanında işe girdiği tarihten, devralan işverenin yanında söz konusu hakları elde ettiği tarihe kadar olan sürenin toplamı üzerinden hesaplanır⁸⁵. Dolayısıyla devralan işveren, hizmet süresinin dikkate alındığı haklar açısından devreden işverenin yanında çalışılan süreleri de göz önünde bulundurmaya zorundadır. Zaten belirtilen yükümlülük işyeri devri ile işyerinde mevcut iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçları ile devralan işverene geçmesinin bir gereğidir⁸⁶.

B. DEVREDEN VE DEVRALAN İŞVERENLERİN SORUMLULUĞU

1. Genel Olarak

İşyeri devri durumunda işçiye iş güvencesi sağlanması, işçiler açısından oldukça önemlidir⁸⁷. Bu nedenle işyeri devrinde mevcut iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralan işverene geçmekte ve devralan işveren açısından işyeri devri tek başına fesih nedeni olarak kabul edilmemektedir⁸⁸. Ancak belirtilen kural, tek başına işçinin

⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Süzek**, s.205; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s.154-155; **Ekmekçi/Yiğit**, s.221-222; **Uşan**, M. Fatih/**Erdoğan**, Canan (2021) İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, s.70. 1475 sayılı İşK. m.14/2 uyarınca kıdem tazminatı hesabında davacı işçinin her iki dönem halindeki hizmetlerinin birleştirilerek sonuca gidilmesi gerektiği yönünde bkz. Yarg. 9.HD. 15.02.2005, E.2004/12339 K.2005/4341, www.legalbank.com, e.t.02.10.2021. Başka bir Yargıtay kararında ise, "...İşyeri devri halinde kıdem tazminatı bakımından devreden işveren kendi dönemi ve devir tarihindeki son ücreti ile sınırlı olmak üzere sorumludur. 4857 sayılı Kanun'un 120. maddesi uyarınca yürürlüğe devam eden 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14/2. Maddesinde devreden işverenin sorumluluğu bakımından bir süre öngörülmediğinden, 4857 sayılı Kanun'un 6. maddesinde sözü edilen devreden işveren için iki yıllık süre sınırlaması, kıdem tazminatı bakımından söz konusu olmaz. O halde kıdem tazminatı işyeri devri öncesi ve sonrasında geçen sürenin tamamı için hesaplanmalı, ancak devreden işveren

veya işverenler bakımından kendi dönemleri ve devir tarihindeki ücret ile sınırlı sorumluluk belirlenmelidir." ifadelerine yer verilmiştir. Bkz. Yarg. 22.HD. 26.03.2013, 4716/6304, www.legalbank.com, (e.t.02.12.2021).

⁸⁶ **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s.155.

⁸⁷ **Güzel**, s.420 vd.

⁸⁸ **Süzek**, s.206; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s.157; **Sümer**, s.26; **Uşan/Erdoğan**, s.70. İşyeri devrinin tarafların fesih iradelerine etkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Tatar**, Gülsüm (2016) "İşyeri Devrinin Tarafların Fesih Hakkına Etkisi", KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, s.255 vd.; **Süzek**, 2013, s.320-322. "İşyeri devri fesih niteliğinde olmadığında, devir sebebiyle feshe bağlı hakların istenmesi mümkün olmaz. Aynı şekilde işyeri devri kural olarak işçiye haklı fesih imkânı vermez", bkz. Yarg. 9.HD. 09.01.2019, E.2015/28049 K.2019/415; Yarg. 9.HD. 19.03.2012, E.2011/565

güvencede olması için yeterli değildir. Bunun için işçinin alacakları ve kıdeminin hesaplanması noktasında da işçiye güvence sağlanmalıdır. Bu gerekçe ile İşK. m.6 ve TTK m.178'de devreden ve devralan işverenin işçi alacaklarından sorumluluğuna ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir.

İş Kanunu açısından işyeri devri durumunda sorumluluk, Kanun m.6'da düzenlenmektedir. İşK. m.6/1 uyarınca, “İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer”. Dolayısıyla devralan işveren işçiye karşı sadece kendi döneminde gerçekleşen haklardan değil, devreden işveren dönemindeki çalışmasından kaynaklanan haklardan da sorumludur⁸⁹. Bunun bir sonucu olarak devralan işveren kendisine devrolunan iş ilişkisinden kaynaklanan tüm borçların yükümlüsü olurken, hakların da alacaklısı konumuna geçmektedir⁹⁰. Ancak İşK. m.6/4 uyarınca, *tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz*. Fıkra da belirtilen durumlarda devrolunan şirketin tüzel kişiliği sona ermektedir ve bu durumda işçi alacaklarından müteselsil sorumluluk mümkün olmamaktadır⁹¹. Belirtmek gerekir ki, TTK m.178 ile İşK. m.6'dan farklı bir düzenleme getirilmiştir. Her ne kadar TTK m.178'de de müteselsil sorumluluğa yer verilse de, buradaki sorumluluğun uygulama alanı bakımından görüldüğünden daha dar olduğunu söylemeliyiz. Zira birleşme ve

tam bölünmede katılan ve bölünen şirket infisah ettiğinden eski işveren bulunmamaktadır. Sadece kısmi bölünmede şirketin kalan bölümü varlığını sürdürdüğünden eski işveren bulunmakta ve müteselsil sorumluluk söz konusu olabilmektedir⁹². Bu arada şahıs şirketlerinde müteselsil sorumluluğun uygulama alanı daha geniştir. TTK m.178/6 uyarınca, “Devreden şirketin bölünmeden önce şirket borçlarından dolayı sorumlu olan ortakları, hizmet sözleşmesinden doğan ve intikal gününe kadar muaccel olan borçlarla, hizmet sözleşmesi normal olarak sona ermiş olsaydı muaccel hâle gelecek olan veya işçinin itirazı sebebiyle hizmet sözleşmesinin sona erdiği ana kadar doğacak olan borçlardan müteselsilen sorumlu olmakta devam ederler”. Ortakların sorumlulukları için yeni şirkette de ortak olmaya devam etmelerinin bir önemi yoktur⁹³.

2. Devralan İşverenin Sorumluluğu

Ticaret şirketlerinin birleşme ve bölünmesinde işçi alacaklarından sorumluluk halinde İşK. m.6 değil, TTK m.178 uygulama alanı bulur. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, TTK m.178'deki müteselsil sorumluluk hali İşK. m.6'dan farklıdır. TTK m.178'e göre, “Eski işveren ile devralan, işçinin bölünmeden evvel muaccel olmuş alacakları ile hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği veya işçinin itirazı sebebiyle sona erdiği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklarından müteselsilen sorumludur”. Maddenin lafzından anlaşıldığı üzere, devralan işveren devir tarihinden önce ve sonra doğmuş tüm alacaklardan sorumludur. Hatta işçi kendisine karşı itiraz hakkını kullansa bile devralan

K.2012/8730, www.legalbank.com, e.t.20.10.2021. Benzer yönde bkz. Yarg. 22.HD 26.02.2013, E.2012/14953 K.2013/3825; Yarg. HGK 13.06.2018, E.2015/22-2383 K.2018/1197, **Uşan/Erdoğan/Erdoğan**, s.69. İşverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerle veya iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı hallerde sözleşmenin sona erdirilebileceği yönünde bkz. **Uşan/Erdoğan/Erdoğan**, s.68.

⁸⁹ **Özkaraca**, s.333.

⁹⁰ **Özkaraca**, s.333.

⁹¹ **Özkaraca**, s.357.

⁹² **Alp**, s.68; **Senyen Kaplan**, s.29; **Astarlı**, s.99; **Albayrak Zincirlioğlu**, s.25.

⁹³ **Alp**, s.68; **Astarlı**, s.100; **Albayrak Zincirlioğlu**, s.36.

işveren yine tüm alacaklardan sorumlu hale getirilmiştir⁹⁴. Başka bir anlatımla eski işveren ile devralan işveren üç alacak kaleminden müteselsilen sorumludur. Bu kalemler, işçinin bölünmeden/birleşmeden evvel muaccel olmuş alacakları, iş sözleşmesinin normal olarak sona ereceği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacakları ve işçinin itiraz hakkını kullanması nedeniyle sona erdiği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacakları şeklinde belirtilebilir.

TTK m.178/3'te düzenlenen müteselsil sorumluluk hükmü ticaret şirketlerinin birleşmesi durumunda uygulanamaz. Zira hem devralma yoluyla birleşme hem de yeni kuruluş yoluyla birleşmede devreden işveren sona ermektedir. Dolayısıyla bu durumda müteselsil sorumluluk hükümlerinin başvurma imkânı bulunmamaktadır⁹⁵. Bunun sonucu olarak, ticaret şirketlerinin birleşmesi halinde, işçinin tüm alacaklarından devralan işveren tek başına sorumludur. Belirtilen sonuç, tam bölünme durumunda da söz konusudur. Sermaye şirketlerinde iş sözleşmesinin tarafı tüzelkişiliğin kendisi olduğu için burada hükmün yorumlanmasında tüzelkişilikler ile sınırlı yorum yapılması gerektiği ifade edilebilir.

Yukarıda belirtilen hususlar devir anında işyerinde mevcut olan iş sözleşmelerine ilişkin sorumlulukla ilgiliydi. Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus da, devirden önce sona ermiş iş sözleşmelerinden de sorumluluğun söz konusu olup olmadığıdır. Kanun maddesi dikkate alındığında, devirden önce sona ermiş iş sözleşmelerinden doğan işçilik alacaklarından devralan işverenin herhangi bir sorumluluğu bulunmadığı

anlaşılmaktadır. Ancak bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, devir tarihinden önce ya da devir tarihinde sona ermiş olan iş sözleşmeleri açısından feshe bağlı haklar sözkonusu olacak ve bu haklardan devralan işverenin de sorumluluğu gündeme gelecektir⁹⁶. Özü itibarıyla bakıldığında, maddede *devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar*, ifadelerine yer verilmiştir. Örneğin işyeri devrinden üç yıl önce sona ermiş bir iş sözleşmesinden kaynaklanan alacakları işyeri devri tarihinde muaccel alacaklar kategorisinde yer alır. Ancak her ne kadar kanun maddesinin lafzına bakıldığında bu tür yanıltıcı bir yorum yapılabilse de, madde hakkında doğru bir değerlendirme yapabilmek için maddenin bütününe bakmak icap eder. Zira maddenin ilk fıkrasında *devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçeceği*, ikinci fıkrasında ise *devralan işverenin, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır*. Üçüncü fıkrayı ilk iki fıkra ile birlikte değerlendirecek olursa, devralan işverenin sorumluluğu devri tarihinde kendisine geçen işçilerin muaccel olan alacaklarından sorumludur⁹⁷. Dolayısıyla artık devir tarihinden önce sona ermiş alacaklar için devralan işverene başvurulamaz. ATAD Wendelboe kararında da, üye devletlerin devralan işverenin devirden önce sona ermiş iş sözleşmelerinden sorumlu tutmak ile ilgili yükümlülüklerinin olmadığına yönelik ifadeler yer verilmiştir⁹⁸. Bu yönde verilmiş Yargıtay kararları da

⁹⁴ Alp, s.68.

⁹⁵ Alp, s.59; Özkaraca, 2012, s.148; Süzek, 2013, s.320; Kayık Aydınalp, s.258.

⁹⁶ Çankaya/Çil, s.190-191.

⁹⁷ Aynı yönde bkz. Özkaraca, s.340-341.

⁹⁸ ATAD 07.02.1985, 19/83, Wendelboe-Konkursboet L. J. Music Aps, parag.17.

bulunmaktadır. Yargıtay'a göre de, "...davalının, devirden önce sona ermiş iş sözleşmesinden kaynaklanan işçilik alacaklarından Borçlar Kanunu'nun 179. maddesi gereğince sorumlu tutulması gerektiği dikkate alınarak hüküm kurulmalıdır. Bu durumda, dosya kapsamından davacı işçinin iş sözleşmesinin işyeri devrinden önce sona erdiği anlaşılmalı 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesinin uygulanması mümkün değil ise de, fesih tarihinde yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanununun 179. maddesi uyarınca işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte devrinin sözü konusu olup olmadığının araştırılması gerekmektedir"^{99, 100}.

3. Devreden İşverenin Sorumluluğu

İşyerinin devri ile birlikte devreden işveren artık iş sözleşmesinin tarafı olmaktan çıkmaktadır. Ancak birçok hukuk sisteminde devreden işverenin iş sözleşmesinin tarafı olmaktan çıkması, onu işçi alacaklarına karşı tamamen sorumluluktan kurtarması şeklinde kabul edilmemiştir. Devir ile mevcut iş sözleşmelerinin tüm hak ve borçları ile birlikte devralan işverene geçeceği yönündeki güvencenin bir anlam ifade edebilmesi için devirden önce gerçekleşen hakların da güvence altına alınması gerekir¹⁰¹. Dolayısıyla, kıdem tazminatı hariç, devirden sonra doğmuş alacaklardan sorumluluğu bulunmamaktadır¹⁰². Bu alacaklar için devreden işveren tek başına sorumludur¹⁰³.

TTK m.178'e göre, "Eski işveren ile devralan, işçinin bölünmeden evvel muaccel olmuş alacakları ile hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği veya işçinin itirazı sebebiyle sona erdiği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklarından müteselsilen sorumludur"¹⁰⁴. Maddenin lafzından anlaşıldığı üzere, devreden işveren sadece devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken alacaklardan değil, hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği veya işçinin itirazı sebebiyle sona erdiği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklarından da devralan işveren ile birlikte müteselsilen sorumludur¹⁰⁴. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, maddedeki düzenlemeden anlaşılması gereken devirden önce doğmuş fakat devirden sonra sözleşmenin sona erme tarihine kadar muaccel olan alacaklardan devreden müteselsil sorumlu olmasıdır¹⁰⁵. Aksi halde, devirden sonra doğmuş alacaklardan devreden işveren sorumlu tutulmamalıdır. Buna göre devreden işveren, belirsiz süreli sözleşmelerde kanuni bildirim süresinin sonuna, belirli süreli sözleşmelerde de belirli sürenin sonuna kadar muaccel olacak alacaklardan, alacaklar devirden önce doğmuş olması koşuluyla müteselsil sorumludur. Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise, maddede borcun doğmasına ilişkin bir koşul öngörülmemiş olup muacceliyet kriteri esas alınmıştır¹⁰⁶. Ayrıca işçi itiraz hakkını kullanmasından sonra iş sözleşmesi sona erene kadar devralan işveren iş sözleşmesinin tarafı olduğu için devralan

⁹⁹ Yarg. 22.HD. 06.11.2017, 8860/24198. Benzer yönde bkz. Yarg. 22.HD. 04.05.2016, 9744/13401; Yarg.22.HD. 17.12.2013, 35458/29521, www.legalbank.com., (s.e.t.20.11.2021).

¹⁰⁰ Ancak biz bu çalışmada İşK. m.6 ve TTK m.178 uyarınca değerlendirme yaptığımız için anılan Kanun açısından değerlendirme yapmayacağız. Konu hakkında değerlendirme için bkz. **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca**, s.156.

¹⁰¹ **Özkaraca**, s.348; **Kayık Aydınalp**, s.74.

¹⁰² **Senyen Kaplan**, s.34; **Özkaraca**, Ercüment (2010), "İşyerini Devralan İşverenin İş Sözleşmeleri Devirden Önce Sona Eren İşçilerin Alacaklarından Sorumlu Olup Olmadığı Karar İncelemesi", Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, İstanbul, s.608; **Kayık Aydınalp**, s.74-75.

¹⁰³ **Süzek**, 2013, s.317; **Süzek**, s.204.

¹⁰⁴ **Alp**, s.69; **Astarlı**, s.100; **Albayrak Zincirlioğlu**, s.36.

¹⁰⁵ **Alp**, s.69-70.

¹⁰⁶ Bkz. **Özkaraca**, 2012, s.150; **Kayık Aydınalp**, s.271.

işveren de işçi alacaklarından sorumludur¹⁰⁷. Zikredilen görüşe göre, müteselsil sorumluluk için borcun devirden önce doğmuş olma koşulunun aranmaması işçinin daha lehinedir. Ancak kanaatimizce borcun işyeri devrinden önce doğmuş olmasının koşul olarak aranmaması, devreden işverenin sorumluluğu açısından müteselsil sorumluluğun kapsamını oldukça genişletmektedir. Bu nedenle devreden işveren devirden önce doğmuş fakat devirden sonra sözleşmenin sona erme tarihine kadar muaccel olan alacaklardan müteselsil sorumlu olmalıdır.

Ayrıca maddede “*normal olarak sona ermesi*”nden bahsedilmesi ifadesi doktrinde eleştirilmektedir¹⁰⁸. Zira belirli süreli sözleşmelerde normal sona erme, sözleşme süresinin dolması; belirsiz süreli sözleşmelerde sözleşmenin (fesih dışında) ölüm ile sona ermesidir¹⁰⁹. Ancak doktrinde İsviçre hukukundan da esinlenerek belirtildiği üzere, belirli süreli sözleşmelerde sözleşme süresinin sona ermesi; belirsiz süreli sözleşmelerde ise farazi bir süre tespit edilmelidir¹¹⁰. İşçinin itiraz hakkını kullanması durumunda da, kanuni fesih bildirim süresinin sonunda sözleşme sona erene kadar sorumluluk devam etmektedir.

TTK m.178’de İşK. m.6’dan farklı olarak müteselsil sorumluluk için süre sınırı öngörülmemiştir. Bu durumda işçi alacağı için devralan ya da devreden işverene başvurabilir. Ancak doktrinde haklı olarak eleştirildiği üzere, İşK. m.6’nın uygulama alanı bulduğu işyeri devrinde devreden işverenin sorumluluğu iki yıl ile sınırlandırıldığı için işçiler arasında fark oluşturulmaktadır¹¹¹.

C. KIDEM TAZMİNATINDAN SORUMLULUK

TTK m.178/3’te devreden işveren ile devralan işverenin müteselsil sorumlu olması için borcun devirden önce doğmuş olması bir koşul olarak aranmazsa, 1475 sayılı İşK. m.14/2 ile TTK m.178/3 arasında hangi normun uygulanacağı sorunu ortaya çıkar. Müteselsil sorumluluk açısından borcun devirden önce doğmuş olması bir koşul olarak aranmadığı takdirde, yukarıda İşK. m.6 ile TTK m.178 arasında yaptığımız özel kanun-genel kanun değerlendirmesi burada da geçerli olacaktır. Aynı şekilde 1475 sayılı İşK. ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu normlar hiyerarşisinde aynı sıralamada yer almaktadır. Dolayısıyla özel kanun-genel kanun ve önceki kanun-sonraki kanun değerlendirmesi yapılmalıdır. Öncelikle belirtilmelidir ki, Türk Ticaret Kanunu sonraki kanun niteliğindedir. Bununla birlikte TTK m.178’de kıdem tazminatına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ayrıca 1475 sayılı İşK. m.14’te kıdem tazminatı özel olarak düzenlendiğinden, şirketlerin yapısal değişiklikleri açısından da özel hüküm niteliğinde kabul edilebilir¹¹². Müteselsil sorumluluk için borcun devirden önce doğması bir koşul olarak arandığı durumda ise işçinin işyeri devrinden sonra kıdem tazminatına hak kazanma durumu ortaya çıkacağı için Türk Ticaret Kanunu m.178/3 hükmüne göre devreden işverenin

¹⁰⁷ Astarlı, s.100.

¹⁰⁸ Bkz. Özkaraca, 2012, s.148-149.

¹⁰⁹ Özkaraca, 2012, s.149.

¹¹⁰ Buradaki farazi süre tespiti şu şekilde yapılmaktadır: iş sözleşmesinin devir tarihinde sona erdirildiği kabul edilip sözleşme buna göre bildirim süresinin sonunda sona

ermektedir. Bu ihtimalde Kanunda kanuni fesih bildirim süresinden bahsedilmediği için taraflarca arttırılmış bildirim süreleri varsa bu göz önünde bulundurulmalıdır. Bkz. Alp, s.70; Özkaraca, 2012, s.149.

¹¹¹ Özkaraca, 2012, s.155.

¹¹² Alp, s.68; Özkaraca, 2012, s.154.

müteselsil sorumluluğu söz konusu olamaz; dolayısıyla 1475 sayılı İşK. m.14/2 uygulama alanı bulur¹¹³.

Kıdem tazminatından sorumluluk açısından da İşK. m.6 ya da TTK m.178 değil 1475 sayılı mülga İşK. m.14 uygulama alanı bulmaktadır. Zaten İşK. m.6 ya da TTK m.178 uygulanacak olsa, işyeri devri, iş sözleşmesini sona erdiren sebeplerden biri olmadığı için işçi devirle kıdem tazminatına hakkı kazanamayacak ve devreden işverenin sorumluluğundan da bahsedilemeyecektir. Aynı şekilde işyeri devri öncesinde kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde iş sözleşmesinin sona ermesi halinde de devralan işverenin sorumluluğu söz konusu olmaz.

1475 sayılı İşK. m.14 uyarınca, *12/7/1975 tarihinden, itibaren işyerinin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren sorumludur. Ancak, işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır. 12/7/1975 tarihinden evvel işyeri devrolmuş veya herhangi bir suretle el değiştirmişse devir mukavelesinde aksine bir hüküm yoksa işlemiş kıdem tazminatlarından yeni işveren sorumludur.* Görüldüğü gibi, işyeri devri neticesinde devralan işveren yanında çalışmaya başlayan işçinin iş sözleşmesi kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona ermişse, işlemiş olan kıdem tazminatından her iki işveren birlikte sorumlu

olacaktır. Ancak kanun koyucu devreden işverenin sorumluluğuna bir sınırlama getirmiştir. Buna göre, devreden işveren işçiyi çalıştırdığı süre ve devir tarihinde aldığı ücret ile sınırlı olarak sorumludur. Buna karşılık devralan işverenin sorumluluğu konusunda herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Yani devralan işveren kendi dönemindeki ve kendisinin ödediği ücret üzerinden hesaplanan kıdem tazminatını ödeyerek sorumluluktan kurtulamaz. Bunun sonucu olarak devralan işveren işçinin devirden önce devreden işveren ve kendisinin yanında çalıştığı tüm süre ve son ücreti üzerinden hesaplanan kıdem tazminatından sorumludur. Hesaplanan tüm kıdem tazminatını ödeyen devralan işveren daha sonra Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca devreden işverenden 1475 sayılı İşK. m.14/2 uyarınca sorumlu olduğu miktarın rücu edilmesini talep edebilir¹¹⁴.

Doktrinde belirtildiği üzere, işçi kıdem tazminatının tamamını devralan işverenden talep etmek zorunda olmayıp, kendi dönemi için devreden işverene başvurabilir¹¹⁵. Bu durumda devreden işveren işyeri devri neticesinde işçi alacaklarından İşK. m.6 uyarınca iki yıllık süre ile sınırlı olarak sorumlu olduğu yönünde bir savunma ileri süremez. Devreden işverenin sorumluluğunda, genel zamanaşımı süresi dışında başka özel bir süre sınırı bulunmamaktadır. Bu yönde verilen bir Yargıtay kararında da, *“1475 sayılı İş Kanunu'nun 14/2. Maddesinde*

¹¹³ **Özkaraca**, 2012, s.155. Yargıtay tarafından İşK. m.6 ile ilgili verilmiş bir karara göre, *“işyeri devri ya da işyerinin el değiştirmesi davacı işçinin ihbar ya da kıdem tazminatı istemesine hak kazandırmaz... ihbar ve kıdem tazminatı isteme koşulları gerçekleşmediğinden bu tazminatların reddine karar verilmelidir”*. Bkz. Yarg. 9. HD. 19.09.2001, 10057/14111. Benzer yönde bkz. Yarg. 9.HD. 08.05.2008, E.2007/17392 K.2008/11859, www.legalbank.com, e.t.03.10.2021. Bunun bir sonucu olarak, iş sözleşmesi devir ile birlikte devralan işverene geçecektir ve eğer devralan işveren döneminde ihbar sürelerine uyulmaksızın iş sözleşmesi sona erdirilirse, devralan işveren ihbar tazminatının tamamından sorumlu olacaktır. Bu yönde verilmiş bir Yargıtay kararına göre, *“Feshe bağlı diğer haklar olan*

ihbar tazminatı ve kullanılmayan izin ücretlerinden sorumluluk ise son işverene ait olmakla devreden işverenin bu işçilik alacaklarından sorumluluğu bulunmamaktadır. Devralan işveren ihbar tazminatı ile kullanılmayan izin ücretlerinden tek başına sorumludur”. Karar için bkz. Yarg. 9.HD. 14.06.2011, 23098/18032; Yarg. 9.HD. 16.01.2012, E.2009/34703 K.2012/150; Yarg. 9.HD. 11.04.2005, E.2004/23994 K.2005/12847, www.legalbank.com, e.t.03.10.2021.

¹¹⁴ **Özkaraca**, s.369.

¹¹⁵ **Özkaraca**, s.369.

devreden işverenin sorumluluğu bakımından bir süre öngörülmediğinden, 4857 sayılı Kanun'un 6. maddesinde sözü edilen devreden işveren için iki yıllık süre sınırlaması, kıdem tazminatı bakımından sözkonusu olmaz. O halde kıdem tazminatı işyeri devri öncesi ve sonrasında geçen sürenin tamamı için hesaplanmalı, ancak devreden işveren veya işverenler bakımından kendi dönemleri ve devir tarihindeki ücret ile sınırlı sorumluluk belirlenmelidir¹¹⁶.

Devreden ve devralan işverenlerin sorumlu olduğu kıdem tazminatı hesaplanırken her iki işverenin de yanında çalışılan süreler göz önünde bulundurulur. İlgili düzenleme emredici niteliktedir ve aksi işverenlerce kararlaştırılamaz¹¹⁷. Yani devreden ve devralan işveren, işçinin sadece kendi yanında çalıştığı süre ile sınırlı olarak kıdem tazminatından sorumlu olduklarına yönelik anlaşma yapamazlar¹¹⁸. Daha doğru bir deyişle, bu şekilde yapılan anlaşma, işçiye karşı öne sürülemez, taraflar arasında hüküm doğurur¹¹⁹.

Burada üzerinde durulması gereken bir husus da devreden ve devralan işverenin sorumluluklarının müteselsil sorumluluk niteliğinde olup

olmadığıdır. Doktrinde ileri sürülen görüşlerden biri, işverenler arasındaki sorumluluğu müteselsil sorumluluk olarak nitelendirirken¹²⁰; diğer bir görüşe göre ise müteselsil sorumluluk değildir¹²¹. Müteselsil sorumluluk durumunda, borçluların her birisi borcun tamamından sorumlu olmakta ve alacaklı borcun tamamı için alacaklılardan herhangi birine gidebilmektedir. 1475 sayılı İşK. m.14'te ise, işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır, ifadelerine yer verilmiştir. Dolayısıyla işçi kıdem tazminatı alacağı için devreden işverene başvuramaz¹²². Yargıtay uygulaması da devreden işverenin devir tarihinden sonraki hizmet süresi de dahil tüm süre üzerinden hesaplanacak kıdem tazminatının tamamından sorumlu olmayacağı yönündedir. Yargıtay'a göre, "...Kıdem tazminatından davalılar tüm çalışma süresine göre müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmuşlardır. Son işveren davalı Limited şirketin tüm süreden sorumlu tutulması doğru ise de; davalıların müşterek cevap layihalarında son işveren Limited şirketin işyerini 1995 yılında devraldığı

¹¹⁶ Yarg. 22. HD. 26.03.2013, 4716/6304, www.legalbank.com, e.t.01.10.2021.

¹¹⁷ **Özkaraca**, s.372.

¹¹⁸ **Özkaraca**, s.372-373.

¹¹⁹ Bu yönde verilmiş bir Yargıtay kararına göre, "...Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davacının çalıştığı işyerinin A.Ş. tarafından diğer davalı Şirkete devredildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, 1475 sayılı İş Kanununun 14/2. maddesi uyarınca işyerini devreden işveren, işçiyi çalıştırdığı süre ve devir esnasında işçinin aldığı ücretle sınırlı olmak üzere kıdem tazminatı ödemekle yükümlüdür. Yasada öngörülen bu sorumluluğun sözleşme ile ortadan kaldırılması da hukuken mümkün değildir..", bkz. Yarg. 9.HD. 08.12.1994, 13155/17394. Benzer bir kararda Yargıtay, "...İşyerini devralan dava dışı D.... Gıda Ltd. Şti. tarafından ödeneceği taahhüt edilen fazla mesai ve genel tatil alacaklarının ödenmemesi işçiye hizmet akdini 1475 sayılı İş Kanununun 16/II-d maddesi uyarınca fesih hakkı verir. Somut olayda davacı işçinin feshi bu madde kapsamında değerlendirilmelidir. Böyle olunca da kıdem tazminatı işçinin kabulü gerekir. İşyerini devreden işveren ile devir

alan işveren arasında yapılan protokol, davacının devreden işverenden kıdem tazminatı talep hakkını ortadan kaldıramaz.." ifadelerine yer verilmiştir. Bkz. Yarg. 9.HD. 10.04.2003, E.2002/20713 K.2003/5996, www.legalbank.com, e.t.01.10.2021.

¹²⁰ **Ekmekçi**, İşyeri Devri, s.30; **Köseoğlu**, s.63; **Özkaraca**, s.376. Ayrıca Hükümet tasarısının gerekçesinde de, "...İşyerinin devir veya intikali halinde hizmet akdinin devam edeceği ve eski ve yeni işverenlerin kıdem tazminatlarının ödenmesi bakımından işçilere karşı müteselsil sorumluluk altında olacaklarına dair hüküm getirilmiştir... İşverenlerin müteselsil sorumluluğu esası ise, yine işçinin korunması amacıyla yönelik olarak, kıdem tazminatı alabilmenin güvencesini teşkil edecektir..." ifadelerine yer verilmiştir. Gerçekçe metni için bkz. **Özkaraca**, s.374.

¹²¹ **Alpagut**, 2012, 2001, s.139.

¹²² **Özkaraca**, borcun bir kısmı açısından müteselsil sorumluluğun söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, devir öncesi hizmet süresine yönelik olan işlemiş kıdem tazminatı açısından müteselsil sorumluluğun söz konusu olduğunu belirlemektedir. Bkz. s.376.

*işyerini 1989-1992 yılları arasında Nedim Y.'un, 1992-1995 arasında ise Arif A.-Nedim Y. ortaklığı-
nın işlettiği savunulmuştur. İşyerinin hangi tarih-
lerde davalılardan hangisi tarafından işletildiği kesin
olarak belirlenmeli, devreden işverenlerin sorumlu-
luğu 1475 Sayılı Yasanın 14/2 maddesi gereğince de-
vir tarihindeki ücretlerine göre saptanmalı buna göre
önceki işverenlerin sorumluluk miktarlarına göre
aleyhlerine hüküm kurulmalıdır. Mahkemece bu
esaslara uyulmadan tüm çalışma süresinden davalı-
lardan Arif A. ve Nedim Y.'un da davalı şirketle bir-
likte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulma-
ları hatalıdır...¹²³. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Yar-
gıtay devreden ve devralan işveren arasındaki so-
rumluluğu müteselsil sorumluluk olarak nitelendir-
mektedir¹²⁴. Sonuç itibariyle, işçinin tüm kıdem ala-
cağı için devreden ve devralan işverenin müteselsil
sorumlu olduğunu söylemek mümkün değildir.
Ancak devirden önceki hizmet süresine ilişkin kı-
dem tazminatı hususunda her iki işveren de müte-
selsil sorumludur¹²⁵.*

D. İŞÇİNİN İTİRAZ HAKKINI KULLAN- MASI DURUMUNDA İŞÇİ ALACAKLARIN- DAN SORUMLULUK

Kanunda işçinin işyeri devrine itiraz etmesi durumunda işçi alacaklarının durumunun ne ola-
cağı yönünde bir düzenlemeye yer verilmemiştir.
Burada gerçek bir kanun boşluğu vardır¹²⁶. Dolayı-
sıyla söz konusu boşluğun kanun amacına uygun

bir şekilde hâkim tarafından doldurulması gerekir.
Buna göre işçi itiraz hakkını kullandığı için her-
hangi bir hak kaybı yaşamaması adına iş sözleşmesi
sona ermesi nedeniyle söz konusu işçilik alacakla-
rını alabilmelidir¹²⁷.

İtiraz hakkını kullandıktan sonra işçinin kı-
dem tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı hu-
susu üzerinde özel olarak durmak gerekir. TTK
m.178'de buna ilişkin bir düzenlemeye yer verilme-
miştir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, kıdem taz-
minatına hak kazanma koşulları 1475 sayılı İşK.
m.14'te sayılmıştır. İşçinin itiraz hakkını kullanması
sonucunda iş sözleşmesinin sona ermesinde işvere-
nin bir fesih iradesi olmadığından¹²⁸, mevzuat hü-
kümlerinin açıklığı karşısında, kıdem tazminatına
hak kazanılamaması icap eder. Ancak işçinin itiraz
hakkını kullanması, aslında açık bir fesih iradesi
(beyanı) değildir. İşçi hakkını kullanırken sadece
devralan işveren ile çalışmama iradesini ortaya koy-
maktadır. Dolayısıyla burada kanun gereği bir sona
erme durumu mevcuttur¹²⁹.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, bu-
rada kanun koyucunun bilinçli bir susması yok-
tur¹³⁰. Başka bir ifadeyle, kanun koyucu işçinin kı-
dem tazminatı almaması yönünde bir irade göster-
memektedir. Zaten kanun gerekçesinde de belirtildiği
üzere TTK m.178'in amacı, işçilere daha fazla
koruma sağlamak ve alacaklarını güvence altına al-
mak olarak belirtilmiştir. Tüm bu hususlar göz
önünde bulundurulduğunda, 1475 sayılı İşK.
m.14/2 kıyas yoluyla uygulanmalı ve işçiler kıdem

¹²³ Yarg. 9.HD. 21.05.2003, E.2002/26756 K.2003/8867; Benzer yönde bkz. Yarg. 9.HD. 05.06.2002, 1349/9501, www.legalbank.com, (e.t.02.12.2021).

¹²⁴ Yarg. 9.HD.05.06.2002, 1349/9501, www.legalbank.com, (e.t.02.12.2021).

¹²⁵ Aynı yönde bkz. **Özkaraca**, s.379.

¹²⁶ **Astarlı**, s.96.

¹²⁷ **Astarlı**, s.96.

¹²⁸ **Süzek**, 2013, s.329; **Süzek**, s.213; **Senyen Kaplan**, s.28; **Astarlı**, s.95; **Alp**, s.65. Aksi görüş için bkz. **Alpagut**, s.196.

¹²⁹ Bkz. **Alpagut**, s.197; **Süzek**, s.213; **Alp**, s.66; **Astarlı**, s.95; **Kayık Aydınalp**, s.167. Ayrıca işçinin itiraz hakkını kullanmasının ne işçi ne de işveren tarafından yapılan fesih nite-
liğinde olduğu, aksine kendine özgü bir sona erme hali olduğu yönünde bkz. **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s.66; **Albayrak Zincirlioğlu**, s.35.

¹³⁰ **Süzek**, s.213-214.

tazminatı hakkında mahrum bırakılmamalıdır¹³¹. Aksinin kabulü halinde, işçinin itiraz hakkını kullanmasının herhangi bir anlamı kalmaz¹³². Yoksa zaten işçiye itiraz hakkı tanınmasaydı da işçi bildirimli fesih hakkını kullanabilirdi ve yine kıdem tazminatına hak kazanamazdı.

VI. SONUÇ

İşyerinin tamamının ya da bir bölümünün hukuki bir işlem neticesinde başka birisine devri, işyeri devri olarak tanımlanmaktadır. İş Kanunu kapsamına giren işçiler açısından işyeri devri, İş Kanunu'nda düzenlenmiş olmakla birlikte 2012 yılında yürürlüğe giren TTK m.178'de de konuya ilişkin düzenleme yer almaktadır. Mevzuatımızda hangi hukuki işlemlerin işyeri devri niteliğinde olduğu tek tek sayılmamıştır. Bu kapsamda satış, bağışlama, kiralama, trampa gibi hukuki işlemler işyeri devri niteliğinde sayılan hukuki işlemlerdendir. Ayrıca şirketlerde yapısal değişikliğe sebep olan şirketlerin birleşmesi ve bölünmesi de işyeri devri niteliğindedir.

Ticaret şirketlerinin birleşmesi ve bölünmesi, sadece şirketlerin malvarlığının durumu ya da ortaklar açısından değil, aynı zamanda alacaklılar bakımından da üzerinde durulması icap eden bir husustur. Şirketlerin birleşmesi ve bölünmesi suretiyle başka bir işverene devredilmesi halinde işçi alacaklarının da korunması gerekmektedir. Konu bu nedenle iş hukuku açısından önem arz etmektedir.

İşK. m.6/4 uyarınca, tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte maddede düzenlenmiş olan sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulamaz. Bu

nedenle TTK m.178 düzenlemesine bakılmalıdır. Her iki düzenlemenin farklı noktaları olmakla birlikte ortak noktaları da bulunmaktadır. Her iki madde de, kural olarak, işyerinin devri ile birlikte iş sözleşmesinin tarafı kendiliğinden değişmektedir. Bununla birlikte, aralarında farklılıklar olmasına rağmen, her iki maddede de devreden ve devralan işveren müteselsil sorumlu olarak kabul edilmiştir. Hükümler arası farklılığa değinecek olursak, Türk Ticaret Kanunu'nda ilk kez işçilere itiraz ve teminat talep edebilme hakkı tanınmıştır.

TTK m.178'de işyeri devri durumunda işçilik alacaklarına yönelik olarak getirilmiş olan müteselsil sorumluluk hali, İşK. m.6'dan farklıdır. Zira Türk Ticaret Kanunu'nda devralan işveren devir tarihinden önce ve sonra doğmuş tüm alacaklardan sorumlu kılınmıştır. Kanundaki ifadeden anlaşıldığı üzere, devreden işveren ile devralan işveren üç alacak kaleminden müteselsilen sorumludur. Bu kalemler, işçinin bölünmeden/birleşmeden evvel muaccel olmuş alacakları, iş sözleşmesinin normal olarak sona ereceği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacakları ve işçinin itiraz hakkını kullanması nedeniyle sona erdiği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacakları şeklindedir. Devreden işveren ise, sadece devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken alacaklardan değil, hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği veya işçinin itirazı sebebiyle sona erdiği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklarından da devralan işveren ile müteselsilen sorumludur.

Her ne kadar Türk Ticaret Kanunu'nda işçilere itiraz hakkı tanınmışsa da bu hakkın ne kadarlık bir süre içinde ne şekilde ya da kime karşı kullanılacağına yönelik düzenlemelere yer verilmemiştir.

¹³¹ Görüş için bkz. **Süzek**, s.214; **Mollamahmutoglu/Asartarlı/Baysal**, s.66; **Özkaraca**, 2012, s.135 vd.; **Alp**, s.67; **Süzek**, 2013, s.329; **Demir**, s.668.

¹³² Ayrıntılı değerlendirme için bkz. **Alp**, s.66-67.

Ayrıca itiraz hakkının kullanılması durumunda işçinin kıdem tazminatı alıp alamayacağı da düzenlenmeden anlaşılmamaktadır. Ancak doktrinde, farklı görüşler olmakla birlikte, genel kabul gördüğü üzere işçiler kıdem tazminatı hakkında mahrum bırakılmamalıdır.

Hukukumuzda işçilere itiraz hakkının tanınmasının olumlu bir gelişme olduğunu ifade etmek gerekir. Ancak İş Kanunu kapsamındaki işyeri devri ile Türk Ticaret Kanunu uygulama alanına giren işyeri devrine ilişkin böyle bir farklılığın mevcudiyeti de eleştirilmelidir.

KAYNAKÇA

Albayrak Zincirlioğlu, Candan (2014), “İşyerinin Devrinde Türk Ticaret Kanunu ile İş Kanunu Hükümlerinin İş İlişkilerine Etkisi”, TBB Dergisi, 114, s.11-48.

Alp, Mustafa (2012), “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190)”, Çalışma ve Toplum, 1, s.51-74.

Alpagut, Gülsevil (2010) İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı, Beta, İstanbul.

Alpagut, Gülsevil (2012), “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2010, Ankara, s.1-81.

Astarlı, Muhittin (2013), “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyeri Devrinde İşverenin İşçiyi Bilgilendirme Yükümlülüğü”, TBB Dergisi, S.104, s.149-176.

Astarlı, Muhittin (2013), “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkisinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı”, Çalışma ve Toplum, 1, s.69-106.

Atay, Zeynep Anıl (2020) Türk İş Hukukunda Muvazaalı İşyeri Devri, Seçkin, Ankara.

Bilgili, Fatih/**Demirkapı**, Ertan (2021) Şirketler Hukuku Dersleri, 8. Baskı, Dora, Bursa.

Birinci Uzun, Tuba (2014) “İşyerinin Devri Halinde İşçilerin Haklarının Korunması Bakımından 2001/23Ec Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi ile 4857 Sayılı İş Kanunu’nun Karşılaştırılması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C.27, S.115, s.359-402.

Çakır Çelebi, Fatma Betül (2021) Limited Şirkette Çıkma ve Çıkarma, Seçkin, Ankara.

Çankaya, Osman Güven/**Çil**, Şahin (2011) İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, 3. Baskı, Yetkin, Ankara.

Çelik, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat/**Özkaraca**, Ercüment (2021) İş Hukuku Dersleri, 34. Baskı, Beta, İstanbul.

Demir, Kübra (2019), “İşyeri Devrinde Devreden ve Devralan İşverenin Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık, s.653-681.

Dulay, Dilek (2012), “İşyerinin Tamamının veya Bir Bölümünün Devri”, Terazi Hukuk Dergisi, S.66, s.57-64.

Ekmekçi, Ömer/**Yiğit**, Esra (2020) Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Oniki Levha, İstanbul.

Ekonomi, Münir (2000), “İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) ve İş İlişkilerine Etkisi”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Ankara, s.325-361.

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (2022), 22. Auflage, München.

Güven, Ercan/**Aydın**, Ufuk, (2020) Bireysel İş Hukuku, 6. Baskı, Nisan, İstanbul.

Güzel, Ali, (1987) İşverenin Değişmesi- İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul.

İpek Kayalı, Ferna (2014) Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşmeler, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

Kaplan Senyen, E. Tuncay (2013), “İşyeri Devrinin, Türk Ticaret Kanunu m.178 ve İş Kanunu m.6 Hükümleri Çerçevesinde İş İlişkilerine Etkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart, s.24-39.

Karaman, M. Halis (2019), “Birleşme, Bölünme, Tür Değişirme ve İşletme Devrinde İşçiyi Koruyan Hükümler ve İş Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Sicil İHD, S.41, s.106-129.

Kayık Aydınalp, Ashhan (2017) İş Hukuku Açısından Ticaret Şirketlerinde Yapısal Değişiklikler, Beta, İstanbul.

Kendigelen, Abuzer (2012) Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Baskı, Oniki Levha, İstanbul.

Kılıç, Şebnem (2018) “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre İşyeri Devrine İlişkin Değişiklikler ve Yenilikler”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.13, S.167, Temmuz 2018, s.153-198.

Köseoğlu, Ali Cengiz (2004) İşyerinin Kapanmasını İş Sözleşmesine Etkisi, Beta, Ankara.

Mollamahmutoğlu, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş (2020) İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, 4. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2020, 8. Auflage, München.

Özatlan, Yurdal (2016) “Türk Ticaret Kanunu Kapsamında İşyeri Devri Sonucu Doğuran İşlemlerin Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Etkileri”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.1, s.165-200.

Özkaraca, Ercüment (2008) İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, Beta, İstanbul.

Özkaraca, Ercüment (2010), “İşyerini Devralan İşverenin İş Sözleşmeleri Devirden Önce Sona Eren İşçilerin Alacaklarından Sorumlu Olup Olmadığı Karar İncelemesi”, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, İstanbul.

Özkaraca, Ercüment (2012), “Şirketlerin Birleşmesi, Bölünmesi ve Tür Değişirmesinin İş Hukukuna Etkileri”, İş Hukukunda Güncel Sorunlar 2 (Ed. Prof. Dr. Ali Güzel/Deniz Ugan Çatalkaya), Seminer 25 Mayıs 2012, İstanbul, s.103-172.

Poroy, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin (2014) Ortaklıklar Hukuku I, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

Portmann, Wolfgang (2007) Kommentar zum Zehnten Titel des Schweizerischen Obligationenrechts: Der Arbeitsvertrag, Art. 319 – 362 OR, neu bearbeitete und stark erweiterte Auflage, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (Hrsg.): Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 4. Auflage, Verlag Helbing Lichtenhahn, Basel.

Pulaşlı, Hasan (2018) Şirketler Hukuk Şerhi, Cilt I, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.

Pulaşlı, Hasan (2020) Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.

Stahelin, Adrian, in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band Obligationenrecht, Teilband V 2c, der Arbeitsvertrag, Art.319-362, 3.Auflage, Zürich, 1996.

Sümer, Halûk Hâdi (2020) İş Hukuku, 25. Baskı, Seçkin, Ankara.

Süzek, Sarper (2013), “İşyeri Devri ve Hukuki Sonuçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel Sayı, s.311-330.

Süzek, Sarper (2018) İş Hukuku, 16. Baskı, Beta, İstanbul.

Tatar, Gülsüm (2016) “İşyeri Devrinin Tarafların Fesih Hakkına Etkisi”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, s.255-269.

Uçarol, Fatma Bengü (2017), İşyeri Devrinin İş Sözleşmesine Etkisi, Seçkin, Ankara.

Urcan, Gülümnden (2013), “4857 sayılı İş Kanunu Uyarınca İşyerini Devreden İşverenin Sorumluluğunda Süre”, Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan, DEÜHFD, C.15, Özel Sayı, s.651-680.

Uşan, M. Fatih/Erdoğan, Canan (2021) İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, Ankara.

Uşan, M. Fatih/Erdoğan, Ersin/Erdoğan, Canan (2021) Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel İş Hukuku ve İş Yargılaması, İntes, Ankara.

Willemsen, Heinz Josef/Lembke Mark (2002) “Die Neuregelung von Unterrichtung und Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer beim Betriebsübergang”, Neue Juristische Wochenschrift, Heft16, s.1159-1165.

Yücel Bodur, Mehtap (2019) “Avrupa Birliği Adalet Divanının C-463/09 Sayılı Kararı ile Alt İşveren İlişkisi- İşyerinin Bir Bölümünün Devri Tartışması”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.23, S.2, s.37-77.

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma s¼recinde etik kurallara uyulduğunu yazarlar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri M¼lkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarlarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: S¼z konusu alıŐmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'd¼r.

Varsa Destek ve TeŐekk¼r Beyanı: Yoktur.

atıŐma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: *The authors declare that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the authors of the study.*

Contributions Statement: *Authors have contributed 50%- 50% into preparing and writing this study.*

Statement for Support and Appreciation If Any: *None.*

Statement for Conflict of Interest: *None.*

TEMPORARY REPRODUCTION OF INTELLECTUAL AND ARTISTIC WORKS DUE TO TECHNICAL REQUIREMENT

Doç. Dr. Pelin KARAASLAN**

ÖZ

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na (FSEK) göre bir eseri çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine aittir (m. 22). Çoğaltma, eserin işaret, ses veya görüntü nakil ya da tekrarına yarayan bir araca tespit edilerek insan duyularıyla doğrudan veya dolaylı olarak algılanabilir hale getirilmesidir. Mevcut düzenlemeye göre tespitin sürekli veya geçici olması, çoğaltma hakkı bakımından önem arz etmez. Böylece eser sahiplerine geniş çaplı bir koruma sağlanmıştır. Ancak teknik gereklilikten kaynaklanan geçici çoğaltmaların da çoğaltma hakkı kapsamında yer alması, bilgi toplumunun bazı gereklilikleri ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na teknik gereklilikten kaynaklanan geçici çoğaltmalar için bir istisna hükmü eklenmesi gündemdedir. Bu çalışmada, getirilmesi planlanan hükmün uygulama koşulları incelenmiş ve mevcut düzenlemeler çerçevesinde sorunun çözümü için başka hangi yollara başvurulabileceği tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Bilgi Toplumu, Telif Hakkı İstisnaları, Çoğaltma Hakkı, Geçici Çoğaltma, Arzi Çoğaltma.

ABSTRACT

According to the Law on Intellectual and Artistic Works, the right of reproduction of a work is an exclusive right of the copyright owner (Art.22). Reproduction means making the work directly or indirectly perceptible by human senses by fixing it to a tool that is used for the transmission or repetition of a sign, sound or image. Whether the determination is permanent or temporary is irrelevant according to the applicable regulation for the right of reproduction. Thus, a wide-ranging protection is provided to the owners of the works. However, the inclusion of temporary reproductions arising from technical requirements in this context is incompatible with some requirements of the information society. For this reason, in the draft text regarding the amendments envisaged to be made in the Law on Intellectual and Artistic Works, an exception provision has been introduced for reproductions arising from technical necessity. In this study, the application conditions of the draft provision are examined and other ways to solve the problem within the framework of current regulations are discussed.

Keywords: Information Society, Copyright Derogations, Reproduction Rights, Transient Reproduction, Incidental Reproduction.

* (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 10.12.2021 / Kabul Tarihi: 16.02.2022).

* Bu çalışma, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 26 Ekim 2021 tarihinde çevrimiçi düzenlenen IV. Fikri Mülkiyet Hukuku Uluslararası Sempozyumunda tebliğ olarak sunulmuştur.

** Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Fikri Mülkiyet Hukuku Anabilim Dalı (pgkaraaslan@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-5695-192X).

Atıf/Citation: Karaaslan, Pelin (2022) "Fikir ve Sanat Eserlerinin Teknik Gereklilik Nedeniyle Geçici Çoğaltılması", TFM, C:8, S:1, s. 29-49.

I. GİRİŞ

Sahibinin hususiyetini içeren; bunun yanında “ilim ve edebiyat eseri”, “musiki eseri”, “güzel sanat eseri” veya “sinema eseri” kategorilerinden birinin özelliklerini taşıyan fikri ürünler, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)¹ kapsamında “eser” olarak nitelendirilerek, Kanun’un, eser sahipleri için öngördüğü manevi ve mali haklara konu olmaktadır.

Eser sahibinin manevi haklarını, esere aleniyet kazandırma hususunda karar verme ve eserin kamuya sunulma zamanı ile sunulmuş tarzını belirleme yetkisi (FSEK m. 14); eseri kendi adı veya takma adı ile yahut adsız olarak umuma sunma veya yayımlama yetkisi (FSEK m. 15); eserde veya eser sahibinin adında kısaltma, ekleme gibi çeşitli değiştirmeler yapılmasını engellemek yetkisi (FSEK m. 16) ile eserin malik ya da zilyedinin belirli davranışlardan kaçınmasını isteme yetkisi (FSEK m. 17) oluşturur.

FSEK’te eser sahibine tanınan mali haklar ise işleme hakkı (FSEK m. 21), çoğaltma hakkı (FSEK m. 22), yayma hakkı (FSEK m. 23), temsil hakkı (FSEK m. 24) ve umuma iletim hakkı (FSEK m. 25) olarak düzenlenmiştir. Eser sahibi bu haklarını, ilgili maddelerde belirtilen fiilleri gerçekleştirme hususundaki yetkileri vasıtasıyla kullanır². Eser sahibinin verdiği bir izne ya da kanunun öngördüğü bir serbestiye dayanmaksızın üçüncü kişilerin bu

fiilleri gerçekleştirme haksız kullanım niteliğinde olup, eser sahibine FSEK m. 66 vd. hükümlerde düzenlenen talepleri ileri sürme olanağı verir.

Üçüncü kişilerin eseri FSEK m. 21 vd. hükümlerde belirtilen fiiller çerçevesinde kullanması (*Werknutzung*) ile bu fiillerin hiçbiri gerçekleştirilmeksizin eserden sadece duyu organları vasıtasıyla yararlanılması halini birbirinden ayırt etmek gerekir. İkinci olarak ifade edilen durum, Alman Hukukunda “*Werkgenuss*” şeklinde nitelendirilir³. Bu kavramı tam olarak karşılayan Türkçe bir sözcük bulunmamaktadır; ancak bunun bir tür “eserden haz almak suretiyle ondan yararlanma hali” olduğu söylenebilir⁴. Çalışmanın bundan sonraki kısmında anılan bu durum için “algısal yararlanma” tabiri kullanılacaktır. Bir kitabın yalnızca okunması, bir müziğin dinlenmesi, bir tablonun seyredilmesi şeklinde örneklendirebileceğimiz⁵ algısal yararlanma, kural olarak telif hakkı kapsamına girmez; üçüncü kişiler açısından serbesttir⁶. Bu bakımdan, bir plakdan çalınan müziği dinlediğimizde ya da bir kafede, masanın üzerinde duran kitabı okuduğumuzda telif hukuku anlamında bir hukuki engel ile karşılaşmayız. Ne var ki günümüzde bilişim teknolojilerinin merkezinde yer alan bilgisayarlar ve bilgisayarlar arası iletişimi sağlayan internet, bilgi toplumunun temel aktörü olma rolünü üstlenmektedir ve bireyler, sosyal ve entelektüel faaliyetlerini artık çoğu kez internet ortamında gerçekleştirmektedir. Bir diğer

¹ R.G. 13.12.1951, S. 7931; FSEK çalışmanın bundan sonraki kısmında “Kanun” olarak da anılacaktır.

² FSEK m. 45’te düzenlenen pay ve takip hakkı da mali nitelikte bir hak olmakla birlikte bu hak, eserin belirli şekillerde kullanımı konusunda eser sahibine yetki tanımamakta; yalnızca, kendileri tarafından bir defa satıldıktan sonra, koruma süresi içinde başka satışlara konu olan bazı güzel sanat eserlerinin satış bedelinden eser sahiplerine veya mirasçılara pay talep etme yetkisi vermektedir.

³ **Dreier, Thomas & Schulze, Gernot** (Editörler) (2018) Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl., München, C.H. Beck Verlag, § 15 Rn. 20, 21.

⁴ Zira Almandada “*Werk*” “eser” anlamına; “*Genuss*” ise “haz, zevk” anlamlarına gelmektedir.

⁵ Örnekler için bkz. **Dreier & Schulze**, § 15 Rn. 20, 21.

⁶ **Spindler, Gerald & Schuster, Fabian** (Editörler) (2019) Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl., München, C.H. Beck Verlag, § 15 Rn. 6-8. Ancak bu husus FSEK m. 7 kapsamında alenileşmiş eserler için geçerlidir. Henüz alenileşmemiş bir eserden her ne şekilde ve tarzda olursa olsun (işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve umuma iletim ile sınırlı olmaksızın) faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir (FSEK m. 20). Dolayısıyla algısal yararlanma hali de buna dâhildir. Sahibinin izni olmadan mali haklara konu edilen eserden algısal olarak yararlanan üçüncü bir kişinin bu eyleminin yasallığı ise veri akışı (*streaming*) örneği üzerinden çalışmanın ileriki bölümlerinde tartışılmıştır.

ifadeyle, eserden algısal yararlanma, bugün büyük ölçüde dijital ortamlarda sağlanmaktadır. Bu bağlamda hukuken olması gereken, analog (çevrimdışı) ortamda serbest olanın, dijital ortamda da serbest kalmasıdır. Bu, bilgi toplumunun bir gereğidir. Ancak durum bu şekilde değildir. Eser sahibinin mali haklarından “çoğaltma hakkı” FSEK’te öylesine geniş bir çerçevede düzenlenmiştir ki, eser, dijital ortamda yalnızca görüntülenmek istendiğinde dahi çoğaltma hakkı birden fazla kez ihlal edilmiş olmaktadır.

Bu çalışmada, çoğaltma hakkının yasada düzenlenişi, içerdiği yetkiler ve sınırları açıklanarak, fikir ve sanat eserlerinin teknik gereklilikler nedeniyle geçici çoğaltılması olgusunun sistem içerisindeki mevcut ve gelecekte olması beklenen konumu ortaya konulmaktadır.

II. FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU’NDA “ÇOĞALTMA HAKKI”

A. ÇOĞALTMA HAKKININ YASADA DÜZENLENİŞİ, ANLAMI VE ÇOĞALTMA ÖRNEKLERİ

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda, korunan eserlerle ilgili olarak eser sahiplerine çeşitli manevi ve mali haklar tanınmıştır. Eseri çoğaltma hakkı, eser sahibinin mali haklarından biri olarak FSEK m. 22’de düzenlenmiştir. Buna göre; bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.

Çoğaltma hakkının kapsamı FSEK m. 22’nin ikinci fıkrasında ortaya konulmuş ve eserlerin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması ya da eserin

işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kaydedilmesi, her türlü ses ve müzik kayıtları ile mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin uygulanması fiillerinin çoğaltma niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Bilgisayar programları açısından ise çoğaltma hakkı, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerini kapsamaktadır (FSEK m. 22/3).

Kanun’da, eserle bağlantılı hak sahiplerine de bu hakları ile sınırlı olarak çoğaltma hakkı tanınmıştır. Bilindiği gibi FSEK’te bağlantılı hak sahipleri olarak icracı sanatçılar, bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımcıları, radyo-televizyon kuruluşları ve filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcıları düzenlenmiştir⁷. Kanun uyarınca, bir eseri sahibinin izniyle özgün bir biçimde yorumlayan icracı sanatçı, bu icranın tespit edilmesine ve çoğaltılmasına izin verme veya bu fiilleri yasaklama hususunda münhasıran hak sahibidir (FSEK m. 80/1-A, Nr. 2). Fonogram yapımcıları ise eser sahibinin ve icracı sanatçının izni ile yapılan tespitin, doğrudan veya dolaylı olarak çoğaltılmasına izin vermek/yasaklamak bakımından münhasır yetkiyi haizdir (FSEK m. 80/1-A, Nr. 2). Radyo-televizyon kuruluşları açısından çoğaltma yetkisi, bu kuruluşların gerçekleştirdikleri yayınların (özel kullanımlar hariç olmak üzere) herhangi bir teknik veya yöntemle, doğrudan veya dolaylı bir şekilde çoğaltılmasına ve dağıtımına izin vermek veya yasaklamak bakımından kendini gösterir (FSEK m. 80/1-C, Nr. 2). Nihayetinde filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcısı da eser sahibinden ve icracı sanatçıdan mali hakları kullanma yetkisini devraldıktan sonra, bu kişilerin izni ile

⁷ Bağlantılı hak sahipliğine ilişkin geniş bilgi için bkz. **Türker, Güneş**, ‘Bağlantılı Haklar ve Bu Hakların Fikri Hukuk Alanındaki Yeri’: Yılmaztekin, Hasan Kadir & Günarlan, Banu Fatma (Editörler) (2020) Fikri Mülkiyet Hukuku

Çalıştay Bildiriler Kitabı 16-22 Aralık 2019, Ankara, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, s. 83-127.

yapılan tespit, doğrudan veya dolaylı olarak çoğaltılması hususunda münhasıran yetkilidir (FSEK m. 80/2-A).

FSEK'in çeşitli hükümlerinde bahsi geçen "çoğaltma" kavramının genel olarak ne ifade ettiği ile ilgili bir tanım FSEK'te yer almamaktadır. Kanun'da yalnızca, çoğaltma hakkının, eser sahibinin mali haklarından biri olarak hangi yetkileri kapsadığı belirtilmiştir. Ancak söz konusu hakkın FSEK m. 22/2 ile ortaya konulan kapsamı, bağlantılı hak sahiplerinin çoğaltma yetkisi bakımından da esas alınmalıdır. Öte yandan, eser sahibine tanınan çoğaltma hakkının, bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltmasını kapsadığı Kanun'da açıkça belirtilmişken; bağlantılı hak sahiplerinin çoğaltma hakkı bakımından daha ziyade çoğaltmanın doğrudan ya da dolaylı yapılabileceğine vurgu yapılmış, çoğaltmanın hangi şekil ve yöntemle yapıldığının ya da süreklilik arz edip etmediğinin bu hakkın kullanımına etki edip etmediği Kanun'da belirtilmemiştir. Ancak kanaatimizce bu durum kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olmayıp, bağlantılı hak sahipleri açısından da gerek geçici gerekse de süreklilik

arz eden çoğaltmalar, hangi şekil ve yöntemle yapılırsa yapılırsa çoğaltma yetkisinin kapsamındadır.

Her ne kadar eser sahibine tanınan mali haklar birbirinden bağımsızsa da⁸, öğretide "çoğaltma" hakkının diğer pek çok mali hakkın kaynağı olduğu ifade edilerek kendisine özel bir önem atfedilmiştir⁹. Kanun'da çoğaltma hakkının kapsamının oldukça geniş tutulması da kanaatimizce hakkın öneminden kaynaklanmaktadır. Eserin orijinalinden yararlanabilecek kişi sayısının sınırlı olması, çoğaltma hakkını eser sahibinin en değerli ekonomik haklarından biri haline getirmektedir¹⁰. Nitekim eser sahibi, eserin yaratılmasında ideal bir amaç izlemiş dahi olsa, eserinden iktisadi bir menfaat bekler ya da böyle bir kazanç maksadı gütmese bile, fikirlerinin, eserlerinin yayılmasını ister¹¹. Bunun için eserin çoğaltmış nüshalarına (kopyalarına) ihtiyaç vardır. Dolayısıyla eseri geniş kitlelerle buluşturabilmenin önünü açan yayma (FSEK m. 23)¹² ve umuma iletim (FSEK m. 25)¹³ hakları, temel işlevlerini "çoğaltma" fiili ile birlikte göstermektedir¹⁴. Bununla birlikte çoğaltmadan söz edebilmek için eserden çok sayıda kopya elde edilmesi şart değildir. Tek bir kopya dahi çıkartılmış olsa, eser çoğaltılmış sayılır¹⁵.

Eserin, kopyalanarak çoğaltıldığının kabulü için orijinali ile birebir aynı fiziki özellikler

⁸ Mali hakların birbirinden bağımsız olması, bunlardan birinin tasarrufu ve kullanılmasının diğerine tesir etmemesidir (FSEK m. 20). Buna bağlı olarak mali haklara dair sözleşme ve tasarruflarda, ilgili hukuki işleme konu olan hakların yazılı bir şekilde ayrı ayrı gösterilmesi şarttır (FSEK m. 52). Mali hakların bağımsızlığının bir diğer sonucu da haklardan birinin ihlal edilmiş olmasının diğer hakkın ihlal edilmiş olması koşuluna bağlı olmamasıdır.

⁹ **Yarsuvat**, Duygun (1977) Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, 1. Baskı, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, s. 102 vd.

¹⁰ **Erel**, N. Şafak (2008) Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Ankara; İmaj Yayıncılık, s. 138; **Öztan**, Fırat (2008) Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 353 vd.

¹¹ **Öztan**, s. 362.

¹² FSEK'te yayma hakkı, bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkı olarak ifade edilmiştir (m. 23)

¹³ FSEK m. 25'te umuma iletim hakkı şu şekilde düzenlenmiştir: "*Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dâhil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması ve yayınlanan eserlerin bu kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması suretiyle umuma iletilmesi hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Eser sahibi, eserinin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına da sahiptir.*"

¹⁴ Karşılaştırınız **Erel**, s. 146; **Kılıçoğlu**, Ahmet (2013) Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 262.

¹⁵ **Ayiter**, Nüşin (1981) Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 128; **Erel**, s. 139.

göstermesi gerekmez; eserde yer alan ve eser sahibine ait olan hususiyetin bozulmadan aktarılmış olması yeterlidir¹⁶. Dolayısıyla eserin boyutlarında değişiklik yapılarak kopyalanması ya da elde edilen kopyanın orijinalinden farklı bir malzemedan üretilmiş olması halinde dahi “çoğaltma” söz konusudur¹⁷. İlim ve edebiyat eserlerinin matbaa ya da fotokopi ile değil de el yazmasıyla çıkarılan nüshaları da “çoğaltma” olarak kabul görmektedir¹⁸.

Çoğaltma, eserin “cismani” nüshalarının oluşturulması ile sınırlı bir eylem de değildir. FSEK m. 22/2 kapsamında düzenlenen çoğaltma, öğretilde, “eserin insan duyularıyla doğrudan ya da dolaylı olarak algılanabilir bir şekilde fiziksel bir ortama tespit edilmesi” olarak tanımlanmış ve eserin birebir baskı yoluyla çoğaltılmasından öte, mekanik olan ya da olmayan her türlü tespiti bu kapsamda değerlendirilmiştir¹⁹. Üstelik kanun koyucunun, çoğaltma hakkının kapsamını günümüz teknolojileri ile sınırlamak istemediği, “eserin bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kaydedilmesi çoğaltmadır” ifadelerinden anlaşılmaktadır. Tespitin cinsi, niteliği, neyin üzerine uygulandığı ve uygulama şeklinin ne olduğunu çoğaltma fiilinin gerçekleşmesi bakımından önem taşımadığı için²⁰ analog bir eserin tarayıcı vs. vasıtalarla dijital hale getirilmiş olması, yazdırılmadan önce ara (tampon)

bellekte biriktirilmesi ve çıktısının alınması işlemleri ile eserin sunulan ortamdan bir başka kişi tarafından indirilmesi (*download*) ve bunun tersi olan yükleme (*upload*) işlemleri, FSEK m. 22 uyarınca birer “çoğaltma” örneğidir²¹. Benzer şekilde eserin e-mail yoluyla gönderilmesinde de gönderen kişi açısından çoğaltma fiili mevcuttur²². Tespitin geçici veya sürekli olmasının önem taşımaması nedeniyle, CD, DVD, harici hard disk, sabit disk, flash bellek gibi materyaller üzerine gerçekleşen tespitler gibi²³ bilgisayarda herhangi bir içeriğe erişim için dosyanın bir kopyasının otomatik şekilde geçici bellekte oluşturulması işlemini konu alan kaşeleme (*caching*) ya da web sayfalarının tarayıcı vasıtasıyla görüntülenmesi (*browsing*) işlemleri de çoğaltma niteliğindedir²⁴.

Buna karşın yönlendirme (*routing*), kural olarak çoğaltma hakkı kapsamında yer alan bir fiil değildir²⁵. *Routing* ağ üzerindeki verinin hedef bilgisayara yönlendirilmesidir²⁶. Bu aktarım esnasında veri, küçük paketler halinde bölünmekte ve farklı duraklar üzerinden kullanıcının bilgisayarına aktarılmaktadır²⁷. Kullanıcının bilgisayarına ulaştığı anda veri, yeniden bir araya gelmektedir. Söz konusu duraklarda bir nevi kayıt işlemi gerçekleşmiş olmakla birlikte, veri paketlerinin çokluğu, her bir pakette yer alan ve ilgili duraklarda kaydedilen

¹⁶ **Durmaz**, Gülşah (2016) Çoğaltma Hakkı ve Sınırlandırılması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 26.

¹⁷ **Bozbel**, Savaş (2015) Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 77.

¹⁸ **Suluk**, Cahit & **Karasu**, Rauf & **Nal**, Temel (2021) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 86.

¹⁹ **Öztrak** (1971) Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 62; **Suluk** (Karasu/Nal), s. 86.

²⁰ **Bozbel**, s. 77.

²¹ Sanal ortamda çoğaltma fiili örnekleri için bkz. **Açıkgöz**, Ahunur (2021) İnternette İndirilen Dijital Eserlerde Yayma Hakkının Tükenmesi İlkesi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 49 vd.; **Memiş**, Tekin (2002) Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 113 vd.

²² **Bozbel**, s. 78.

²³ Bu tespitlerin çoğaltma olduğu yönünde bkz. **Bozbel**, s. 76.

²⁴ **Açıkgöz**, s. 49; ayrıca bkz. **Güneş**, İlhami (2021) Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 147; **Memiş**, s. 113 vd.; **Schricker**, Gerhard & **Loewenheim**, Ulrich (Editörler) (2020), Urheberrecht Kommentar, 6. Aufl. § 16 Rn. 21 vd.

²⁵ **Memiş**, s. 114; **Wandtke**, Artur Axel & **Bullinger**, Winfried (Editörler) (2019) Praxiskommentar zum Urheberrecht, 5. Aufl., München, C.H. Beck Verlag, § 16 Rn. 21.

²⁶ **Schricker & Loewenheim**, § 16 Rn. 23.

²⁷ **Wandtke & Bullinger**, § 16 Rn. 21; **Schricker & Loewenheim** § 16 Rn. 23.

verinin korunabilir bir eser parçası niteliği taşıyamayacak kadar küçük boyutlarda kalmasına neden olmaktadır²⁸. Söz konusu parçaların eserin korunabilir bir parçası olma özelliği göstermesi halinde ise *routing*, geçici çoğaltma niteliği taşıyacaktır²⁹.

Tartışmalı olmakla birlikte “link vermek”, sadece farklı web sayfaları arasında geçişi sağlayan bir işlem olduğu için kanaatimizce çoğaltma niteliğinde değildir³⁰. Link verilen sayfanın küçültülmüş resminin link verenin sayfasında gösterilmek istenmesi (*thumbnails*) halinde ise bu içeriğin sayfada yer alabilmesi, kaydedilmesini gerektirmektedir; bu bakımdan çoğaltma fiili gerçekleşmiştir³¹. Ayrıca link verilen içeriğin bulunduğu sunucuda da söz konusu içerik bakımından umuma iletim fiili öncesinde zorunlu bir çoğaltma işlemi gerçekleşmektedir³².

Eserin herhangi bir şekilde kaydedilmeden ekranda görüntülenmesi (monitöre yansıtılması) işlemi ise çoğaltma niteliğinde değildir³³. Zira eserin maddi formda bir tespiti, salt görüntüleme işleminde yoktur. *Streaming* fiili de görüntülemekle ilgili olmakla birlikte, hukuki niteliği tartışmalıdır. *Streaming*, eserin gerçek zamanlı olarak seyredilmesine/dinlenebilmesine imkân sunan bir veri akışı işlemidir³⁴. Akışa konu olan veriler, indirme (*download*) işleminden farklı olarak kullanıcıların bilgisayarlarında veya sabit disklerde kalıcı olarak

depolanmamakta, kullanıcılar ilgili içerikten yalnızca çevrimiçi olarak yararlanabilmektedir³⁵. Veri, belirli bir zamanda sabit bir süre için yalnızca bir defalığına internet ağına gönderilebileceği gibi internette hazır bulundurulup kullanıcının dilediği yer ve zamanda içeriğe erişebileceği şekilde de programlanabilir. İlk durumda canlı bir veri akışı (*live streaming*), ikinci durumda ise talep üzerine gerçekleşen veri akışı (*on-demand streaming*) söz konusudur³⁶. *Netflix*, Youtube ya da *Spotify* gibi servisler, bu şekilde veri akışı sağlayan yasal mecralardır. Bir görüşe göre canlı veri akışında herhangi bir çoğaltma fiili gerçekleşmezken, diğer görüşe göre her iki veri akışı metodunda da geçici de olsa çoğaltma fiili vardır³⁷. Teknik açıdan bakıldığında, her iki metotta da bir sunucudan, bir alıcının bilgisayarına ya da internet tabanlı televizyonuna küçük paketçikler (veri fragmanı) halinde veri akışı gönderilmesi söz konusudur³⁸. Veri tümüyle aktarılan ya da süreç kullanıcı tarafından iptal edilene kadar akış devam eder. Veri içeriğinin oynatılmaya başlaması için veri aktarımının bitişi beklenmez; paketçikler ulaştıkça seyredilebilir, dinlenebilir hale gelir³⁹. Bu esnada veriler, aktarım hızını dengelemek ve istenilen içeriğin kesintisiz bir şekilde oynatılmasını sağlamak için ana bellekte (RAM) saklanır veya nihai cihazın sabit sürücüsünde ön belleğe alınır⁴⁰. Ancak veriler, ilgili prosedüre bağlı olarak bir süre sonra otomatik

²⁸ **Wandtke & Bullinger**, § 16 Rn. 21.

²⁹ **Wandtke & Bullinger**, § 16 Rn. 21; **Memiş**, s. 114.

³⁰ Aynı yönde bkz. **Bozbel**, s. 78; gömülü linkler bakımından çoğaltma hakkının ihlal edildiği görüş için bkz. **Demirbaş**, Ali (2018) ‘Telif Hukukunda İnternet Linki ve Avrupa Adalet Mahkemesi’nin Svensson ve Bestwater Kararları’, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, C: 5, s. 184.

³¹ **Wandtke & Bullinger**, § 16 Rn. 26.

³² **Aksu**, Mustafa (2019) ‘Avrupa Adalet Divanının Bazı Kararları Işığında Link Vermeden Dolayı Sorumluluğun Umuma İletim Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi’, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, C.18, s. 45.

³³ **Memiş**, s. 115; **Çelik**, Emrah (2007) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında İnternet Ortamında Müzik Eserlerinin

Sunumu Yolu ile Umuma İletim Hakkının İhlali, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, dipnot: 59.

³⁴ **Açıkgöz**, s. 27.

³⁵ **Spindler & Schuster**, § 44 Rn. 7.

³⁶ **Açıkgöz**, s. 27.

³⁷ Görüşler için bkz. **Wandtke & Bullinger**, § 16 Rn. 22.

³⁸ **Rüther**, Felix & **Abarrientos**, Nadine Carla (2015) ‘Streaming, Download und P2P – Was ist legal?’, InTeR, S:3, C:15, s. 127.

³⁹ **Rüther & Abarrientos**, s. 127.

⁴⁰ **Rüther & Abarrientos**, s. 127.

olarak silinir. Dolayısıyla geçici çoğaltma, *streaming* işleminde de mevcuttur.

B. ÇOĞALTMA HAKKININ İNHİSARİ NİTELİĞİ VE SINIRLARI

Eser sahibinin çoğaltma hakkı, diğer mali haklar gibi inhisari niteliktedir. Eser sahibi, eseri çoğaltmak suretiyle ondan yararlanmak ve çoğaltmanın yerini, yöntemini tayin etmek hususunda kural olarak tek yetkili kişidir⁴¹. Ayrıca eser sahibi, çoğaltma hakkı üzerinde tasarrufta bulunabilir; kendisine kanunen tanınan çoğaltma hakkını, yer ve muhteva itibarıyla sınırlı veya sınırsız bir şekilde, karşılıklı veya karşılıksız olarak başkalarına devredebilir (FSEK m. 48/1). Çoğaltma hakkının sadece kullanım yetkisinin diğer bir kimseye bırakılması da mümkündür (FSEK m. 48/2). Kendisine bu şekilde yetki verilmeyen bir kişinin eseri çoğaltması ise hak sahibi tarafından önlenebilir (FSEK m. 69). İzinsiz gerçekleştirilen çoğaltmalar, hakka tecavüz niteliğindedir. Bunun istisnası, Kanun'un öngördüğü bir yetkiye dayanarak çoğaltma fiilinin gerçekleştirilmesidir.

Eser sahibinin, eseri çoğaltma hususundaki münhasır yetkileri, Kanun'da, çeşitli şekillerde sınırlandırılmıştır⁴². Örneğin FSEK m. 30'da kamu düzeni gözetilerek eserin genel emniyet veya adli amaçlara hizmet maksadıyla çoğaltılması mümkün kılınmıştır. Kanun koyucu, eser sahibinin çoğaltma hakkına bireylerin özel menfaatlerini karşılayan düzenlemeler de getirmiş ve kâr amacı güdülmeyen, kişisel kullanım amacıyla gerçekleştirilen çoğaltmaları hak ihlalinden müstesna tutmuştur (FSEK m. 38). Keza umumî yollar, caddeler ve meydanlara temelli kalmak üzere koyulan güzel sanat eserlerinin, resim, fotoğraf ve benzeri yöntemler ile

çoğaltılmasına izin verilmesi de özel menfaat düşüncesiyle getirilen bir sınırlamadır (FSEK m. 40).

Kanun'da, eser sahibinin çoğaltma hakkına kamu yararı amacıyla getirilen sınırlandırmalar da mevcut olup, bunlara örnek olarak; mevzuat, içtihatlarla ve nutuklara yönelik serbesti (FSEK m. 31-32); eğitim ve öğretim için seçme ve toplama eserler oluşturulmasına yönelik serbesti (FSEK m. 34); iktibas serbestisi (FSEK m. 35) ile gazete içeriği ve haber istisnası (FSEK m. 36-37) gösterilebilir.

Eser sahibinin haklarından izinsiz yararlanılmasına yönelik Kanun'da belirtilen istisnaların bilgi toplumunun gerekliliklerini karşılamak bakımından yeterliliği, sıklıkla tartışmalara konu olmaktadır. Bu tartışmalardan biri, teknik gereklilik nedeniyle gerçekleşen çoğaltmaların durumuna ilişkindir.

III. FİKİR VE SANAT ESERLERİNİN TEKNİK GEREKLİLİK NEDENİYLE GEÇİCİ ÇOĞALTILMASI

Kanun koyucunun çoğaltma işlemlerinin tamamen eser sahiplerinin rızasına terk edilmemesi adına FSEK kapsamında aldığı tedbirler, toplumdaki menfaatlerin dengelenmesini sağlamak gibi ortak bir paydada buluşmalar dahi, bu tedbirler arasında dijital iletişimin sorunsuz bir şekilde sağlanabilmesi adına düşünülmüş bir telif hakkı istisnası yer almamaktadır. Bu nedenle dijital iletişimin olmazsa olması olan teknik amaçla yapılan geçici çoğaltmaların durumu ayrıca değerlendirilmelidir.

⁴¹ Çoğaltma hakkının kapsamına çoğaltmanın yeri ve yöntemini belirleme yetkisinin de dâhil olduğu yönünde bkz.

Bozgeyik, Hayri (2019) Mimaride Telif Hakları, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 100.

⁴² Detay için bkz. **Ayiter**, s. 129 vd.; **Erel**, s. 140 vd.

A. TEKNİK GEREKLİLİK NEDENİYLE GERÇEKLEŞEN GEÇİCİ ÇOĞALTMALARIN “İHLAL” OLARAK NİTELENDİRİLMEMESİ GEREKLİLİĞİ

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda düzenlendiği şekliyle çoğaltma hakkı, hak sahibine geniş kapsamda münhasır yetkiler sağlamaktadır. Geçici ya da sürekli olması fark etmeksizin her türlü tespitin çoğaltma hakkı kapsamında değerlendirilmesi, eser sahiplerinin hızla gelişen teknoloji karşısında haklarını koruyamama riskinin önüne geçilebilmesi açısından isabetli olsa da içerisinde bulunduğumuz bilgi toplumunun bazı gereksinimlerinin karşılanamaması tehlikesini beraberinde getirmektedir. Tarım toplumunda insan gücü, sanayi toplumunda makine gücü ne denli önemli idiyse, günümüz bilgi toplumlarında da bilgiye ulaşma ve bilgiyi yönetme hususunda kilit rol oynayan bilgi teknolojilerinin kullanımı o denli önemlidir; öyle ki bu teknolojilerin üretimi ve kullanımının, toplumların gelişmişlik düzeylerini belirlediği ve bu toplumların günümüz düzenindeki konumlarını güçlendirdiği düşünülmektedir⁴³. Bilişim teknolojilerinin itici gücü olan bilgisayarlar ve bilgisayarlar arası iletişimi sağlayan internet, bilgi devriminin temel aktörü olma rolünü üstlenmekte ve bilgi toplumunu oluşturan bireylerin, sosyal ve entelektüel faaliyetlerini artık çoğu kez ağ üzerinden gerçekleştirdiği gözlemlenmektedir. Fikir ve sanat eserlerinin konusu olan hemen türlü düşünce ürününe de artık dijital ortamlar üzerinden ulaşabilmektedir.

Kural olarak bir eseri mali haklara ilişkin fiillere konu etmeden ondan salt algısal bir şekilde yararlanılması telif hakkı ihlali oluşturmaz⁴⁴. Bu durumun yalnızca maddi varlığa sahip eserler bakımından değil, dijital eserler bakımından da söz konusu

olması beklenir; zira kullanıcı tarafından bakıldığında, eserden nasıl yararlanıldığı hususunda değişen bir şey yoktur⁴⁵. Ancak bir plaktan çalınan müziğin dinlenmesi ya da bir kafede, masanın üzerinde duran derginin okunması halinde herhangi bir sorun teşkil etmeyen “algısal yararlanma” hali, dijital ortamda gerçekleştiği takdirde birtakım sorunlar doğurabilmektedir. Zira “çoğaltma” hakkının, dijital ortamda gerçekleştirilen pek çok fiili içine alır tarzda geniş kapsamda düzenlenişi, eserden hukuka uygun bir şekilde yararlanma amacıyla olan kişilere sunulan teknik imkânı ve nihai kullanıcının bilgisayarımda teknik gereklilikler nedeniyle gerçekleşen çoğaltmaları hukuka aykırı hale getirebilmektedir.

Örneğin, web tarayıcısına “www.aybu.edu.tr” yazıldığında, bu web sitesindeki bir içeriğin nihai kullanıcının monitöründe görünür hale gelebilmesi için öncelikle istenilen sayfa, sunucu belleğine yüklenir. Sayfadaki veriler buradan dışarı aktarıldığında, ağ geçidi sunucusunda (Gateway-Server), sunucunun ağından sağlayıcının ağ geçidi sunucusuna kopyalanır. Sağlayıcının Türk Telekom olduğunu varsayalım. Türkiye’nin her yerini kapsayan tek bir Telekom sunucusu olmadığı için, web sayfasının bir kopyası da ilgili bölgedeki Telekom sunucusunda oluşturulur. Bu noktadan kullanıcının modeme ya da yönlendiricisine ulaşan veri, burada bir kez daha kopyalanıp bilgisayara iletilir. Bilgisayarda ise öncelikle ana bellekte bir kopya oluşturulur; ardından bilgisayarın işletim sistemi, verileri, kullanıcının web sayfasını çağırmak istediği tarayıcıya yönlendirir. Tarayıcıda alınan kopya, bilgisayarın grafik kartına yönlendirildiğinde bir kopyalama işlemi de bu esnada gerçekleştirilir. Nihayet bu aşamadan sonra ulaşılmak istenen web sayfası, kullanıcının monitöründe görüntülenebilir. Görüldüğü gibi bir web sayfası nihai

⁴³ Selvi, Özgür (2012) ‘Bilgi Toplumu, Bilgi Yönetimi, ve Halkla İlişkiler’, Gümüşhane Üniversitesi İletişim Fakültesi Elektronik Dergisi, S:3, C:1, s. 211.

⁴⁴ Marly, Jochen (2014) ‘Bildschirmkopien, Cache-Kopien und Streaming als urheberrechtliche Herausforderungen’, EuZW, S:16, C:26 s. 617.

⁴⁵ Marly, s. 617.

kullanıcının bilgisayarında görüntülensin istendiğinde, bu aşamaya kadar en az 7-8 kere çoğaltma işlemi gerçekleşmektedir⁴⁶.

Online ortamda tek amacı bir eserin hukuka uygun olarak kullanımını veya bir ağ içerisinde üçüncü kişilere iletimini sağlamak olan; bunun üzerinde ve bağımsız bir ekonomik değer taşımayan kısa süreli kayıt/depolama fiilleri için hak sahibinden izin alınması gerekliliği veya eser sahibinin hukuki başvurularına maruz kalma ihtimali, hukuk ile tekniği hakkaniyete aykırı bir şekilde karşı karşıya getirmekte ve özellikle internet servis sağlayıcılar için içinden çıkılmaz bir durum yaratmaktadır⁴⁷. Öte yandan bu alanda ortaya çıkabilecek (zaruri) ihlaller için kontrol sağlama ihtimali oldukça düşüktür. Öğretide, kontrol edilmesi güç olan yasaklar koymanın kanun koyucunun otoritesini sarsmaktan öteye geçmeyeceği, herhangi bir anlam ve yarar taşımadığı savunulmaktadır⁴⁸. Tüm bu nedenlerle teknik amaçla yapılan geçici nitelikteki çoğaltmalar, hak ihlali olarak nitelendirilmemelidir.

B. MEVCUT HÜKÜMLER ÇERÇEVESİNDE TEKNİK AMAÇLA YAPILAN GEÇİCİ ÇOĞALTMALARIN DURUMUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Teknik gereklilik nedeniyle gerçekleşen geçici çoğaltmaların “ihlal” olarak nitelendirilmemesi gerekliliği savunulmakla birlikte, FSEK’te buna serbesti sağlayabilecek özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Her ne kadar FSEK’te öngörülen

sınırlamaların ortak noktası, toplum yararı ile eser sahibinin menfaatleri arasında bir denge kurmak olsa da⁴⁹, kamu yararı ile eser sahibinin menfaatleri arasında bir denge kurmayı gerektiren her durum doğrudan FSEK’in istisnalar sistemine dâhil olmamaktadır. Zira FSEK’te eser sahibinin haklarına getirilen istisnalar sayma yöntemiyle belirlenmiş ve her bir istisnanın koşulları ilgili hükümde detaylı olarak düzenlenmiştir. Amerikan Hukukunda düzenlenmiş olan ve telif hakkına konu bir eserin adil kullanımının tecavüz teşkil eden bir kullanım biçimi olmadığını ortaya koyan; böylelikle somut olayda üçüncü kişilerce gerçekleştirilen bir fiilin telif istisnasına girip girmediğinin geniş kapsamda değerlendirilebilmesini mümkün kılan adil kullanım (*fair-use*) doktrini⁵⁰ gibi bir kurum da FSEK’te yer almamaktadır.

FSEK’te geçici çoğaltmalara ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığı gibi, mevcut istisnaların hiçbirisi, FSEK m. 38’de öngörülen kişisel kullanım istisnası da dâhil olmak üzere, teknik amaçlı çoğaltmaları geniş ölçüde kapsayabilecek nitelikte değildir. Nitekim kişisel kullanım istisnası, şahsi muhit (özel alan) içerisinde yer alan kullanımlara serbesti getirir⁵¹. Özel alandan kasıt, kişinin mesleki ve iktsadi yaşamı dışında kalan, ailesi, arkadaşları ve yakın çevresinden oluşan ve kazanç paylaşımının güldüldümediği ortamdır⁵². Tüzel kişiliğin bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün olmadığından⁵³, servis sağlayıcıların aracılık faaliyetleri çerçevesinde gerçekleştirdiği teknik amaçlı zorunlu çoğaltmalar,

⁴⁶ Örneklerin benzerleri için bkz. **Sucker**, Reinhard (2014) *Der Digitale Werkgenuss im Urheberrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, s. 68 vd.

⁴⁷ **Türkekul**, Erdem, ‘İnternet Ortamında Fikir ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri’: Atamer, Yeşim (Derleyen) (2004) *İnternet ve Hukuk*, 1. Baskı, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 573.

⁴⁸ **Öztaş**, s. 476.

⁴⁹ **Ateş**, Mustafa (2003), *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 239.

⁵⁰ Detay için bkz. **Dardağan**, Esra & **Akipek**, Şebnem (2001) ‘Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk’, S:3, C:50, s. 75.

⁵¹ **Arslanlı**, s. 146; **Erel**, s. 226.

⁵² **Erel**, s. 226.

⁵³ **Öztaş**, s. 478.

kişisel kullanım istisnasından yararlanamazlar⁵⁴. Öte yandan nihai kullanıcının her türlü fiili de bu istisna kapsamında yer almaz. Zira eserin çoğaltılmasına sebep olan kullanım, kişinin özel alanı içerisinde gerçekleşmediği sürece kişisel kullanım istisnası uygulanmaz. Hâlbuki mesleki faaliyetlerinde, kazanç amacı güttükleri mecralarda ya da bilgisayarlarını pek çok kullanıcı ile paylaşmak zorunda olduğu ortamlarda gerçekleşmiş dahi olsa, bir eseri çoğaltma, işleme, temsil, yayma, umuma iletim fiiline konu etmeden ondan algısal bir şekilde yararlanan bireylerin bu kullanımı serbest olmalıdır⁵⁵. Bu serbestlikten sırf bilgisayarda meydana gelen teknik ve geçici çoğaltmalar nedeniyle yararlanamıyor olmak hakkaniyetli değildir. Şu halde, teknik amaçlı çoğaltmalar bakımından ortaya çıkan soruna, FSEK’te öngörülen istisnalar haricinde bir çözüm sağlanıp sağlanamayacağı değerlendirilmelidir.

Çalışmanın ileriki bölümlerinde bahsini açacağımız, geçici çoğaltma istisnasına yönelik Avrupa Birliği düzenlemeleri yürürlüğe girmeden önce Birlik ülkelerinde savunulan görüş, eser sahibi açıkça yasaklamadıkça söz konusu çoğaltmalar bakımından örtülü rızanın (*implied licence*) varlığının kabul edilmesi gerektiği yönündeydi⁵⁶. Buna göre; eser sahibi eserini internet ortamına koymakla, mali haklara konu edilmeden eserden yararlanılmasını kabul etmiş sayılmakta ve bu yararlanma gerçekleşirken meydana gelen teknik amaçlı çoğaltmalara katlanmak durumundaydı. Kanaatimizce, oldukça geniş

bir yoruma dayanan örtülü rıza görüşü, mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olmasını ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesini şart koşan FSEK m. 52 hükmü nedeniyle Türk Hukukunda kabul edilebilir nitelikte değildir⁵⁷. Kaldı ki teknik gereklilik nedeniyle gerçekleşen geçici çoğaltmalar, eser sahibinin bu fiile izin vermediğini açıkça belirtmesi halinde dahi serbest kalmalıdır⁵⁸. İzin vermeme halinin “hakkı kötüye kullanma” teşkil edebileceği de tartışılmakla birlikte⁵⁹, FSEK’te eser sahibine tanınan çoğaltma hakkı kapsamında geçici çoğaltmanın açıkça zikredilmesi karşısında, bu hakkın sağladığı yetkilerin kullanılmasının tek başına hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi kanımızca olanaksızdır.

Türk Hukuk öğretisindeki bir görüş de meseleye “zorunlu lisans” çerçevesinde yaklaşılabilirliğini belirtmiştir⁶⁰. Ancak FSEK’te buna imkân sağlayan bir alt yapı bulunmamaktadır⁶¹. Kaldı ki fikri ve sınai haklar bakımından zorunlu lisans kurumu, hak sahibinin kullanım izni vermemesi durumuna karşı getirilen bir tedbir olsa da hakkın üçüncü kişilerce doğrudan ve bedel ödemeksizin kullanılabilir hale gelmesine zemin hazırlamaz. Bilakis zorunlu lisans bakımından mutata olan, zorunlu lisans talep etmeden önce hak sahibinden kullanım izni talep edilmesi ve bu iznin verilmemesi halinde uygun bir bedel karşılığında kullanımın sağlanabilmesi için ilgili mercie başvurulmasıdır⁶². Bu prosedür izlenmeden hak sahibi adına kullanım izni verilebileceğinin

⁵⁴ **Tosun**, Yalçın, ‘Caching ve Hukuksal Çözüm Önerileri’: Atamer, Yeşim (Derleyen) (2004) İnternet ve Hukuk, 1. Baskı, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. s. 550 vd.

⁵⁵ Karşılaştırınız **Tosun**, s. 551.

⁵⁶ Almanya örneği için bkz. **Wandtke & Bullinger**, § 44 a Rn. 30.

⁵⁷ Buna karşın **Akipek ve Dardağan**, eserini bir web sitesine koyan eser sahibinin, kullanıcılara esere erişme, bunu görüntüleme, hatta sadece kişisel kullanımı için bunu basma yetkisini tanıdığı ileri sürülebileceğini belirtmişlerdir, bkz. **Akipek & Dardağan**, s. 76.

⁵⁸ Bu görüşümüzün gerekçesi olarak, bilgi toplumunun gereklilikleri bakımından yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalara yeniden işaret ediyoruz.

⁵⁹ **Tosun**, s. 552.

⁶⁰ **Tosun**, s. 559.

⁶¹ Öğretide yalnızca, birlikte eser sahipliğini düzenleyen FSEK m. 9/2 ve 10/2 hükümleri açısından zorunlu lisansın bulunduğu kabul edilebileceği belirtilmektedir (bkz. **Arslanlı**, s. 152; **Erel**, s. 265).

⁶² Örneğin patent hukuku bakımından bkz. **Sarı**, Onur (2018) ‘Sınai Mülkiyet Kanunu Bağlamında Patent Zorunlu Lisans Sistemi’, *Terazi Hukuk Dergisi*, S:148, C: 13, s. 77 vd.

kabulü, Anayasa m. 35'teki mülkiyet hakkı güvencesinden yararlanan fikri ve sınai haklar açısından düşünülemez. Nitekim öğretilerde de bir tür mülkiyet hakkı olarak nitelendirilen eser üzerindeki hakların yalnızca kanun ile sınırlandırılmasının anayasal bir gereklilik olduğu; kanun tarafından tespit edilmiş her sınırlandırma ve istisnanın Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceği ileri sürülmüştür⁶³. Bununla birlikte, sınırlandırmanın FSEK ile yapılmasının gerekip gerekmediği noktasında, sınırlandırmanın doğrudan hakkın kapsamına yönelik mi olduğu, yoksa üçüncü kişilerin fiillerine yönelik bir hukuka uygunluk nedeni mi teşkil ettiği hususunda bir ayırım yapılması gerekeceği kanaatindeyiz. FSEK m. 23'te düzenlenen yayma hakkı için öngörülen "tükenme" sınırlandırmasında⁶⁴ olduğu gibi doğrudan bir hakkın içeriğine yönelik olarak getirilen sınırlandırmaları yalnızca FSEK'te belirtilen hususlardan ibaret görmek gerekir. Buna karşın FSEK'te eser sahibinin inhisari yetki alanına müdahale edildiğini kabul eden; ancak müdahale fiiline hukuka uygunluk kazandıran tahditler de mevcuttur (FSEK m. 30 vd.). Kanaatimizce bu tahdidî düzenlemelerin yetersiz kalarak hakkaniyete aykırı sonuçlar yarattığı durumlarda, genel hukuka uygunluk nedenlerine de başvurulabilmelidir. Eser sahibinin haklarına tecavüz edilmesi esasen bir haksız fiil olduğundan, haksız fiilde hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 63 hükmü dikkate alınabilir. Nitekim 4271 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 5. maddesinde, bu Kanun ve Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümlerinin,

uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacağı düzenlenmiştir.

TBK m. 63'te öncelikle, kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiilin, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmayacağı öngörülmüş; hükmün ikinci fıkrasında ise her halükarda hukuka aykırı sayılmayacak diğer durumlara yer verilmiştir. Buna göre; zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmayacaktır. Hükümde geçen zorunluluk hali, teknik zorunlulukları içerebilecek bir ifade olmayıp, kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelik ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak için başka çaresi bulunmayan kimselerin üçüncü kişilere karşı gerçekleştirdikleri fiilleri ifade eder⁶⁵. Teknik zorunluluk nedeniyle gerçekleşen çoğaltmada bu şekilde bir tehlikeden söz edilemez. Buna karşın ilgili hükümde hukuka uygunluk nedenleri arasında sayılan "daha üstün nitelikte kamusal yarar", kamu yararı ile eser sahibinin menfaatleri arasında bir denge kurmak amacına hizmet edebilir niteliktedir.

Üstün kamusal yarar, somut olayda çatışan menfaatlerin ortaya konulup birbiriyle karşılaştırılması ve üstün olanının belirlenmesi ile ilişkilidir⁶⁶. Bu bağlamda, eser sahipliğinden doğan haklar ile çatışan hak olarak, anayasal güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden "bilim ve sanat

⁶³ **Özden Merhacı**, Selin (2018) 'Fikri Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmelerde Üç Adım Testi ve Yorumlanması', Terazi Hukuk Dergisi, S: 140, C.13, s. 32.

⁶⁴ FSEK m. 23/2'de, kiralama ve kamuya ödünç verme yetkisi eser sahibinde kalmak kaydıyla, belirli nüshaların hak sahibinin yayma hakkını kullanması sonucu mülkiyeti devredilerek ülke sınırları içinde ilk satışı veya dağıtım yapıldıktan sonra bunların yeniden satışının eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlal etmeyeceği düzenlenmiştir. Yayma hakkının tükenmesi olarak da adlandırılan bu husus, doğrudan eser sahibinin inhisari hakkının kapsamına

getirilmiş bir sınırlandırmadır, bkz. **Öztan**, s. 368. Bir diğer ifadeyle üçüncü kişilerin belirtilen fiili gerçekleştirmeleri, eser sahibinin inhisari hak alanına müdahale niteliğinde değildir.

⁶⁵ **Oğuzman**, Kemal & **Öz**, Turgut (2020) Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.II, 15. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 30 vd.

⁶⁶ **Kara Kılıçarslan**, Seda (2015) Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 40 vd.

hürriyeti (Anayasa m. 27)” akla gelebilir. İlgili Anayasa hükmüne göre; herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.

Bilgi ve iletişim toplumu haline dönüşen dünyamızda, bilgiye ulaşabilmek ve ondan yarar sağlayabilmek temel bir ihtiyaç halini almıştır; ancak özellikle de elektroniğe dayalı iletişim modellerinde çoğaltma fiili gerçekleşmeden bu ihtiyacın karşılanması mümkün değildir⁶⁷. Bu noktada çoğaltma fiili, geçici çoğaltmaları da içine alır şekilde oldukça geniş kapsamlı düzenlenerek, eser sahibinin menfaati azami surette gözetilmiştir. Geçici çoğaltmalar içerisinde teknik zorunluluk arz eden kullanımlara yönelik bir istisna getirilmesi, eser sahibinin geniş kapsamda korunan haklarına “önemli” sayılabilecek ölçüde bir zarar vermeyecektir; buna karşın dijital iletişim ve bilgi akışının sağlıklı bir şekilde yürütülmesini sağlayarak Anayasa m. 27’de öngörülen temel özgürlüğü güvence altına alacaktır. Bu bakımdan teknik amaçla yapılan geçici çoğaltmaları hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmenin daha üstün bir kamusal yarara hizmet ettiği söylenebilir⁶⁸. Ancak bu hukuka uygunluk nedeni dikkate alınırken, teknik zaruret gerektirdiği kapsam ve ölçünün aşılmasına dikkat edilmelidir. Bu bağlamda hangi hususlara dikkat edilmesi gerektiği konusunda, FSEK değişiklik taslağında teknik amaçla yapılan geçici çoğaltmalar için öngörülen istisnanın uygulama koşulları esas alınabilir.

C. TEKNİK AMAÇLA YAPILAN GEÇİCİ ÇOĞALTMALARA İSTİSNA GETİRİLMESİNE DAİR TASLAK HÜKÜM

1. Genel Olarak

Teknik gereklilik nedeniyle gerçekleştirilen geçici çoğaltma eylemleri, Türk Hukukundaki mevcut düzenlemeler çerçevesinde sağlam bir zeminde yer almamakla birlikte, uluslararası anlaşmalar ve AB müktesabı ile uyum sağlama ve dijitalleşme sürecinin bazı gerekliliklerini karşılama amacıyla değişiklik yapılması uzun süredir gündemde olup, buna ilişkin kanun tasarısı taslağında çoğaltma hakkına ilişkin yeni bir istisna öngörülmektedir⁶⁹. Taslak m. 13 ile eklenecek olan FSEK m. 38/A hükmüne göre; teknolojik bir işlem sürecinin ayrılmaz ve esaslı parçası olup tek amacı bir eserin hukuka uygun olarak kullanımını veya bir ağ içerisinde üçüncü kişilere iletimini sağlamak olan ve bağımsız bir ekonomik değer taşımayan geçici veya arıza nitelikteki çoğaltmalar serbesttir. İlgili düzenleme, AB Bilgi Toplumu Direktifinde (2001/29/AT)⁷⁰ üye devletler için zorunlu tutulan tek telif hakkı istisnası olan m. 5/1 hükmü ile paralellik göstermektedir. Türkiye’de kanun koyucu, ilgili hükmü “FSEK m. 38/A” olarak iç mevzuatına alıntılanmayı uygun görerek, bu hükmü FSEK m. 38’de düzenlenen kişisel kullanım istisnasının tamamlayıcısı olarak değerlendirdiği izlenimi vermektedir. Ancak kanımızca istisnanın “bağımsız” bir hukuka uygunluk nedeni olma karakteri daha baskındır. Zira geçici çoğaltma istisnası, çalışmanın ileriki bölümünde ifade edileceği üzere, özel alan dışında ve hatta mesleki faaliyetler çerçevesinde eserden hukuka uygun bir

⁶⁷ Öztan, 475 vd.

⁶⁸ *Tosun’a* göre de kamu yararı çerçevesinde değerlendirilmelidir; ancak yazar, bunun hangi kurum üzerinden yapılacağına dair bir değerlendirme yapmamıştır (Tosun, s. 553 vd.).

⁶⁹ Taslağın ulaşılacağı internet sitesi için bkz. <https://www.ratem.org/fsek-kanun-taslagi> (s.e.t. 28.11.2021).

⁷⁰ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, *OJ L 167, 22.6.2001, p. 10-19*; Direktif metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX%3A32001L0029> (s.e.t. 28.11.2021).

şekilde yararlanmak amacıyla olan kişilerin bu eylemlerinin bilgisayarda meydana gelen geçici teknik çoğaltmalar nedeniyle hak ihlali sayılmasının da önüne geçen bir düzenlemedir. Keza istisna, internet servis sağlayıcılarının aracılık faaliyetlerini yerine getirirken gerçekleştirdikleri geçici çoğaltma fiilleriyle de ilişkilidir. Bu nedenle istisnanın, kişisel kullanım istisnası ile ilişkilendirilmeden bağımsız olarak düzenlenmesi daha isabetli olabilir.

AB Bilgi Toplumu Direktifinde, teknik gereklilik nedeniyle gerçekleştirilen çoğaltmalara ilişkin muafiyetin hakkın kapsamına yönelik bir sınırlama mı yoksa tecavüz fiillerine yönelik bir istisna mı olduğu belirtilmeyerek bu konudaki tercih üye devletlere bırakılmış olmuştur⁷¹. Pek çok üye ülke ilgili hükmü bir “istisna hükmü” olarak iç hukuklarına aktarmışlardır⁷². Hukukumuzda da aynı tutumun sergilendiği söylenebilir. Nitekim taslak metinde, “(...) geçici veya arızı nitelikteki çoğaltmalar serbesttir.” ifadeleri kullanılmıştır. Bir diğer anlamıyla teknik gereklilik nedeniyle gerçekleşen geçici tespitler “çoğaltma” olarak nitelendirilmeye devam edilmiştir; yalnızca, eser sahibinden izin almaksızın gerçekleştirilen teknik amaçlı geçici çoğaltmaların ihlal oluşturmayacağı ortaya konulmaktadır. Bir fiilin, kapsam sınırlandırması değil de “istisna” olarak nitelendirilmesinin pratik önemi, hükmün dar yorumlanması gerekliliği ve üç adım testinin uygulanması bakımından kendini gösterir⁷³.

Bilindiği gibi üç aşamalı test, eser sahibinin haklarının sınırlandırıldığı hallerde bu sınırlandırmanın hukuka uygun olup olmadığının

belirlenmesi konusunda bir ölçüt olma görevi yerine getirmektedir⁷⁴. Testin ilk aşamasında sağlanması gerekli olan husus, istisnanın belirli ve özel bir duruma ilişkin olmasıdır⁷⁵. Bu ölçüt bakımından, geçici çoğaltma istisnasının ilişkili olduğu özel durumun bilgisayar programları ve veri tabanlarını da kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır⁷⁶. Direktifin kapsamını ortaya koyan 1. maddesinde, Direktifin, bilgisayar programları ile veri tabanların yasal korumasıyla ilgili mevcut Topluluk hükümlerini hiçbir şekilde etkilemeyeceği ve bozmayacağı öngörülmüştür. Bu hükmü esas alarak geçici çoğaltma istisnasının bilgisayar programları ve veri tabanlarına uygulanabilir olmadığını savunan görüşler olduğu gibi⁷⁷, hükmün ilgili alanlar açısından kıyasen uygulanabilirliğini savunan görüşler de mevcuttur⁷⁸. FSEK’te çoğaltma hakkının düzenlendiği m. 22’de, bu hakkın, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerini de kapsadığı öngörülmüştür. Yalnızca görüntüleme amacı ile yapılan geçici çoğaltmaların bu kapsamda değerlendirildiğinin özel olarak belirtilmesi, kanımızca istisnanın bilgisayar programları açısından uygulanabilirliğini ortadan kaldırmaktadır. Veri tabanları açısından ise FSEK’te çoğaltma hakkının kapsamına ilişkin bu şekilde bir özel düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle geçici çoğaltma istisnası, veri tabanları açısından da uygulama bulmalıdır.

Getirilen istisnanın/sınırlandırmanın, “eserin normal kullanımına engel teşkil etmemesi gerekliliği, üç-adım testinin ikinci aşaması olarak

⁷¹ **Wandtke & Bullinger**, § 44a Rn. 1.

⁷² Almanya örneği için bkz. **Wandtke & Bullinger**, § 44a Rn. 1; **Ahlberg**, Hartwig & **Götting**, Horst-Peter (Editörler) (2018) *Urheberrecht Kommentar*, 4. Aufl., München, C.H. Beck Verlag, § 44a Rn. 2.

⁷³ **Wandtke & Bullinger**, § 44a Rn. 1; üç adım testi için ayrıca bkz. **Özden Merhacı**, s. 25 vd; **Helvacı**, Serap & **Atar**, Eray Aksın (2016) *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Üç Aşamalı*

Test, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S:3, C: 22, s. 1289 vd.

⁷⁴ **Helvacı & Atar**, s. 1291.

⁷⁵ **Özden Merhacı**, s. 29.

⁷⁶ Bu hususta bkz. **Schricker & Loewenheim**, § 44a Rn. 3 vd.

⁷⁷ **Wandtke & Bullinger**, § 44a Rn. 23.

⁷⁸ Bu yönde **Wandtke & Bullinger**, § 44a Rn. 2; **Schricker & Loewenheim**, § 44a Rn. 4.

karşımıza çıkmaktadır⁷⁹. Sınırlandırmanın, eserden mali biçimde yararlanma olasılığını kayda değer bir şekilde azalttığı durumlarda bu koşulun sağlanmadığı kabul edilmektedir. Testin son aşamasında ise hak sahibinin meşru menfaatlerine makul olmayan ölçüde zarar verilip verilmediği hususu değerlendirilmelidir⁸⁰. Esasen üç adım testi, istisnanın somut olayda uygulanabilirliği değerlendirmesinde bir yorum aracı niteliğindedir. Ancak Bilgi Toplumu Direktifinde ve buna paralel olarak FSEK değişiklik taslağında, üç adım testinin aşamalarının, istisna hükmünün koşulları düzenlenirken gözetildiği dikkat çekmektedir⁸¹. Buna bağlı olarak istisnanın uygulama koşulları, sıkı şartlara tabidir.

2. Taslak Hükmün Uygulama Koşulları

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 38/A hükmü olarak eklenmesi planlanan taslak düzenlemeye göre, geçici çoğaltma istisnasının uygulanması kümülatif bir şekilde sağlanması gereken çeşitli koşullara tabidir. Buna göre çoğaltma; geçici/arızı olmalı, teknolojik bir işlem sürecinin ayrılmaz ve esaslı parçası olmalı, veri aktarımına veya hukuka uygun kullanım amacına hizmet etmeli ve ayrıca bağımsız bir ekonomik değer taşımamalıdır.

a. Geçici veya arızı olma

Çoğaltma hakkına yönelik olarak getirilmesi planlan istisnanın ilk koşulu, çoğaltmanın geçici veya arızı olmasıdır. Sözlük anlamı doğrultusunda geçici olma, kısa ve belli bir süre için olan, çok sürmeyen anlamına gelmektedir. Arızı olmak ise “geçici” olma ya da “sonradan olan, dıştan gelen”

anlamlarını taşımaktadır⁸². Bu şekliyle, geçici olma koşulu ile arızı olma koşulunun birbirinden ne şekilde farklılaştığı net değildir. Ayrıca FSEK taslağında bu ifadeler, Direktif metni ile de uyumlu değildir. Direktif’te geçici (*temporary/vorübergehend*) olma, alternatif bir kriter olarak değil, her halükarda sağlanması gerekli bir koşul olarak ifade edilmektedir⁸³. Bu bağlamda “geçici” olmak, çoğaltma davranışının kendisi ile değil, ortaya çıkan sonuç ile ilgili olup “kısa süreli depolama işlemi” şeklinde anlaşılmalıdır⁸⁴. Dolayısıyla önem arz eden husus çoğaltma fiilinin bir veya birkaç defaya mahsus olması değil, tespit sonucunun süreklilik arz edip etmemesidir. Bununla birlikte Direktif, geçici olmanın nasıl sağlanabileceği ile ilişkili olarak birbirine alternatif iki duruma yer vermiştir. Buna göre geçici olma, oturumun sonlandırılması ya da belirli bir sürenin geçmesinden sonra (*transient/flüchtig*) otomatik olarak silinen veriler bakımından ortaya çıkabileceği gibi anlık (*incidental/begleitend*) yani yalnızca teknik sürece eşlik eder tarzda da kendini gösterebilir⁸⁵.

Şayet FSEK taslağında geçici çoğaltma istisnası açısından AB Direktifi ile uyum sağlanması amaçlanıyorsa, taslaktaki “arızı olma” koşulu Direktif’in İngilizce metnindeki “*transient or incidental*” ifadesine karşılık gelecek şekilde anlaşılmalı ve “geçici” olma koşulu ile birlikte varlık göstermelidir. Geçici ve arızı olma şartını anılan şekillerde sağlayan fiillere örnek olarak tarama (*browsing*), ön belleğe alma (*caching*) ve veri akışı (*streaming*) işlemleri ile nihai kullanıcının bilgisayarının ana

⁷⁹ Helvacı & Atar, s. 1295 vd; Özden Merhacı, s. 30.

⁸⁰ Helvacı & Atar, s. 1297 vd; Özden Merhacı, s. 31.

⁸¹ Karşılaştırınız Özden Merhacı, s. 32.

⁸² <https://sozluk.gov.tr/>

⁸³ Direktif’in İngilizce ve Almanca metinlerinde şu ifadeler yer almaktadır:

«*temporary reproduction, which are transient or incidental reproductions*»

«*Zulässig sind vorübergehende Vervielfältigungshandlungen, die flüchtig oder begleitend sind (...)*»

⁸⁴ Schricker & Loewenheim, § 44a Rn. 7.

⁸⁵ Wandtke & Bullinger, § 44a Rn. 2; ayrıca bkz. ABAD, 5.6.2014- C-360/13 (Public Relations Consultants Association Ltd / Newspaper Licensing Agency Ltd u.a.), GRUR Int. 2014, 694 vd.

belleğinde, ekran kartında vs. gerçekleşen çoğaltma fiilleri verilebilir⁸⁶.

b. Teknolojik bir işlem sürecinin ayrılmaz ve esaslı parçası olma

FSEK tasarısına ilişkin taslak metinde, çoğaltma istisnasının uygulanabilmesi için çoğaltmanın yalnızca geçici/arizi olması yeterli görülmemiş; aynı zamanda çoğaltma işleminin teknolojik bir işlem sürecinin ayrılmaz ve esaslı parçası olması gerekliliği vurgulanmıştır. Esaslı parça olma, teknolojik işlem sürecinin büyük ölçüde çoğaltma fiili sayesinde gerçekleşebilmesi demektir⁸⁷. Bir üst başlıkta sıraladığımız fiiller açısından, bu koşul da teknik olarak sağlanmaktadır⁸⁸. Taslakta öngörülen “ayrılmaz parça olmak” koşulu ise teknik zorunluluk getirme anlamı taşıdığından, Direktif’te aranan “*integral* (bütünleşik)” olma şartından daha sıkıdır. Çoğaltma fiili olmaksızın teknolojik işlemin sorunsuz ve verimli bir şekilde gerçekleştirilemiyor olması, bütünleşik olma şartı için yeterliyken⁸⁹, teknik işlemin hiç gerçekleştirilememesi ayrılmaz parça olma durumu ile ilgilidir. Teknolojik bir işlem sürecinin ayrılmaz parçası olmak ya da teknolojik işlem sürecinin bütünleşik parçası olmak, arama motoru ön bellekleri gibi örnekler bakımından fark yaratabilir⁹⁰. Eser olarak korunan içeriklerin arama motorlarında kısa bir süreliğine ara depoya alınması, arama motoru kullanımı için vazgeçilmez değildir; ancak kullanım verimliliğini artıran, işlem süresini kısaltan bir fonksiyona sahiptir. Sırf ayrılmaz nitelikte olmadığı için bu tür depolama işlemlerini

istisna kapsamına almamak, servis sağlayıcılarını daha basit teknikler kullanarak verimliliği daha az olan yöntemler uygulamaya zorlayabileceğinden kanaatimizce isabetli değildir⁹¹.

c. Veri aktarımına veya hukuka uygun kullanım amacına hizmet etme

Değişiklik taslağı metninde, Bilgi Toplumu Direktifi’ndeki hükme paralel olarak amaçsal bir sınırlama da öngörülmüştür. Buna göre çoğaltmanın tek amacı, bir eserin hukuka uygun olarak kullanımını veya bir ağ içerisinde üçüncü kişilere iletimini sağlamak olmalıdır. “Tek amaç” vurgusu, istisnai hükmün oldukça dar bir uygulama alanı olduğunu ortaya koymaktadır. Hukuka uygun kullanım, nihai kullanıcılar için; üçüncü kişilere veri iletimi sağlamak ise araçlar için öngörülmüş bir amaçsal sınırlamadır⁹².

Hukuka uygun kullanım, eser sahibi tarafından izin verilen ya da telif hakkı istisnaları kapsamında kalan her türlü kullanımdır⁹³. Bu bakımdan örneğin, eserin FSEK m. 24 kapsamında temsili⁹⁴ için eser sahibinden geçerli bir izin alan kişi, eseri çoğaltma hakkının kullanımı konusunda eser sahibinden ayrıca bir izin almamış dahi olsa, temsil esnasında bilgisayar ekran kartında gerçekleşen geçici çoğaltmalardan sorumlu tutulmayacaktır. Eser sahibinin veya Kanun’un verdiği yetkiye dayalı kullanımların yanı sıra, eser sahibinin hakları kapsamına hiç girmeyen (telif hakkı dışında kalan) her türlü kullanım da hukuka uygun kullanımdır⁹⁵. Çalışmamızda da bahsettiğimiz gibi, kişisel ya da mesleki

⁸⁶ **Wandtke & Bullinger**, § 44a Rn. 3 vd; **Ahlberg & Götting**, § 44a Rn. 4 vd.

⁸⁷ **Ahlberg & Götting**, § 44a Rn. 9.

⁸⁸ **Wandtke & Bullinger**, § 44a Rn. 7.

⁸⁹ ABAD, 5.6.2014- C-360/13 (Public Relations Consultants Association Ltd / Newspaper Licensing Agency Ltd u.a.), GRUR Int. 2014, 694 vd.

⁹⁰ **Dreier & Schulze**, § 44a Rn. 6.

⁹¹ Aynı yönde bkz. **Dreier & Schulze**, § 44a Rn. 7.

⁹² **Sucker**, s. 129.

⁹³ Bkz. AB Bilgi Toplumu Direktifi (2001/29/EC- OJ L 167, 22.6.2001, p. 10-19), Resital Bölümü, Nr. 33.

⁹⁴ İlgili hükme göre temsil, bir eserden doğrudan doğruya yahut işaret, ses veya resim nakline yarayan aletlerle umumi mahallerde okumak, çalmak, oynamak ve göstermek gibi temsil suretiyle faydalanma hakkıdır. Temsilin umuma arz edilmek üzere vuku bulduğu mahalden başka bir yere herhangi bir teknik vasıta ile nakli de eser sahibine aittir.

⁹⁵ **Ahlberg & Götting**, § 44a Rn. 13.

faaliyetler kapsamında olup olmaması fark etmeksizin, herhangi bir çoğaltma amacı gütmeyen yalnızca eserden okuma, dinleme, izleme vb. surette yararlanma hususu bu duruma örnektir. İşte teknik gereklilikler nedeniyle ortaya çıkan geçici çoğaltma fiili gerçekleşmemiş olsaydı kullanıcıların davranışlarının hukuka uygun olarak nitelendirilebileceği tüm bu durumlar, söz konusu amaçsal sınırlamanın kapsamındadır⁹⁶. Dolayısıyla görüntüleme işlemi yaparken kullanıcıların bilgisayarlarında oluşan geçici depolamalar, bu istisnadan yararlanabilecektir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı bir kararında, yasal olmayan platformlar üzerinden veri akışına (*streaming*) konu edilen filmlerin izlenmesinin hukuka uygunluk unsurunu karşılanmaması nedeniyle geçici çoğaltma istisnasından yararlanamayacağını öngörmüştür⁹⁷. Bu karar, nihai kullanıcının eyleminin, yayın yapan kaynağın yasal bir platform olup olmadığından bağımsız olarak algısal yararlanma (*Werkgenuss*) kapsamında kaldığı ve dolayısıyla hukuka uygun olduğu yönündeki görüş çelişmektedir⁹⁸. Buna karşın bir diğer görüş, internet dışında yani gündelik hayatta da film seyretmek isteyen kişilerin sinemalara para ödediğini, nasıl ki algısal yararlanma kavramı arkasına sığınılıp bundan imtina edilmesi mümkün değilse internet ortamında da aynısının geçerli olduğunu; dolayısıyla yasal olmayan platformlar üzerinden *streaming*'e konu edilen filmlerin izlenmesinin istisnadan yararlanamayacak olmasının analog ve dijital ortam uygulamaları açısından bir uyumsuzluk yaratmadığını

ileri sürmektedir⁹⁹. Bu fikir çatışması ile ilgili olarak, eser sahibinin rızası dışında umuma iletilen eserler açısından teknik-geçici çoğaltma istisnasının tek başına hukuka uygunluk sağlamayacağı; ancak somut olayda kişisel kullanım istisnasının uygulanabileceği hallerin saklı kalması gerektiği kanaatindeyiz. Geçici çoğaltma istisnası için öngörülen “hukuka uygun kullanım” şartının bağımsız bir anlam taşıması için, yasa dışı platformlardan eser sahibinin izni olmadan yapılan yayınlar kapsamında gerçekleşen her türlü çoğaltmanın (gönderenin değil de muhatabın bilgisayarında gerçekleşmiş dahi olsa) hukuka aykırı olarak değerlendirilmesi gerekir¹⁰⁰. Bununla birlikte kanunumuzda, kişisel kullanım istisnasının uygulanabilirliğini, eserin umuma iletiliminin hukuka uygun olmamasına bağlı kılan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle nihai kullanıcının eyleminin kişisel kullanım istisnası kapsamında değerlendirildiği halleri ayırık tutmak gerekir¹⁰¹.

Taslaktaki diğer amaçsal sınırlama “tek amacı bir eserin hukuka uygun olarak kullanımını veya bir ağ içerisinde üçüncü kişilere iletimini sağlamak” olarak ifade edilmiştir. Hükümde geçen “veya” ifadesi gösteriyor ki, hukuka uygun olarak kullanım amacı ile bir ağ içerisinde üçüncü kişilere iletim sağlamak amacı birbirine alternatif koşullardır. Nihai kullanıcının eylemi hukuka uygun nitelikte olmasa dahi tek amacı bir ağ içerisinde üçüncü kişilere iletim sağlamak olan kişilerin bu eylemi de çoğaltma istisnasından yararlanacaktır¹⁰². Ancak

⁹⁶ Spindler & Schuster, § 44a Rn. 6.

⁹⁷ ABAD, 26.4.2017 – C-527/15 (Stichting Brein/Jack Frederik Wullems) - GRUR 2017, 610, 615.

⁹⁸ Bkz. Wagner, Kristisna (2016) ‘Streaming aus der Sicht des Endnutzers – noch Graubereich oder bereits tiefschwarz?’ GRUR, S:9, s. 878.

⁹⁹ Ensthaler, Jürgen (2014) ‘Streaming und Urheberrechtsverletzung’, NJW, S:22, s. 1555.

¹⁰⁰ Wandtke, Artur-Axel & v. Gerlach, Felix-Tessen (2013) ‘Die urheberrechtliche Rechtmäßigkeit der Nutzung von

Audio-Video Streaminginhalten im Internet’, GRUR, S:7, s. 680.

¹⁰¹ Alman Hukukunda ise kişisel kullanım istisnası, çoğaltılan eserin hukuka aykırı olarak elde edilmiş olduğunun açıkça öngörülebilir olması durumunda uygulanmamaktadır (Alman Telif Yasası m. 53). Bu bağlamda Alman Hukukunda her iki telif hakkı istisnası arasında paralellik sağlanmıştır (Stieper, Malte (2012) ‘Rezeptiver Werkgenuss als rechtmäßige Nutzung - Urheberrechtliche Bewertung des Streaming vor dem Hintergrund des EuGH-Urteils in Sachen FAPL/Murphy’, MMR S:1, s. 17).

¹⁰² Spindler & Schuster, § 44a Rn. 5.

FSEK taslağındaki bu ifadeler, AB Bilgi Toplumu Direktifi metni ile tam olarak örtüşmemektedir. Direktifte, “bir ağ üzerinde üçüncü kişiler arasında yapılan iletişime aracılık etme amacı” ifadesi kullanılarak daha net bir anlatım sergilenmiştir. Bu anlatımdan anlaşılıyor ki, anılan amaçsal sınırlamada üçlü bir ilişki söz konusudur; istisnadan yararlanma hakkı gönderene ya da alıcıya değil, “aracı” faaliyeti yürüten kişiye tanınmıştır¹⁰³. Örneğin proxy servisi, kullanıcı ile kaynak sunucu arasında bir ağ geçidi görevi görür ve bu bağlamda sunucunun kaynaklarını önbelleğe alır. Dolayısıyla proxy önbellekleme işlemi, bu istisna kapsamındadır.

d. Bağımsız bir ekonomik değer taşımama

Geçici çoğaltma istisnasına ilişkin olarak Taslak ve Direktif'te yer verilen son koşul, çoğaltmanın bağımsız bir ekonomik değer taşımamasıdır. Bu koşul, çoğaltmanın sağladığı ekonomik faydanın, teknik kullanım faydasının önüne geçmemesi şeklinde anlaşılmalıdır¹⁰⁴. Teknik kullanım faydasından kasıt, bir üst başlıkta izah edilen “veri aktarımını veya hukuka uygun kullanımı sağlama” faydasıdır. O halde bilgisayarda ya da sunucularda gerçekleşen çoğaltmanın tek amacı bu olduğu gibi, ortaya çıkan teknik fayda da belirtilen bu hususlardan ibaret olmalıdır. Gerçekleşen çoğaltma, yeni ve bağımsız bir kullanım alanı yaratarak kullanıcılar lehine teknik kullanım faydasının ötesine geçen bir fayda sağlıyorsa, istisnadan yararlanamayacaktır¹⁰⁵. Örneğin, kısa bir süre önce WhatsApp uygulamasının özellikleri arasına eklenen, bir kez görüntüledikten sonra kaybolan medyalar gönderebilme

özelliği, bağımsız bir ekonomik değere sahiptir; zira bu özellik sayesinde kullanıcılar, bir fotoğraf ya da videonun karşı tarafın galerisine devamlı olarak kaydedilmesini engelleyerek güvenli paylaşımlarda bulunabileceklerdir.

Yakın geleceğin popüler uygulamalarından biri olacağına kesin gözüyle bakılan artırılmış gerçeklik (*augmented reality*) teknolojisi de bağımsız ekonomik değer taşıması nedeniyle kural olarak geçici çoğaltma istisnasından yararlanamayacaktır¹⁰⁶. Bu teknolojide, bilgisayar destekli bir cihaz (mesela mobil telefon, gözlük ya da video kamera) yardımıyla, kullanıcıların içinde buldukları gerçek ortam, eş zamanlı olarak dijital veriler ile birleştirilebilmekte ve böylelikle kullanıcılar, ihtiyaç duydukları yer ve zamanda söz konusu verilere erişim sağlayabilmektedir¹⁰⁷. Örneğin müze ziyareti gerçekleştiren kişi, gözündeki gözlük ya da elindeki cep telefonu sayesinde bakmakta olduğu iki boyutlu tabloyu üç boyutlu olarak algılayabilmekte ya da tablounun ressamına ait bilgileri eserin bulunduğu ortamda sanal bir şekilde görüntüleyebilmektedir. Bu teknolojinin çalışabilmesi için sanal ortam ile birleştirilmesi istenen nesnenin anlık kaydının alınması yani çoğaltma fiilinin gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁰⁸. Ancak çoğaltma, gerçek dünyayı dijital bilgi ile harmanlayan ve bilginin yeni bir tarz ve yöntemde sunumunu amaçlayan bir teknoloji olarak bağımsız bir ekonomik değere sahiptir¹⁰⁹.

Buna karşılık tarama ve ön belleğe alma işlemleri ile modemlerde, yönlendiricilerde ya da bilgisayarın ana belleği ile grafik kartında meydana

¹⁰³ **Ahlberg & Götting**, § 44a Rn. 12.

¹⁰⁴ ABAD, 29. 09. 2011- 81 O 91/11 (Territoriale Exklusivitätsvereinbarungen bei der Übertragung von Fußballspielen) - MMR 2011, 817; **Spindler & Schuster**, § 44a Rn. 14.

¹⁰⁵ **Dreier & Schulze**, § 44a Rn. 10.

¹⁰⁶ **Hilgert**, Felix (2017) 'Augmented Reality-Ein 360-Blick auf alte Rechtsfragen in neuem Gewand', Computer und Recht, S: 7, s. 474.

¹⁰⁷ Detay için bkz. **Dietrich, Jannis P.** (2021), Augmented Reality-Umgebungen im Urheberrecht, Unpublished Doctoral Thesis, Humboldt-Universität zu Berlin, <http://dx.doi.org/10.18452/22452>, s. 5 vd.

¹⁰⁸ **Hilgert**, s. 474.

¹⁰⁹ **Hilgert**, s. 474.

gelen çoğaltmalar, teknik kullanım faydasının ortaya çıkarılmasına yönelik çoğaltmalar olup, anılan bu son koşulu da sağlamaktadır¹¹⁰.

IV. SONUÇ

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu uyarınca bir eserden işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve umuma iletim fiilleri vasıtasıyla yararlanma hakkı münhasıran eser sahibine ait olsa da üçüncü kişiler, eser sahibinin veya Kanun'un verdiği bir izne dayanarak bu fiilleri gerçekleştirebilmektedir. Öte yandan belirtilen fiillerin hiçbiri gerçekleştirilmeksizin eserden sadece algısal olarak yararlanılması da üçüncü kişiler açısından serbesttir. Ancak normal şartlar altında üçüncü kişiler açısından "eserin hukuka uygun kullanımı" kapsamında kalabilecek bu tür durumlar, dijital ortamda, ağ sunucularında ya da bilgisayarlarda meydana gelen geçici-teknik çoğaltmalar nedeniyle eser sahibinin haklarını ihlal edebilir. Bunun nedeni FSEK'te eser sahibinin mali haklarından "çoğaltma" hakkının oldukça geniş kapsamda düzenlenmiş olması ve Kanun'un öngördüğü istisnaların teknik gereklilik nedeniyle gerçekleşen geçici çoğaltmaları kapsamamasıdır. Bu durum, bilgi toplumunun gereklilikleri ile bağdaşmaz.

FSEK'te yapılacak değişikliklere ilişkin taslak metinde (Taslak m. 13 ile eklenecek olan FSEK m. 38/A) ise fikir ve sanat eserlerinin teknik gereklilik nedeniyle geçici çoğaltılmasına serbesti getirilmektedir. AB Bilgi Toplumu Direktifi'nde (2001/29/AT) üye devletler için zorunlu tutulan tek telif hakkı istisnası olan m. 5/1 hükmü ile de paralellik gösteren taslak düzenlemeye göre; teknolojik bir işlem sürecinin ayrılmaz ve esaslı parçası olup tek amacı bir eserin hukuka uygun olarak kullanımını veya bir ağ içerisinde üçüncü kişilere iletimini sağlamak olan ve bağımsız bir ekonomik değer taşımayan geçici veya arızı nitelikteki çoğaltmalar

serbesttir. Değişiklik metninden anlaşılacağı üzere istisna, sıkı şartlara tabidir.

Çoğaltmanın "geçici" olması, çoğaltma davranışının kendisi ile değil, ortaya çıkan sonuç ile ilgili olup eserin, tespit edildiği ortamda "kısa süreli" kalması şeklinde anlaşılmalıdır. Ayrıca geçici olmak, metnin lafzının aksine, arızı olmaya alternatif değil her halükarda sağlanması gereken bir koşul olarak kabul edilmelidir. Zira Direktif metnindeki ve Direktif metnini iç hukukuna aktaran ülkelerdeki düzenleme bu yöndedir. Arızı olmak ise Direktif'in İngilizce metnindeki "*transient or incidental*" ifadesine karşılık gelecek şekilde anlaşılmalıdır. Dolayısıyla arızı olma, oturumun sonlandırılması ya da belirli bir sürenin geçmesinden sonra otomatik olarak silinen veriler bakımından ortaya çıkabileceği gibi yalnızca teknik sürece eşlik eder tarzda da kendini gösterebilir.

Aranan diğer koşul, çoğaltmanın teknolojik bir işlem sürecinin ayrılmaz ve esaslı parçası olmasıdır. Ayrılmaz parça olmak, "teknik zorunluluk" anlamı taşıdığından, Direktif'te aranan "bütünleşik (*integral*)" olma şartından daha sıkıdır ve bu husus, arama motoru ön bellekleri gibi örnekler bakımından fark yaratacaktır.

Bir başka koşul, çoğaltmanın tek amacının, bir eserin hukuka uygun olarak kullanımını veya bir ağ içerisinde üçüncü kişilere iletimini sağlamak olmasıdır. Hukuka uygun kullanım, nihai kullanıcılar için; üçüncü kişilere veri iletimi sağlamak ise araçlar için öngörülmüş bir amaçsal sınırlamadır. O halde, nihai kullanıcının bu eylemi, eser sahibinin veya Kanun'un öngördüğü bir izne dayalı olan ya da telif hakkı kapsamına hiç girmeyen bir kullanım olmalı ve geçici çoğaltma, bu hukuka uygun kullanım amacına hizmet etmelidir.

Bir ağ üzerinde üçüncü kişiler arasında yapılan iletme aracılık etme amacı bakımından ise üçlü

¹¹⁰ Wandtke & Bullinger, § 44a Rn. 21.

bir ilişki söz konusudur; istisnadan yararlanma hakkı, veriyi gönderene ya da alıcıya değil, “aracı” faaliyeti yürüten kişiye tanınmıştır.

Son koşul ise çoğaltmanın bağımsız bir ekonomik değer taşımasıdır. Bu koşul, çoğaltmanın sağladığı ekonomik faydanın, teknik kullanım faydasının önüne geçmemesi şeklinde anlaşılmalıdır. WhatsApp’ın güncel uygulamalarından anlık fotoğraf gönderebilme özelliği ile yakın geleceğin popüler uygulamalarından biri olacağına kesin gözüyle bakılan artırılmış gerçeklik, kural olarak bu istisnadan yararlanamayacaktır.

Anılan tüm koşulları sağlayan çoğaltma fiillerine örnek olarak; tarama (*browsing*), ön belleğe alma (*caching*) ve yasal platformlardan sağlanan veri akışı (*streaming*) işlemleri ile nihai kullanıcının bilgisayarının ana belleğinde, ekran kartında vs. gerçekleşen çoğaltma fiilleri verilebilir.

FSEK’te değişiklik yapılmasına ilişkin taslağın pozitif düzenleme içerisinde ne zaman yer bulacağı belirsizdir. Bu nedenle, teknik gereklilik nedeniyle gerçekleşen çoğaltmaya ilişkin bir uyuşmazlığın ortaya çıkması halinde nasıl bir yol izleneceğinin belirlenmesi gerekir. Eser sahibinin haklarına tecavüz “haksız fiil” niteliğinde olduğundan, haksız fiilde hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen TBK m. 63 hükmü dikkate alınabilir. Anılan hüküm kapsamında bahsi geçen “daha üstün nitelikte kamusal yarar” ifadesi, somut olayda çatışan kamusal yararlar içinde üstün olanının seçilmesiyle ilişkilidir. Bu bağlamda, eser sahipliğinden doğan haklar ile çatışan hak olarak, anayasal güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden “bilim ve sanat hürriyeti (Anayasa m. 27)” akla gelebilir. Buna göre; herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir. FSEK’te çoğaltma fiili oldukça geniş kapsamlı düzenlendiğinden, teknik gereklilik arz eden geçici çoğaltmalara yönelik bir

istisna getirilmesi, eser sahibinin geniş kapsamda korunan haklarına “önemli” sayılabilecek ölçüde bir zarar vermeyeceği gibi, dijital iletişim ve bilgi akışının sağlıklı bir şekilde yürütülmesini sağlayarak bilim ve sanat hürriyetini hayata geçirecektir. Bu bakımdan teknik gereklilik nedeniyle gerçekleşen geçici çoğaltmalara serbesti getirilmesi, daha üstün bir kamusal yarara hizmet etmektedir.

KAYNAKÇA

- Açıköz,** Ahunur (2021) İnternette İndirilen Dijital Eserlerde Yayıma Hakkının Tükenmesi İlkesi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Ahlberg,** Hartwig & **Götting,** Horst-Peter (Editörler) (2018) Urheberrecht Kommentar, 4. Aufl., München, C.H. Beck Verlag.
- Aksu,** Mustafa (2019) 'Avrupa Adalet Divanının Bazı Kararları Işığında Link Vermeden Dolaylı Sorumluluğun Umuma İletim Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi', İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, C.18, s. 33-62.
- Arslanlı,** Halil (1954) Fikri Hukuk Dersleri II-Fikir ve Sanat Eserleri, 1. Baskı, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası.
- Ateş,** Mustafa (2003) Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Ayiter,** Nüşin (1981) Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara, Sevinç Matbaası.
- Bozbel,** Savaş (2015) Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Bozgeyik,** Hayri (2019) Mimaride Telif Hakları, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Çelik,** Emrah (2007) 'Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında İnternet Ortamında Müzik Eserlerinin Sunumu Yolu ile Umuma İletim Hakkının İhlali' (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Dardağan,** Esra & **Akipek,** Şebnem (2001) 'Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk', S:3, C:50, s. 115 - 139.
- Demirbaş,** Ali (2018) 'Telif Hukukunda İnternet Linki ve Avrupa Adalet Mahkemesi'nin Svensson ve Bestwater Kararları', İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, C: 5, s. 169-186.
- Dietrich,** Jannis P. (2021) Augmented Reality-Umgebungen im Urheberrecht, Unpublished DoctoralThesis, Humboldt-Universität zu Berlin, <http://dx.doi.org/10.18452/22452>.
- Dreier,** Thomas & **Schulze,** Gernot (Editörler) (2018) Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl., München, C.H. Beck Verlag.
- Durmaz,** Gülşah (2016) 'Çoğaltma Hakkı ve Sınırlandırılması' (Yüksek Lisans Tezi) İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Ensthaler,** Jürgen (2014) 'Streaming und Urheberrechtsverletzung', NJW, S:22, s. 1553-1558.
- Erel,** N. Şafak (2008) Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Baskı, Ankara; İmaj Yayıncılık.
- Güneş,** İlhami (2021) Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Helvacı,** Serap & **Atar,** Eray Aksın (2016) 'Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Üç Aşamalı Test', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S:3, C: 22, s. 1289-1302.
- Hilgert,** Felix (2017) 'Augmented Reality-Ein 360-Blick auf alte Rechtsfragen in neuem Gewand', Computer und Recht, S:7, s. 472-479.
- Kara Kılıçarslan,** Seda (2015) Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yollar, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Kılıçoğlu,** Ahmet (2013) Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Marly,** Jochen (2014) 'Bildschirmkopien, Cache-Kopien und Streaming als urheberrechtliche Herausforderungen', EuZW, S:16, C:26 s. 616-619.
- Memiş,** Tekin (2002) Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Oğuzman, Kemal & Öz, Turgut (2020) Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.II, 15. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Özden Merhacı, Selin (2018) 'Fikri Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmelerde Üç Adım Testi ve Yorumlanması', Terazi Hukuk Dergisi, S: 140, C.13, s. 24-34.

Öztan, Fırat (2008) Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi.

Öztrak, İlhan (1971) Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara, Sevinç Matbaası.

Rüther, Felix & **Abarrientos**, Nadine Carla (2015) 'Streaming, Download und P2P – Was ist legal?', InTeR, S:3, C:15, s. 124-132.

Sarı, Onur (2018) 'Sınai Mülkiyet Kanunu Bağlamında Patent Zorunlu Lisans Sistemi', Terazi Hukuk Dergisi, S:148, C: 13, s. 75-88.

Selvi, Özgür (2012) 'Bilgi Toplumu, Bilgi Yönetimi ve Halkla İlişkiler', Gümüşhane Üniversitesi İletişim Fakültesi Elektronik Dergisi, S:3, C:1, s. 191-214.

Spindler, Gerald & Schuster, Fabian (Editörler) (2019) Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl., München, C.H. Beck Verlag.

Stieper, Malte (2012) 'Rezeptiver Werkgenuss als rechtmäßige Nutzung - Urheberrechtliche Bewertung des Streaming vor dem Hintergrund des EuGH-Urteils in Sachen FAPL/Murphy', MMR S:1, s. 12-17.

Sucker, Reinhard (2014) Der Digitale Werkgenuss im Urheberrecht, Tübingen, Mohr Siebeck.

Suluk, Cahit & **Karasu**, Rauf & Nal, Temel (2021) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Tosun, Yalçın, 'Caching ve Hukuksal Çözüm Önerileri': Atamer, Yeşim (Derleyen) (2004) İnternet ve Hukuk, 1. Baskı, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 539-560.

Türkekul, Erdem, 'İnternet Ortamında Fikir ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin sorunlar ve Çözüm Önerileri': Atamer, Yeşim (Derleyen) (2004) İnternet ve Hukuk, 1. Baskı, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 561-596.

Türker, Güneş, 'Bağlantılı Haklar ve Bu Hakların Fikri Hukuk Alanındaki Yeri': Yılmaztekin, Hasan Kadir&Günarlan, Banu Fatma (Editörler) (2020) Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı Bildiriler Kitabı 16-22 Aralık 2019, Ankara, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, s. 83-127.

Wagner, Kristisna (2016) 'Streaming aus der Sicht des Endnutzers – noch Graubereich oder bereits tiefschwarz?' GRUR, S:9, s. 874-882.

Wandtke, Artur Axel & **Bullinger**, Winfried (Editörler) (2019), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 5. Aufl., München, C.H. Beck Verlag.

Wandtke, Artur-Axel & v. **Gerlach**, Felix-Tessen (2013) 'Die urheberrechtliche Rechtmäßigkeit der Nutzung von Audio-Video Streaminginhalten im Internet', GRUR, S:7, s. 676-683.

Yarsuvat, Duygun (1977) Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, 1. Baskı, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası.

<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX%3A32001L0029>> (s.e.t. 28.11.2021). <https://www.ratem.org/fsek-kanun-taslagi> (s.e.t. 28.11.2021).

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: *The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.*

Contributions Statement: *Author has contributed 100% into preparing and writing this study.*

Statement for Support and Appreciation If Any: *None.*

Statement for Conflict of Interest: *None.*

**5718 SAYILI MÖHUK ÇERÇEVESİNDE TELİF HAKKINA İLİŞKİN SÖZLEŞMENİN
ESASINA UYGULANACAK HUKUK***

**THE APPLICABLE LAW TO THE BASIS OF THE COPYRIGHT CONTRACT WITHIN THE
FRAMEWORK OF PIPL No. 5718**

Doç. Dr. Ali Gümrah TOKER**

ÖZ

Milletlerarası özel hukuk kapsamında yer alan kanunlar ihtilâfı kuralları, yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda hangi ülke hukukunun uygulanacağını belirler. Türk milletlerarası özel hukukunda bu düzenlemelere 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da (MÖHUK) yer verilmiştir. Yabancı unsurlu telif hakkına ilişkin sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun tespiti ise MÖHUK m. 28 ile gerçekleştirilir. Bu madde, hem fikri hakların devrine ilişkin sözleşmeleri hem de bu hakların kullanımının devrine ilişkin sözleşmeleri kapsamına almakta; sübjektif ve objektif bağlama kurallarını içermektedir. Telif hakkına ilişkin sözleşmenin esasına uygulanacak hukuku MÖHUK m. 28'e göre tespit ederken bazı sorunlarla karşılaşmaktadır. Çalışmada bu sorunlar ve çözümleri hakkında bilgi verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Fikri Mülkiyet Hakkı, Telif Hakkı Sözleşmeleri, Yabancı Unsur, Kanunlar İhtilâfı Kuralları.

ABSTRACT

The conflict of laws rules within the scope of private international law determines which country's law will be applied in disputes with foreign elements. In Turkish private international law, these regulations are included in the Law No. 5718 on Private International and Procedural Law (PIPL). Article 28 of the PIPL determines the applicable law to the copyright contracts involving a foreign element. This article covers both contracts regarding the transfer of intellectual rights and contracts regarding the transfer of the use of these rights; includes subjective and objective conflict of laws rules. Some problems that may arise while determining the law to be applied to the basis of the copyright contract during the application of the article 28 of PIPL. In this study, the information has been provided about these problems and their solutions.

Keywords: Intellectual Property Right, Copyright Contracts, Foreign Element, Conflict of Laws Rules.

* (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 29.12.2021 / Kabul Tarihi: 13.04.2022).

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi tarafından 26.10.2021 tarihinde düzenlenen IV. Fikri Mülkiyet Hukuku Uluslararası Sempozyumu'nda sunulan tebliğin genişletilmiş makale hâlidir.

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı (gümrah.toker@gmail.com, ORCID: 0000-0003-3413-8529).

Atıf/Citation: **Toker**, Ali Gümrah (2022) "5718 Sayılı MÖHUK Çerçevesinde Telif Hakkına İlişkin Sözleşmenin Esasına Uygulanacak Hukuk", TFM, C:8, S:1, s. 51-73.

I. GİRİŞ

Fikrî mülkiyet hukukunun kapsamına giren telif hakkı sözleşmeleri, esasen eser üzerindeki mali haklara yönelik sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler yolu ile eserin çoğaltılması, temsili ve yayılması gibi haklar, eser sahibi dışındaki kişilere devredilebilmektedir. Teknolojinin gelişmesi, ulaşımın kolaylaşması, dünyanın globalleşmesi ve insan ilişkilerinin gün geçtikçe artmasına bağlı olarak yabancı unsurlu telif hakkına ilişkin sözleşmelerin sayısı gün geçtikçe artmaktadır. Telif hakkı sözleşmelerinin eserin bulunduğu ülke ile sınırlı yapılmaması, eserin menşe ülkesi dışında farklı ülkelerle de ilişkili olması ve buna bağlı olarak farklı hukuk kurallarının uygulanmasını gerektiren hâllerle karşılaşılması, telif hakkı sözleşmelerine hangi hukukun uygulanması gerektiği sorusunu doğurmaktadır.

Yabancı unsurlu sözleşmeler, birden fazla ülke ile irtibatlı bulunan sözleşmelerdir. Taraflar arasında yabancı unsurlu sözleşmeye dair uyumsuzluk ortaya çıkmışsa, hangi ülke hukukunun uygulanacağı konusunda ya taraf olunan milletlerarası sözleşmelerdeki hükümler ya da ülkelerin milli hukukları kapsamında yer alan düzenlemeler vasıtasıyla sonuca ulaşılmaktadır.

Türk milletlerarası özel hukukunda bu düzenlemelere 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da¹ (MÖHUK) yer verilmiştir. Yabancı unsurlu sözleşmelere uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 24'te genel nitelikli bir bağlama kuralı ile düzenlenmiş ve bu kural ile çeşitli sözleşme türlerine dayanan ilişkiler bir çatı altında birleştirilmiştir. Bununla birlikte MÖHUK'ta, önemleri dolayısıyla bazı özel sözleşme tiplerine uygulanacak hukukun tespitine ilişkin bağlama kuralları, 25 ilâ 29. maddelerde düzenlenmiştir.

MÖHUK'ta düzenlenen özel bağlama kuralı getirilen maddelerden biri de "Fikrî Mülkiyet Haklarına İlişkin Sözleşmeler" başlıklı MÖHUK m. 28'dir. Bu madde, yabancı unsurlu telif hakkına ilişkin sözleşmenin esasına uygulanacak hukuku da belirler. Bu maddenin birinci fıkrası ile taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmış, ikinci fıkrasında ise tarafların hukuk seçiminde bulunmaması hâlinde karakteristik edim borçlusu esas alınarak bağlama noktaları oluşturulmuştur. Ayrıca maddede bir de istisna kuralına da yer verilmiş; hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmenin bu hukuka tâbi olacağı öngörülmüştür. Üçüncü fıkrada ise işçinin, işi kapsamında ve işinin ifası sırasında meydana getirdiği fikrî ürünler üzerindeki fikrî mülkiyet haklarına ilişkin olarak işçi ile işveren arasında kurulan sözleşmeler, iş sözleşmesine uygulanacak hukuka tâbi kılınmıştır.

Telif hakkı sözleşmesinin kendine özgü yapısı nedeniyle MÖHUK m. 28 kapsamında bu tür sözleşmelere uygulanacak hukuk belirlenirken gerek taraflarca yapılan hukuk seçimi gerekse de karakteristik edimin belirlenmesi aşamasında çeşitli sorunlarla karşılaşmaktadır. Bu kapsamda değerlendirme yapabilmek için öncelikle telif hakkı sözleşmesi hakkında genel bilgiler verilmiş, MÖHUK'un uygulama alanı bulması ve vasiyetlendirme sorunu üzerinde durulmuştur. Daha sonra çalışmanın konusu olan ve telif hakkı sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 28'de yer alan subjektif ve objektif bağlama kuralları değerlendirilmiştir. Değerlendirme sırasında konu ile bağlantılı olan MÖHUK m. 23, 24 ve 27 hakkında da açıklamalarda bulunulmuştur.

¹ 12.12.2007 Tarihli ve 26728 Sayılı Resmî Gazete.

II. TELİF HAKKI SÖZLEŞMESİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Eser sahibi, meydana getirdiği eser üzerindeki telif hakkının sahibidir. Sahibine mali ve manevi yetkiler tanıyan telif hakkının kullanımı münhasıran eser sahibine aittir. Fikir ve sanat eserleri üzerinde sahiplerinin mali ve manevi hakları, Türk hukukunda 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu² (FSEK) ile korunmaktadır.

Eser sahibi, bazı saiklerle bu hakkını veya hakkın kullanımını bir başkasına devredebilir. Eserden iktisaden faydalanmak en önemli saiktir. Ayrıca bu hakların kullanımı çoğu zaman teknik bilgi ve uzmanlık gerektireceğinden eser sahibi, eseri meydana getirmesinden doğan haklarını tek başına kullanamadığı veya kullanabilmesinin hayatın olağan akışına göre mümkün olmadığı hâllerde de bu yollara başvurulabilir³. Hakkın veya hakkın kullanımını da bir başkasına devri, sözleşme vasıtasıyla yapılabilmektedir⁴.

Telif hakkı sözleşmesinin konusu, eser üzerindeki mali hakların devridir. Taraflar arasında akdedilecek sözleşme ile eserin yayma ve çoğaltma hakkı, temsil hakkı, işletme hakkı da devredilebilir⁵. Asli iktisabı konu alan FSEK m. 48/I'e göre eser sahibi veya mirasçıları kendilerine kanunen tanınan mali hakları süre, yer ve içerik itibarıyla sınırlı veya sınırsız, karşılıklı veya karşılıksız olarak başkalarına devredebilirler. Mali hakların sadece kullanma yetkisinin (ruhsat) de diğer bir kimseye bırakılabileceği FSEK m. 48/II'de ayrıca düzenlenmiştir. Devren iktisabı düzenleyen FSEK m. 49'e göre eser sahibi veya

mirasçılarından mali bir hak veya böyle bir hakkı kullanma yetkisini iktisap etmiş olan bir kimse, ancak bunların yazılı muvafakatiyle bu hakkı veya kullanma yetkisini başka bir kişiye devredebilir. Ayrıca FSEK m. 50'de belirtilen bu tasarruf muamelelerine dair taahhütlerin, eser henüz vücuda getirilmeden önce yapılmış olsa dahi geçerli olduğu öngörülmüştür.

Hakkın devri ile hakkın kullanımının devri aynı şeyi ifade etmemektedir. Hakkın devreden sahibinin malvarlığından çıkıp devralanın malvarlığına girmesi hakkın devridir. Buna karşı hakkın kullanımının devrinde hak, sahibinin malvarlığından çıkmamakta, hakkı devralan sadece kullanım hakkına sahip olmaktadır. Mali hakların kullanım hakkı, Kanunda "ruhsat", uygulamada ise genellikle "lisans" olarak ifade edilmektedir.

Telif hakkı, eserin somutlaştığı maddi eşyanın varlığından bağımsızdır. Telif hakkının üzerinde somutlaştığı eşyadan ayrı bir hukukî varlığa sahip olduğu kabul görmektedir. Dolayısıyla, taraflar arasında akdedilen telif hakkı sözleşmesine bağlı olarak maddi eşyanın mülkiyetinin devri gerçekleşmeyeceği gibi aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça maddi eşyanın mülkiyetini devralan kişi de eser üzerinde telif hakkı sahibi olmaz⁶.

Eser sahibi, eserin yayma ve çoğaltma hakkını, temsil hakkını, işletme hakkının hepsini tek sözleşme ile devredebileceği gibi her birini, ayrı sözleşmeler ile devredebilir. Bu durumda telif hakkı ile ilgili yayım sözleşmesi, temsil sözleşmesi, işletme sözleşmesi gibi sözleşmelerin dikkate alınması

² 13.12.1951 Tarihli ve 7981 Sayılı Resmî Gazete.

³ **Öztürk**, Ayşenur (2019) Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Telif Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, On iki levha, İstanbul, s. 59.

⁴ Eser üzerindeki haklar, sözleşmeyle devredilebileceği gibi miras yoluyla da geçebilir. Bilgi için bkz. **Tekinalp**, Ünal (2012) Fikrî Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Baskı, Vedat, İstanbul, s. 226 vd; **Gökyayla**, Emre K. (2000) Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri

Sözleşmesi, Yetkin, Ankara, s. 53 vd; **Suluk**, Cahit/**Karasu**, Rauf/**Nal**, Temel (2018) Fikrî Mülkiyet Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin, Ankara, s. 124 vd.

⁵ Eserden doğan mali haklar için bkz. **Tekinalp**, Ü. s. 182 vd; **Gökyayla**, s. 158 vd; **Suluk/Karasu/Nal**, s. 90 vd; **Bozbel**, Savaş (2015) Fikrî Mülkiyet Hukuku, On İki Levha, İstanbul, s. 71 vd.

⁶ Bkz. FSEK m. 57.

gerekir. Bu sözleşmelerin hepsi telif hakkı sözleşmesi başlığı altında değerlendirilebilir⁷.

Telif hakkı sözleşmesinin tarafları, hakkın veya hakkın kullanımını devreden taraf ve devralan taraftır. Devreden taraf, eser sahibi veya mirasçısı ya da bu kişilerden yazılı muvafakat almak şartıyla bu kişilerden hakkı devralan veya hakkın kullanımını devralan kişilerdir. Devralan taraf ise sözleşme uyarınca hakkın kendisini veya kullanım hakkını devralmayı amaçlayan kişidir⁸.

Telif hakkı sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir. Sözleşme ile devreden hakkın varlığını tekeffül borcunu ve eseri teslim borcunu, devralan da sözleşme ivazlıysa bedeli ödeme ve hakkı kullanma borcunu üslenmektedir⁹.

III. MÖHUK'UN UYGULAMA ALANI BULMASI

Yabancı unsurlu telif hakkı sözleşmelerine Türk hukukundaki maddi hukuk hükümlerinin doğrudan uygulanması mümkün değildir. Zira yabancı unsurlu özel hukuk ilişkilerinden doğan ihtilâflarda uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilâfî kurallarının temel amacı, uyumsuzluk ve uyumsuzluğun tarafları ile en sıkı ilişkiye sahip olan hukukun maddi kurallarını tespit etmektedir. Uyumsuzluk ve uyumsuzluğun tarafları ile en sıkı ilişkiye sahip olan hukukun maddi hukuk kurallarının uygulanması ile “milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti”¹⁰ sağlanacaktır. Dolayısıyla yabancı unsurlu

telif hakkına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk, 5718 sayılı MÖHUK'ta yer alan düzenlemeler aracılığı ile tespit edilecektir. Bu noktada öncelikle genel olarak MÖHUK ve bu Kanunun uygulama alanından bahsedilmesi yararlı olacaktır.

MÖHUK m. 1'de öncelikle Kanunun uygulanabilme koşulları sayılmış, daha sonra da kapsamı hakkında bilgi verilmiştir. Bu Kanunun uygulanabilmesi için iki koşulun bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir. Birinci koşul, taraflar arasındaki uyumsuzluğa konu olan işlem veya ilişkinin yabancılık unsuru taşıması, ikinci koşul ise bu işlem veya ilişkinin özel hukuka ilişkin olmasıdır.

MÖHUK m. 1/I'de ise “yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerden” söz edilmiştir. Buna karşı bu maddede yabancılık unsurunun ne tanımı yapılmıştır ne de bu kavramın açıklanmasına yönelik bir düzenleme getirilmiştir.

Yabancı unsur, taraflar arasındaki hukukî ilişkinin birden çok hukuk sistemi ile bağlantılı olması anlamına gelmektedir. “Yabancı unsurlu özel hukuk ilişkileri” tabiri ile şahsî, coğrafi ve konu itibarıyla yabancı bir hukuk sistemi ile irtibatlı olan özel hukuk ilişkileri kastedilmektedir. Dolayısıyla taraflar arasındaki sözleşmenin yabancı unsurlu olup olmadığını tespit ederken tarafların farklı devlet vatan-daşı olup olmadıklarına, farklı ülkelerde yerleşim yerine veya mutad meskene sahip olup olmamalarına, sözleşme konusu şey, hizmet ya da ödemelerin bir ülkenin sınırlarını aşmış gibi hususlara

⁷ Bu sözleşmelerden sadece yayım sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (04.02.2011 Tarihli ve 27836 Sayılı Resmî Gazete) düzenlenmiş diğer sözleşmeler ise isim-siz sözleşme niteliğinde kabul edilmiştir. FSEK m. 48 ilâ 65. maddeler arasında düzenlenen “Sözleşme ve Tasarruflar” başlıklı dördüncü bölümünde yayım sözleşmesi dışındaki diğer sözleşmelere ilişkin genel hükümlere yer verilmiştir. Yayım sözleşmesi ayrıca bkz. Sekizinci Bölüm, TBK m. 487-501. Bu sözleşme için ayrıca bkz. **Tekinalp**, Ü. s. 251 vd.

⁸ **Gökyayla**, s. 195 vd.

⁹ **Gökyayla**, s. 245 vd; **Öztürk**, s. 74 vd.

¹⁰ Milletlerarası özel hukukun hakkaniyet anlayışı için bkz. **Nomer**, Ergin (2021) Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 23. Bası, Beta, İstanbul, s. 14 vd; **Çelikel**, Aysel/**Erdem**, Bahadır (2021) Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Bası, Beta, İstanbul, s. 34 vd; **Tekinalp**, Gülören (2020) Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları, Vedat, İstanbul, s. 27 vd; **Şanlı**, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman-Figanmeşe**, İnci (2021) Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Bası, Beta, İstanbul, s. 29 vd; **Doğan**, Vahit (2022) Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Baskı, Savaş, Ankara, s. 205 vd; **Güngör**, Gülin (2021) Türk Milletlerarası Özel Hukuku, Yetkin, Ankara, s. 69 vd.

dikkat ederek sonuca varılacaktır¹¹. Görüldüğü üzere yabancılık unsurunun varlığı, hukukî işlem veya ilişkinin türüne göre her somut uyumsuzluk açısından ayrıca tespit edilir. Günümüzde bir eser, sadece menşe ülkesinde tedavül görmeyebilir; menşe ülke dışında da başka bir ülke ile sözleşmesel ilişki içinde bulunabilir. Böyle bir durumda taraflar arasındaki sözleşme yabancı unsura sahiptir¹². Telif hakkı sözleşmesinin de yabancı unsura sahip olması, ilgili sözleşmesel ilişkinin birden fazla ülke ile irtibatlı olmasına dayanmaktadır.

MÖHUK'un uygulanabilmesi için gerekli olan ikinci koşula göre uyumsuzluk konusu olan işlem veya ilişki, özel hukuka ilişkin olmalıdır. Özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerin tespiti yabancılık unsurunun tespitine göre daha kolaydır. Günümüzde fikrî ve sınaî mülkiyet hukuku alanında yabancılık unsuru taşıyan sayısız özel hukuk ilişkisi mevcuttur. Telif hakkı sözleşmesinden doğan uyumsuzluklar da özel hukuka ilişkin olup MÖHUK kapsamına girmektedir.

MÖHUK'un kapsamı üç konu ile sınırlandırılmıştır. Bunlar, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ve yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizidir. Çalışmanın konusu, yabancı unsurlu telif hakkı sözleşmesinden doğan bir uyumsuzlukta uygulanacak hukukun tespiti olduğundan yabancı unsurlu telif hakkı sözleşmesi ile irtibat hâlinde bulunan birden fazla hukuktan

hangisinin uygulanacağı MÖHUK'ta yer alan ilgili kanunlar ihtilâfı kuralları ile belirlenecektir. MÖHUK'ta yer alan bu kurallar, Türk millî hukukunun bir parçasıdır.

Türk milletlerarası özel hukuk sisteminde MÖHUK'un yanı sıra milletlerarası sözleşmelerin de önemli yeri vardır. Yabancılık unsuru içeren ve özel hukuka ilişkin bazı işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türkiye'nin taraf olduğu ilgili milletlerarası sözleşmeler ile belirlenir. Ayrıca yine Türkiye'nin taraf olduğu bazı milletlerarası sözleşmelerde ise milletlerarası özel hukukun belirli alanlarında uygulanacak maddi hukuk kuralları da yer almaktadır. Taraf olunan milletlerarası sözleşmeler, ikili veya çok taraflı sözleşmeler olabilir. Milletlerarası sözleşmelerin MÖHUK'a nazaran öncelikle uygulanması gerekmektedir. MÖHUK m. 1/II'de millî hukukumuzla aktarılan milletlerarası sözleşmeler saklı tutulmuş; bu sözleşmeler ile getirilen kuralların, MÖHUK'ta yer alan kurallara nazaran öncelikle uygulanması gerektiğinin altı çizilmiştir. Bu noktada "*yabancı unsurlu telif hakkı sözleşmesine uygulanacak hukuku tespitine yarayan kanunlar ihtilâfı kurallarını içeren bir milletlerarası sözleşmeye Türkiye taraf mıdır?*" sorusu akla gelmektedir.

Fikrî hakların milletlerarası düzeyde korunmasına yönelik olarak Türkiye'nin taraf olduğu çok sayıda ikili ve çok taraflı milletlerarası sözleşmeler vardır¹³. Buna karşı yabancı unsurlu

¹¹ Yabancılık unsuru hakkında bkz. **Nomer**, s. 5 vd.; **Özdemir**, Hatice (1999) "MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme ve Uluslararası Sözleşme Kavramları" İBD, C. 73, S. 10-11-12, 1999, s. 927 vd.; **Tekinalp**, s. 20; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 5 vd.; **Doğan**, s. 6 vd.; **Aygün**, Mesut (2014) "Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü" Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, DEUHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1025 vd.; **Güngör**, s. 29 vd.

¹² **Öztürk**, s. 85.

¹³ Fikrî hakların milletlerarası alanda korunmasına yönelik Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelere örnek

olarak 1886 tarihli "Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi"ni (RG. 21.09.1953-8513) ve bu sözleşmede değişiklik yapan 1979'da tadil edilen "Paris Metni"ni (RG. 21.10.2003-25266), 1961 tarihli "İcracı Sanatçılar, Fonogram Yapımcıları ve Yayın Kuruluşlarının korunmasına dair Roma Sözleşmesi"ni (RG. 21.10.2003-25266), "Dünya Fikrî Mülkiyet Teşkilatını (WIPO) Kuran Sözleşme"ye ülkemizin katılmasını (RG. 19.11.1975-15417), Dünya Ticaret örgütünü kuran anlaşmanın (RG. 25.2.1995-22213) eklerinden biri olan "Ticarette Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları (TRIPS) Anlaşması"ni ve "Ticarette Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Anlaşmasını Değiştiren Protokol"ü

fikrî haklardan doğan uyuşmazlıkların çözümüne yönelik kanunlar ihtilâfî kurallarını düzenleyen milletlerarası sözleşmeler açısından aynı sonuca varılamamaktadır. Şöyle ki, bu tür sözleşmeler üzerinde anlaşılması çok zorlu bir süreçtir. Bu konuyu düzenleyen bir milletlerarası sözleşmenin hazırlanması ve devletlerin taraf olması için sözleşmede yer alacak kanunlar ihtilâfî kuralları konusunda bu devletlerin anlaşabilme ihtimali bulunmalıdır¹⁴. Milletlerarası alanda fikrî hakları düzenleyen kanunlar ihtilâfî kurallarına yönelik yeknesaklaştırma çalışmaları yapılmaya çalışılsa da bu çalışmalar ya başarısız olmuştur¹⁵ ya da bağlayıcı olmayan ve tavsiye niteliğinde olan prensiplerden¹⁶ öteye gitmemiştir. Bunun sebebi ise fikrî hakların sosyo-ekonomik yönünün ağır basmasından kaynaklanmakta, dolayısıyla da devletler, egemenlik haklarını ileri sürerek bu haklarından vazgeçmek istememektedirler¹⁷. Bu sebeple Türkiye de fikrî haklara ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuku gösteren bir milletlerarası sözleşmeye taraf olmadığından telif hakkına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin tek yetkili hukukî düzenleme MÖHUK'ta yer alan kanunlar ihtilâfî kurallarıdır.

MÖHUK'un kapsamı hakkında açıklamalarda bulunurken yabancı unsurlu özel hukuka

ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukukun bu Kanun hükümleri uyarınca belirleneceğinden bahsetmiştik. Yabancı unsurlu telif hakkı sözleşmesine uygulanacak hukuk, MÖHUK'ta yer alan ilgili kanunlar ihtilâfî kuralları uyarınca belirlenecektir. 2675 sayılı Mülga Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da¹⁸ bu konuda özel bir düzenleme olmamasına ve bu konu sözleşme ilişkisini düzenleyen tek madde olan "Sözleşmeden doğan borç ilişkileri" başlıklı 24. maddesinde düzenlenmesine rağmen yürürlükte olan 5718 sayılı Kanunda bu konuda özel bir hükme 28. maddede yer verilmesi yerinde bir gelişme olmuştur.

Türk mahkemesi önüne gelen yabancı unsurlu telif hakkı sözleşmesinden doğan bir ihtilâfa hangi hukukun uygulanması gerektiği MÖHUK'un "Fikrî Mülkiyet Haklarına İlişkin Sözleşmeler" başlığını taşıyan 28. maddesinde yer alan özel düzenleme aracılığıyla tespit edilecektir.

IV. VASIFLANDIRMA SORUNU

Vasıflandırma, milletlerarası özel hukukun önemli sorunlarından biridir. Karşılaştırmalı hukukta, kanunlar ihtilâfî kurallarında yer alan bağlama konularını düzenleyen kavramların çeşitliliği

(15.3.2014-28942) gösterebiliriz. Bunların yanında Türkiye'nin çeşitli ülkelerle akdettiği fikrî mülkiyetin korunmasına ilişkin iki taraflı birçok iş birliği anlaşması da mevcuttur.

¹⁴ Öztürk, s. 93.

¹⁵ Örneğin, Lahey Konferansında 1999 yılında hazırlanan fikrî haklar da dâhil olmak üzere özel hukuk yargılamasının birçok alanını kapsayan "Medeni ve Ticari Konularda Yabancı Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Yargılaması Hakkında Sözleşme'nin taslak metninde özellikle fikrî hakları düzenleyen hükümler kabul görmemiş, taslak metnin Sözleşmeye dönüştürülmesi engellenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Dreyfuss**, Rochelle C. / **Ginsburg**, Jane C. (2002), "Draft Convention on Jurisdiction and Recognition of Judgments in Intellectual Property Matters", Symposium on Constructing International Property Law: The Role of National

Courts, Chicago-Kent Law Review, Vol. 77, Issue 3, Art 5, s. 1065 vd.

¹⁶ Örneğin Avrupa'da Max Planck Enstitüsü bünyesinde kurulan "Fikrî Mülkiyetten Doğan Kanunlar İhtilâfî Grubu", fikrî haklarla ilgili uyuşmazlıkların tâbi olduğu Kanunlar ihtilâfî konusunda çalışmalar yapmış, ilke niteliğinde ancak bağlayıcı olmayan tavsiye niteliği taşıyan kurallar oluşturmuşlardır. Amerika Birleşik Devletleri'nde ise Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından bağlayıcı olmayan ve tavsiye niteliğindeki prensipler oluşturulmuştur. Bu prensiplere, "Fikrî Mülkiyet: Sınır Aşan İhtilâflarda Mahkemelerin Yetkisi, Hukuk Seçimi ve Hükümlerle İlgili İlkeler-ALI Prensipleri" denilmektedir. Bkz. **Öztürk**, s. 94; ALI Prensiplerinin İngilizce metni için <<https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/7687>> (Nisan 2022).

¹⁷ Öztürk, s. 93.

¹⁸ 22.5.1982 Tarihli ve 17701 Sayılı Resmî Gazete.

az olsa da hukuk sistemlerinde yer alan kavramların kapsadığı hayat ilişkileri, her hukuk sistemi bakımından farklı değerlendirilebilmektedir. Bu durumda münferit hayat ilişkilerinin vasıflandırılması sırasında hukuk düzenlerinin birbirinden farklı sonuçlara ulaşabilme ihtimali ortaya çıkmakta, bu durum da vasıflandırma sorununa neden olmaktadır¹⁹.

Yabancı unsurlu özel hukuka ilişkin bir ihtilâfi çözmek için kanunlar ihtilâfi kuralı vasıtasıyla uygulanacak hukuku tespit edecek hâkimin karşılaşacağı ilk sorun vasıflandırma sorunudur. Birden çok hukuk düzeni ile ilişkili bir uyumsuzluk söz konusu olduğu zaman hâkim, uyumsuzluk konusu olan hayat ilişkisinin hangi hukuk düzeni içinde yorumlayacağını tespit etmelidir. Yapılacak bu vasıflandırma sonucunda uyumsuzluğun hangi kanunlar ihtilâfi kuralları aracılığıyla da çözümlenebileceği belirlenir.

Kanunlar ihtilâfi kuralları ya da diğer adıyla bağlama kuralları, bağlama konusu ve bağlama noktasından oluşmaktadır. Bağlama konusu, uyumsuzluğun konusu olan hayat ilişkisi, bağlama noktası ise bağlama konularının belirli bir devletin hukukuna bağlanarak çözümlenmesini sağlayan maddi vakıalar olarak tanımlanmaktadır²⁰. Hâkim, uygulanacak hukuku tespit etmek için ihtiyaç duyduğu kanunlar ihtilâfi kuralını belirlerken gerek bağlama konusunu gerekse de bağlama noktasını yorumlamalıdır. “*Hâkimin yapacağı bu yorum, hangi hukuk düzeninin sınırları içinde yapılmalıdır?*” Bu sorunun cevaplandırılması gerekmektedir.

Milletlerarası özel hukukta vasıflandırmaya dair ihtilâfların çözümünde temel olarak iki yöntem benimsenmiştir. Bağlama konusu olan hayat ilişkisinin vasıflandırılmasında birinci yöntem, hâkimin hukukuna (lex fori) göre vasıflandırma, ikinci yöntem ise uyumsuzluğa tatbik edilecek hukuka (lex causae) göre vasıflandırma yani hüküm statüsüne göre vasıflandırmadır²¹.

Türk öğretisi ve uygulamasında genel kabul gören teoriye göre bağlama konusunun vasıflandırılması, hâkimin hukukuna (lex fori) göre yapılmalıdır. Ancak uyumsuzluğa tatbik edilecek hukukun (lex causae) yorumuna gitmenin daha hakkaniyetli olabileceği hâllerde bu hukukun dikkate alınması gerektiği kabul görmektedir²². Sonuç olarak, vasıflandırma yöntemi tercih edilirken milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine en uygun düşen çözüm yolunun belirlenmesi ve vasıflandırmanın bu ilke çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Bağlama noktasının vasıflandırılması ise daha kolaydır. Bağlama noktalarının konusunu teşkil eden maddi vakıalara farklı hukuk sistemlerinde farklı anlamlar atfedilmesi sonucu ortaya çıkan sorun, ilgili bağlama noktasının düzenlendiği ülke hukukunca yorumlanması ile rahatça ortadan kaldırılabilmektedir²³.

Telif hakkına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 28’e gidebilmek için yapılan vasıflandırma sonucunda bağlama konusunun telif hakları üzerinde borç doğuran sözleşmelere ilişkin olduğunun tespit edilmesi gerekir. Bu noktada milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine

¹⁹ Milletlerarası özel hukukta vasıflandırma sorunu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Nomer**, s. 96 vd; **Çelikel/Erdem**, s. 74 vd; **Tekinalp**, s. 36 vd; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 55 vd; **Doğan**, s. 220 vd; **Güngör**, s. 48 vd.

²⁰ **Çelikel/Erdem**, s. 61.

²¹ Vasıflandırma ile ilgili kabul gören bir diğer yöntem, karşılaştırmalı hukuk kurallarından yararlanarak bağımsız ve özel olarak kanunlar ihtilâfi hukuku için oluşturulmuş kavramlara (Bağımsızlık teorisi) göre vasıflandırmadır. Ayrıca bu yöntemlerin değişik şekilleri olarak da ifade edilen

görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşler için bkz. **Nomer**, s. 103; Bu yöntemler dışında kabul gören diğer bazı yöntemler, “Karma Yorum” başlığı altında toplanabilir. Bu yöntemler, “Genişletilmiş Lex Fori” ve “Kademeli Yorum”dur. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tekinalp**, s. 38.

²² **Nomer**, s. 104; **Çelikel/Erdem**, s. 88; **Tekinalp**, s. 37-38; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 59; **Doğan**, s. 224.

²³ **Nomer**, s. 107; **Çelikel/Erdem**, s. 89; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 51-52; **Güngör**, s. 51.

aykırı düşmemek kaydıyla hâkimin hukukuna yani Türk mahkemesi, Türk hukukuna göre vasıflandırma yapmalıdır. Hâkim, Türk hukuku uyarınca yaptığı vasıflandırma sonucunda telif hakkına ilişkin sözleşmesel bir uyumsuzluğun olduğunu tespit ediyorsa borçlandırıcı işlem sözleşme statüsüne tabi olacağı için MÖHUK m. 28 uygulanacaktır. Buna karşı hakkın özüne ilişkin bir ihtilâf varsa MÖHUK m. 23'te²⁴ taraflara sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanınmış²⁵, hukuk seçimi yoksa koruma ülkesinin hukukunun yetkili olacağı düzenlenmiştir²⁶. Hakkının devredilip devredilemeyeceği, hakkın devrinin kapsamı, devir hakkının kim tarafından kullanılacağı gibi fikrî hakkın özü ile uyumsuzlukların hak statüsüne tabi kılınması²⁷ ve yetkili hukukun koruma ülkesi hukuku olması fikrî haklar bakımından esas alınan “ülkesellik prensibi”nin²⁸ Türk kanunlar ihtilâfı hukukunda da kabul edildiğini göstermektedir²⁹.

Daha açık bir anlatımla, Türk hâkimi yaptığı vasıflandırma sonucunda taraflar arasındaki uyumsuzluğun telif hakkın doğumu, varlığı, içeriği, niteliği, elde edilmesi, devri, kullanılması, ihlâli, sona ermesine ilişkin olduğunu tespit ediyorsa MÖHUK m. 23 uyarınca koruma ülkesi hukukunu yetkili hukuk olarak belirlemeli; buna karşı uyumsuzluk, telif haklarına ilişkin sözleşmenin meydana gelişi, içeriği, yorumu, sözleşmenin ihlâlinin veya ifanın yerine getirilmemesi gibi konulara ilişkinse çalışmamızın konusu olan MÖHUK m. 28'i uygulamak suretiyle yetkili hukuku tespit etmelidir³⁰.

Daha sonra da üzerinde duracağımız üzere MÖHUK m. 28'de yer alan bağlama noktaları, telif hakkını veya onun kullanımını devreden tarafın sözleşmenin kuruluşu sırasındaki “işyeri hukuku” yoksa “mutad meskeni hukuku”dur. Bu bağlama noktaları, MÖHUK'ta yani Türk hukukunda yer aldığından bu kavramların vasıflandırılması Türk hukuku uyarınca yapılmalıdır³¹.

²⁴ 2675 Sayılı Mülga MÖHUK'da fikrî mülkiyete ilişkin hakların özü ile ilgili özel bir düzenleme yoktu. Bu nedenle o dönemde menfaatler dengesi ve ülkesellik ilkesi gözetilerek fikrî mülkiyet haklarını konu alan bir bağlama kuralının düzenlenmesi gerekliliği üzerinde duruluyordu. Bkz. **Okutan**, Gül (1999) “Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Fikir ve Sanat Eserleri” Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 208 vd.

²⁵ MÖHUK m. 23/II'de düzenlenen hükümlerle sadece mahkemenin hukukunun seçilmesine imkânın tanınmış; bu düzenleme ile ihtilâfin çıkmasından sonra yapılabilen ve Türk aynı haklar alanında öngörülen ilk ve tek hukuk seçimi imkânı yaratılmıştır. Bkz. **Tekinalp**, s. 269.

²⁶ Fikrî mülkiyete konu eser üzerindeki haklar, MÖHUK m. 23/II'de “koruma yeri hukukuna” tabi tutulmuştur. Karşılaştırmalı hukukta ise bu tür hakların korunmasına uygulanacak hukukun tespitinde “menşe yeri hukuku” da “koruma yeri hukuku”nun yanında ayrı bir görüş olarak ileri sürülmektedir. Bu görüşlere ek olarak sunulan diğer görüşler ise “millî hukuk”, “davaya bakan mahkemenin hukuku”, “ihlâl yeri hukuku”, “korunmasına başvuru ülkesi hukuku”, “eser sahibinin mutad mesken hukuku” ve “failin mutad meskeni” hukukudur. Bkz. **Erdem**, Bahadır B. (2002) Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, 2. Bası, Beta, İstanbul, s. 92 vd; **Kaplan**, Yavuz (2004) İnternet Ortamında Fikrî Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk, Seçkin, İstanbul, s. 187 vd; **Doğan**, s. 393 vd; MÖHUK m. 23/II'de ise karşılaştırmalı hukuka paralel olarak taraflara sınırlı bir hukuk seçiminde

bulunma imkânı tanınmıştır. Buna göre taraflar, fikrî mülkiyet hakkının ihlâlinden doğan talepler hakkında, ihlâlden sonra mahkemenin hukukunun uygulanmasını kararlaştırabilirler. Bkz. **Ömeroğlu**, Ekin (2020) “Fikrî Mülkiyet Haklarının İhlaline Uygulanacak Hukukta “Soft Law” Tarafından Hukuk Seçimine Yer Verilmesi” Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan, MHB, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, s. 62 vd.

²⁷ **Öztürk**, s. 108 vd.

²⁸ Fikrî haklarda temel prensip olan ve büyük önem taşıyan “ülkesellik prensibi”nin milletlerarası özel hukuka etkisi hakkında bkz. **Erdem**, Bahadır B. (1999) “Fikrî Haklarda Ülkesellik Prensibi” Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 41 vd; **Dardağan**, Esra (2000) Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilâfı, Betik, Ankara, s. 141 vd; **Dardağan-Kibar**, Esra (2016) “Fikrî Haklar Alanında Uygulanacak Hukuk Sorunu”, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Eskişehir 21-22 Nisan 2016, (edt. Tiryakioğlu, Bilgin/Aygün, Mesut; Önal, Ali/Altıparmak, Kübra A./Kaya, Cansu), Yetkin Ankara, s. 440 vd.

²⁹ **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 306

³⁰ **Nomer**, s. 358.

³¹ Bağlama noktasının hâkimin hukukuna (lex fori) göre vasıflandırılması hakkında bkz. **Nomer**, s. 107; **Çelikel/Erdem**, s. 89; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 51-52; **Güngör**, s. 51.

V. SÖZLEŞMENİN ESASINA UYGULANACAK HUKUK (SÖZLEŞME STATÜSÜ)

Sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk, kısaca sözleşme statüsü; taraflar arasındaki sözleşmenin kuruluşu, içeriği, geçerliliği, süresi, hüküm ve sonuçları, ifası, sona ermesi gibi hususlar bakımından uygulama alanı bulur. Sözleşmenin doğumundan sona ermesine kadar çıkacak sözleşmeye dayalı bütün uyumsuzluklar sözleşme statüsüne tabidir³².

Buna karşı, bazı konular sözleşme statüsü kuralının kapsamı dışında bırakılmıştır. Taraflarının sözleşme yapma ehliyeti, MÖHUK m. 9 hükmü uyarınca ehliyete uygulanacak ülke hukukuna göre tayin olunur. Sözleşmenin şekil bakımından geçerliliği hakkında ise kural olarak³³ MÖHUK m. 7 uyarınca şekle uygulanacak ülke hukuku uygulama alanı bulacaktır.

Bazı hâllerde ise sözleşme statüsünün tayin ettiği hukuk uygulama alanı bulamaz. Sözleşme statüsüyle tayin edilen hukuk, MÖHUK m. 5 uyarınca Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde uygulanamaz. Ayrıca, MÖHUK m. 6 uyarınca hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları, MÖHUK m. 31 uyarınca sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları sözleşme statüsüne rağmen taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine doğrudan uygulanırlar.

Yukarıda kısaca değinilen 2675 sayılı Mülga MÖHUK m. 24, yabancı unsurlu sözleşme ilişkisine uygulanacak hukuku belirleyen tek maddeydi. Kanunda özel sözleşme tiplerinin yer

almaması nedeniyle telif hakkına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk da bu madde uyarınca tespit ediliyordu.

Yürürlükte olan 5718 sayılı MÖHUK'un sistematiğine bakıldığında yabancı unsurlu sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 24'te genel nitelikli bir kanunlar ihtilâfi kuralıyla düzenlendikten sonra önemleri dolayısıyla, bazı sözleşme tiplerine uygulanacak hukukun tespitine ilişkin kanunlar ihtilâfi kurallarının özel olarak ayrıca düzenlendiği görülmektedir. Özel olarak düzenlenen bu kurallardan biri de MÖHUK m. 28'de yer alan fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelerdir.

MÖHUK m. 24'ün, genel nitelikli bir bağlama kuralı olması, yabancı unsurlu telif hakkı sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti bakımından da belirli bir etki doğurmasına neden olmaktadır. Telif hakkına ilişkin sözleşmeden doğan bir uyumsuzluğa uygulanacak hukuku tespit ederken her ne kadar özel hüküm olan MÖHUK m. 28'i dikkate alsak da hukuk seçimi açısından bu maddeyle birlikte genel hüküm olan MÖHUK m. 24'ü de dikkate almamız gerekecektir³⁴. MÖHUK m. 24'te düzenlenen hukuk seçimi hakkındaki hususlar, örneğin tarafların hukuk seçimini açık veya örtülü yapabileceklerine, kısmî hukuk seçiminin mümkün olduğuna, farazî hukuk seçiminin mümkün olmadığına, hukuk seçiminin zamanına yönelik düzenlemeler, MÖHUK m. 28 bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

MÖHUK m. 28, subjektif ve objektif bağlama kurallarını ayrı fıkralarda düzenlemiştir.

³² **Nomer**, s. 340 vd; **Tekinalp**, s. 293 vd; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 367.

³³ Bu Kuralın istisnaları, tüketici sözleşmelerinin şekli konusunda getirilmiş bulunan özel şekil kuralı (MÖHUK m. 26/III) ile taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin hukukî işlemlerin şekli bakımından getirilen özel şekil kuralıdır (MÖHUK m. 21/VI).

³⁴ **Nomer**, s. 359; **Sargın**, Fügen (2010) "5718 sayılı MÖHUK Çerçevesinde Fikrî ve Sınai Haklar ile İlgili Milletlerarası

Unsurlu Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk" Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi-2, İstanbul s. 176; **Öztürk**, s. 172.

Tarafların aralarında akdettikleri telif hakkına ilişkin sözleşme hakkında uygulanacak hukuku seçebileceklerini düzenleyen subjektif bağlama kuralı MÖHUK m. 28/I'de, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde yetkili hukukun tespitini öngören objektif bağlama kuralı ise MÖHUK m. 28/II'de yer almaktadır. MÖHUK m. 28/III'de ise işçilerin işi kapsamında ve işin ifası sırasında meydana getirdiği eserler üzerindeki haklara ilişkin sözleşmeler hakkında uygulanacak hukuk maddede yer alan kuralların kapsamı dışında tutulmuş; bu konuda MÖHUK m. 27'de düzenlenen iş sözleşmesine uygulanacak hukukun yetkili olduğu öngörülmüştür.

A. SUBJEKTİF BAĞLAMA KURALI

Sözleşmeden doğan borç ilişkileri kapsamında "sözleşme serbestisi ilkesi" geçerli olup taraflar, borçlar hukukuna ilişkin sözleşmelerin içeriği, kapsamı ve sona erişini serbestçe kararlaştırabilirler³⁵. Taraflara bu ilke ile tanınan özgürlük, sadece millî hukuklarla sınırlı olmayıp milletlerarası özel hukukun konusuna giren sözleşme kaynaklı borç ilişkileri hakkında da uygulama alanı bulur. Milletlerarası özel hukukta sözleşme serbestisi ilkesi, konunun mahiyeti gereği, "sözleşmenin tâbi olacağı hukukun taraflarca tayin edilebileceği" şeklindedir.

Yabancı unsurlu sözleşmeye dair borç ilişkilerinden doğan veya doğabilecek ihtilâfların çözümlü için tarafların uygulanacak hukuku seçebilmesinin birçok yararı vardır. Seçilen hukukun taraf menfaatlerini daha iyi koruyabilmesi, taraflar

arasındaki ilişkilere güven ve istikrar sağlaması, uygulanacak hukukun tespitinde yargı merciinin işini kolaylaştırması, taraflarının beklentilerine ve sözleşmesel ilişkinin mahiyetine uygun düşmeyebilecek bir hukukla ("sürpriz hukuk") karşılaşma ihtimalini ve "potansiyel ihtilâfların" ortaya çıkmasını büyük ölçüde engellemesi bu yararlar arasında gösterilmektedir³⁶.

MÖHUK'un 28/I'de hukuk seçimi düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca, fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler, tarafların "seçtikleri hukuka" tâbidir.

"Sözleşme serbestisi ilkesi" çerçevesinde taraflar, kural olarak, istedikleri hukuk nizamını hukuk seçiminin konusu yapılabilirler. Bu durumda irade muhtariyeti sonucu seçilen hukuk, emredici ve tamamlayıcı hükümleri bir bütün hâlinde taraflar arasındaki ilişkiye uygulanır. MÖHUK, bazı sözleşme türleri bakımından hukuk seçimine sınırlama³⁷ koysa da MÖHUK m. 28'de bu şekilde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Daha açık bir anlamıyla taraflar aralarında akdetmiş oldukları telif hakkı sözleşmesinin esası hakkında yapabilecekleri hukuk seçimi bakımından kanuni herhangi bir sınırlamaya tâbi olmayacaklardır. Fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelerde, konumuz açısından telif hakkı sözleşmelerinde kanun koyucu, tüketici sözleşmelerinde veya iş sözleşmelerinde olduğu gibi bir tarafı zayıf taraf olarak varsaymamış; tarafların seçecekleri hukuk konusunda sınırlama getirme gereği duymamıştır. Bunun tek istisnası, MÖHUK'un 28/III'de yer almaktadır. Kanun, fikrî ürünün iş sözleşmesi kapsamında ve işin ifası sırasında meydana

³⁵ Millî hukuklarda bu ilkenin sınırları olduğunu ve öngörülen sınırlara aykırı olmamak kaydıyla serbestçe seçimin mümkün olduğunu da gözden kaçırmamak gerekmektedir. Örneğin, Türk hukukunda "sözleşme serbestisi ilkesi" ve sınırları, TBK m. 26 ve 27'de düzenlenmiştir.

³⁶ Şanlı, Cemal (2019) Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Yedinci Bası, Beta, İstanbul, s. 50.

³⁷ Türk milletlerarası özel hukukunda bazı sözleşme türlerinde hukuk seçimi bizzat kanun ile sınırlandırılmıştır. Örneğin, MÖHUK m. 26/I'e göre tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi "tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla", MÖHUK m. 27/I'e göre iş sözleşmelerinde hukuk seçimi "işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla" geçerli kabul edilir.

geldiği hâllerde sözleşme statüsünü, MÖHUK m. 27’de düzenlenen iş sözleşmesine uygulanacak hukuka tâbi tutmuş ve taraflar arasındaki hukuk seçimini de bu maddenin ilk fıkrası kapsamında sınırlandırmıştır.

Tarafların seçtikleri hukuk, sözleşme statüsü kapsamındaki uyumsuzluklar bakımından uygulama alanı bulur. Telif hakkı sözleşmesinin varlığı, geçerliliği, yorumu, borçların ifası ve sözleşmenin sona ermesi gibi hususlar MÖHUK m. 28/I uyarınca seçilen hukuka tabidir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere hakkın varlığı, geçerliliği, süresi ve sona ermesi gibi hakkın özü ile ilgili meseleler tarafların seçtiği hukuka tâbi olmayacak; bu konular bakımından hak statüsünü düzenleyen MÖHUK m. 23 uygulanacaktır. Ortaya çıkabilecek hakkın özü ile ilgili ön sorun bu madde uyarınca çözülecektir³⁸.

MÖHUK m. 28/I’de yer alan düzenleme sadece hukuk seçimi yapılabileceğine ilişkindir. Hukuk seçiminin kullanılma şekline ilişkin bazı sorulara ise bu madde cevap vermemektedir. Bu sorular, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuku düzenleyen ve genel hüküm olan MÖHUK m. 24’ün uygulanması ile çözülür. Bu konuda akla gelebilecek sorular ve cevapları şu şekildedir:

- *Tarafların seçtikleri “hukuk” belli bir devlete ait hukuk nizamı mıdır? Yoksa uygulama alanı ülke ile sınırlanmamış, birden çok ülkeyi kapsayan hukuk kuralları da bu kapsamda değerlendirilebilir mi?*

MÖHUK m. 24 anlamında tarafların seçtikleri hukuk ile anlaşılması gereken bir devlete ait hukuk nizamıdır. Hukuk seçiminin geçerliliği, bir

devlete ait hukukun seçilmiş olması şartına bağlıdır. Buna karşı *lex mercatoria*, UNIDROIT Prensipleri, hukukun genel prensipleri, devletler hukuku kuralları gibi uygulama alanı ülke ile sınırlanmamış birden çok ülkeyi kapsayan hukuk kurallarının taraflarca seçiminin MÖHUK m. 24 uyarınca hukuk seçimi olarak kabul edilemez. Taraflar, bir devletin hukuk nizamını değil de bu gibi hukuk kurallarını sözleşme ilişkisine dâhil edebilirler³⁹. Tarafların bu davranışı, hukuk seçimi olmayıp seçilen kuralların sözleşme metnine dâhil edilmesi veya sözleşmenin bir parçası hâline getirilmesi anlamına gelmektedir⁴⁰. Örneğin taraflar aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından oluşturulan ve tavsiye niteliğindeki ALI Prensiplerini seçmişlerse yapılan bu seçim, hukuk seçimi olarak mütalaa edilemez. Prensiplerin öngördüğü hükümler ancak sözleşme hükmü olarak değerlendirilebilir⁴¹.

Böyle bir durumda sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk, ortada geçerli bir hukuk seçimi olmadığı için objektif bağlama kurallarına göre tayin edilecek bir devlet hukukuna tâbi olacaktır. Taraflarca sözleşme hükmü hâline getirilen bu gibi kurallar ise ancak uygulanacak hukukunun emredici kurallarına uygun düştüğü ölçüde uygulanma imkânı bulacaktır⁴².

- *Taraflarca seçilen hukukun haklı bir menfaate dayanması veya sözleşmeye tâbi bir ilişkisinin bulunması gerekli midir?*

³⁸ Nomer, s. 358; Sargin (2010), s. 175-176; Öztürk, s. 172.

³⁹ *Incorporation* ve hukuk seçimi hakkında bkz. Ekşi, Nuray (1999) “Kanunlar İhtilâfi Alanında Incorporation” MHB, C. 19, S. 1-2, s. 264 vd.

⁴⁰ Nomer, s. 324; Çelikel/Erdem, s. 400; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 329; Güngör, s. 175; Demirkol, Berk (2011) Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında

Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Vedat, İstanbul, s. 115.

⁴¹ Öztürk, s. 164.

⁴² Çelikel/Erdem, s. 402; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 329.

Kanuni bir sınırlama⁴³ olmadığı hâllerde böyle bir gereklilikten söz edilmesi mümkün değildir. Hukuk seçiminin, haklı menfaat ve benzeri gibi sınırları değişken veya taraflar dışındaki kişilerin yorumlayamayacakları kriterlere bağlı tutulması doğru bulunmamaktadır⁴⁴. Bunun yanında sonraki aşamalarda daha büyük sorunların ortaya çıkması için taraflar, seçilen hukuk ile sözleşme hükümlerinin uyumlu olmasına azami önem göstermelidir⁴⁵. Bu uyumun tesis edilememesi hâlinde seçilen hukukun emredici kuralları ile sözleşme hükümlerinin çelişmesi ihtimali doğacak, böyle bir durumda ise seçilen hukukun emredici kuralları, sözleşmenin bazı hükümlerini geçersiz kılabileceği gibi sözleşmeyi tamamen ortadan kaldıracaktır.

- *Sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk taraflarca “açıkça” seçilmeli midir? Yoksa bu konuda taraflarca “örtülü” hukuk seçimi yapılabilir mi?*

MÖHUK m. 24/I’de taraflarca yapılacak hukuk seçiminin açık veya örtülü olarak yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların “açık” olarak seçtiği hukuka tâbidir. Ayrıca taraflar “sözleşmenin hükümlerinden ve hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen” hukuk seçimini yani örtülü hukuk seçimi de yapabilirler.

Taraflar, aralarında doğan veya doğması muhtemel olan ihtilâfları belirli bir hukuk nizamının seçimiyle çözmek iradesine sahiplerse “açık hukuk seçimi”nden söz edilir⁴⁶. Açık hukuk seçimi ile taraflar, belirli bir hukuku seçme iradelerini

yorumu gerektirmeyecek bir şekilde anlaşılır şekilde ifade ederler.

Taraflar, hukuk seçimi konusundaki iradelerini açık olarak beyan etmeseler dahi bazı hâllerde hukuk seçimi yaptıklarına ilişkin iradeleri tespit edilebilir. Milletlerarası özel hukukta sözleşmeden doğan borç ilişkileri kapsamında kabul gören “örtülü hukuk seçimi”, MÖHUK m. 24/I c. 2’de de kendine yer bulmuştur. Örtülü hukuk seçiminde de açık hukuk seçiminde olduğu gibi tarafların hukuk seçimi konusunda iradeleri mevcuttur. Sadece taraflar hukuk seçimini açık bir şekilde beyan etmişlerdir. Bu şekilde yapılan hukuk seçiminin geçerli olabilmesi için sözleşmenin hükümlerinden ve hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde seçilen hukukun anlaşılabilmesi gerekmektedir. Örtülü hukuk seçiminin çeşitli vakıalara dayanılarak tespit edilebileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte sadece tek bir vakıanın örtülü irade beyanı yolu ile hukuk seçimi yapıldığı sonucunu vermeyebileceğine vakılardan birkaçının bir arada bulunması ile bu sonuca ulaşılabileceğine dikkat edilmesi gerekmektedir⁴⁷.

Öğretide örtülü hukuk seçimine temel teşkil eden vakılardan birkaçı örnek kabilinden gösterilmiştir. Bunlar; “sözleşmede belirli bir hukukun hükümlerinin kullanılması, belirli bir hukuka dayanılarak gerçekleştirilmiş genel sözleşme şartlarının kullanılması, açık bir hukuk seçiminin yapılmış olduğu sözleşmeye gönderme yapılmış olması, bir hukuk seçiminin yapılmış olduğu ve fiilen de seçilmiş bu hukuka göre yerine getirilmiş olduğu aynı neviden sözleşmelerin taraflar arasında mevcut olması, taraflar arasındaki bütün uyuşmazlıklar

⁴³ Örneğin, MÖHUK, tüketici sözleşmeleri ve iş sözleşmelerinde hukuk seçiminin ancak sınırlı olarak yapılabileceğini düzenlemiştir.

⁴⁴ **Sargın** (2010), s. 176; **Çelikel/Erdem**, s. 385; **Tekinalp**, s. 280; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 330; **Doğan**, s. 404.

⁴⁵ **Şanlı**, s. 50-51.

⁴⁶ **Nomer**, s. 326; **Çelikel/Erdem**, s. 385; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 325; **Tekinalp**, s. 283; **Doğan**, s. 401; **Demirkol**, s. 140 vd.

⁴⁷ **Nomer**, s. 327-328; **Tekinalp**, s. 284; **Doğan**, s. 402; **Demirkol**, s. 161 vd.

bakımından aynı devletin mahkemelerinin münhasıran yetkilendirilmiş olması” gibi hâllerdir⁴⁸.

- *Tarafların farazî iradelerinden yola çıkılarak hukuk seçimi yaptıkları sonucuna varılabilir mi?*

Hâkim, çeşitli vakıyalardan hareket ederek tarafların hukuk seçimi yönündeki gerçek iradesini tespit etmeli ve örtülü şekilde seçildiğine kanaat getirdiği hukukun tarafların iradesine uygun olması şartıyla bu hukuku uygulamalıdır. Türk milletlerarası özel hukukunda tarafların hukuk seçimi konusunda iradelerine önem atfedilmiş ve buna bağlı olarak farazî hukuk seçimi kabul edilmemiştir. Farazî hukuk seçimi, tarafların gerçek iradelerini yansıtmaz. Dolayısıyla sözleşmenin taraflarının farazî iradelerinden yola çıkılarak hâkim, hukuk seçimi yapıldığı sonucuna varamaz⁴⁹.

- *Taraflar seçtikleri hukukun sözleşmenin tamamına ya da bir kısmına uygulanabileceğini kararlaştırabilirler mi?*

Taraflar aralarındaki sözleşmeden doğan borç ilişkisi hakkında uygulanacak hukuku seçtiklerinde, seçilen hukuk kural olarak sözleşmenin bütünü kapsar ve sözleşmenin esasına bu hukuk uygulanır. Bununla birlikte MÖHUK m. 24/II’de kısmî hukuk seçimi mümkün hâle getirilmiştir. Bu maddeye göre taraflar, seçilen hukukun “sözleşmenin tamamına ya da bir kısmına” uygulanabileceğini kararlaştırabilirler. Tarafların, seçtikleri hukuku sözleşmenin belirli bir kısmı ile sınırlandırabilmeleri aynı sözleşme açısından birden fazla hukukun yetkili kılınabilmesine olanak sağlamaktadır. Kısmî hukuk seçimi ile sözleşmenin farklı kısımlarına farklı hukukların uygulanabilmesi için sözleşmedeki edimlerin bölünebilir olması⁵⁰ ve tarafların

karşılıklı hak ve borçları açısından karışıklığa mahal vermemesi gerekir⁵¹. Seçilmeyen kısım hakkında ise objektif sözleşme statüsü uygulanır⁵². Her bir edimin farklı bir ülkede ifa edileceği sözleşmeler açısından kısmî hukuk seçiminin tarafların menfaatine olduğu sonucuna varılabilir. Örneğin, birden çok ülkede cari olacak şekilde bir işletme hakkı veya çoğaltma hakkı devrini öngören telif hakkı sözleşmelerinden doğan uyumsuzlukların çözümüne ilişkin olarak kısmî hukuk seçimi yapılması tarafların menfaatine daha uygun olabilecektir⁵³.

- *Hukuk seçiminin zamanı konusunda bir sınırlama var mıdır?*

Türk milletlerarası özel hukukunda hukuk seçiminin yapılma zamanı konusunda bir sınırlama yoktur. MÖHUK m. 24/III c. 1’e göre hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Bu hükme bağlı olarak taraflar, aralarındaki sözleşme hakkında uygulanacak hukuku sözleşmeyi akdederken kararlaştırabilecekleri gibi daha sonra hatta dava aşamasında da kararlaştırabilirler.

Tarafların yapmış oldukları hukuk seçimini daha sonraki bir tarihte değiştirebilmeleri mümkündür. Böyle bir durumda taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa seçilen yeni hukuk, sözleşmenin kurulması anından itibaren etkili olacak; sözleşmenin meydana gelişi ve geçerliliği eski seçilen hukuka, hükümleri ise yeni seçilen hukuka tâbi olacaktır. MÖHUK m. 24/III c. 2’e göre sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir. Bu durumda tarafların sonradan seçtiği hukuk, önceki sözleşme statüsüne oranla üçüncü kişinin hukukî durumunu kötüleştiriyorsa hukuk seçiminin sonuçları, kanunlar ihtilâfi bakımından esas

⁴⁸ Nomer, s. 328.

⁴⁹ Nomer, s. 327; Tekinalp, s. 284 vd; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 326; Doğan, s. 403; Güngör, s. 195.

⁵⁰ Tekinalp, s. 281.

⁵¹ Doğan, s. 406; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 326-327.

⁵² Güngör, s. 176.

⁵³ Öztürk, s. 162.

sözleşmenin tarafları arasındaki ilişki ile sınırlı kalacak, tarafların üçüncü kişi ile ilişkilerinde önceki sözleşme statüsü geçerliliğini korumaya devam edecektir⁵⁴.

- *Seçilen hukukta meydana gelen değişiklikler taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine etki doğurur mu?*

Tarafların seçtiği hukukta zaman içinde bazı değişikliklerin meydana gelme ihtimali vardır. Böyle bir durumda meydana gelen değişikliklerin intikal hükümleri dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır.

Birinci ihtimal, sözleşmenin yapılmasından ve hukuk seçiminden sonra seçilen hukukta meydana gelen değişikliklerin geçmişe etkili olmamasıdır. Bu hâlde hukuk seçimi yapıldığı tarihteki yürürlükte bulunan hukuk etkisini sürdürecektir, değişiklik yürürlük tarihinden itibaren hüküm ve sonuç doğuracaktır.

İkinci ihtimal ise sözleşmenin yapılmasından ve hukuk seçiminden sonra seçilen hukukta meydana gelen değişikliklerin geçmişe etkili olmasıdır. Değişikliklerin geçmişe etkili olması tarafların hak ve borçları üzerinde etki doğurabileceği gibi sözleşmenin geçerliliği, ifası, hüküm ve sonuçlarını etkileyici nitelikte olabilir. Seçilen hukukta meydana gelen değişikliklerin tarafları olumsuz etkilememesi için taraflar, hukuk seçimi sırasında “*istikrar klozu*” (*stabilization clause*)⁵⁵ adı verilen kayıtları sözleşmelerine koyabilirler. Bu kayıtlar sayesinde taraflar, sözleşmesel ilişkilerini sözleşmenin kurulduğu anda yürürlükte bulunan hukuka sabitleyebilirler. Ancak geçmişe etkili değişiklik kamu düzenine ilişkinse tarafların sözleşmesel ilişkilerini sözleşmenin kurulduğu anda yürürlükte bulunan

hukuka sabitlemesi fayda sağlamayacak; sonradan yürürlüğe giren kurallar uygulanacaktır⁵⁶.

- *Seçilen hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları mı yoksa maddi hukuk hükümleri mi uygulanacaktır?*

Taraflarca seçilen hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları değil maddi hukuk hükümleri uygulanacaktır. Başka bir ifadeyle seçilen hukuka yapılan atfın genel atfın değil, maddi norm atfıdır. MÖHUK m. 2/III’de düzenlenen atfın teorisi hukuk seçimi bakımından geçerli değildir. Bu maddede düzenlenen atfın teorisi göre yabancı hukuka atf yapıldığında, bu hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarına atf yapılmaktadır. Atf yapılan yabancı ülkenin kanunlar ihtilâfi kurallarının ise başka bir ülke hukukunu (devam eden atf) veya ilk atf yapan ülkenin hukukunu (iade atf) yetkili kılması hâlinde artık yetkili kılınan hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır. Madde atf teorisini, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarla sınırlı tutmuştur. Dolayısıyla bu teori, yabancı unsurlu sözleşmeden doğan ihtilâflarda dikkate alınmaz. MÖHUK m. 2/IV’te, hukuk seçimi hâlinde taraflar aksini kararlaştırmadıkça seçilen hukukun maddi hükümlerinin uygulanacağını açıkça düzenlemiştir. Ayrıca bu madde tarafların “aksini kararlaştırarak” aralarındaki yabancı unsurlu sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanmasını istedikleri hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları ile uygulanmasını “açıkça” belirleyebilme hakkını taraflara tanıyarak tarafların iradesine önem vermiştir⁵⁷.

Seçilen hukukun maddi hukuk hükümlerinin dikkate alınması ve bu konuda MÖHUK’ta düzenleme bulunması yerindedir. Seçilen hukukun

⁵⁴ **Nomer**, s. 331; **Doğan**, s. 407; **Demirkol**, s. 203.

⁵⁵ İstikrar klozları ile sözleşmenin tarafları, bir milli hukuku belli bir tarihteki durumuna göre dondururlar ve uyuşmazlığın söz konusu hukukun dondurulan tarihteki durumuna göre çözüleceği konusunda anlaşırlar. Bkz. **Demirkol**, s. 118 vd.

⁵⁶ **Çelikel/Erdem**, s. 402; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 332.

⁵⁷ “Milletlerarası özel hukukta atf teorisi” hakkında bkz. **Nomer**, s. 145 vd; **Tekinalp**, s. 39 vd; **Çelikel/Erdem**, s. 106 vd.; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 59 vd; **Doğan**, s. 229 vd.

maddi hukuk kuralları yerine kanunlar ihtilâfı kurallarının yetkili kılınması, bir başka ülkenin hukukunun uygulanması ihtimalini doğuracaktır. Bu ihtimal dâhilinde, taraflarca seçilen hukuk yerine hiç hesaba katılmayan bir hukukun sözleşme ilişkisine uygulanması sonucuna yol açacaktır. Hem taraf menfaatlerini hem de hukukî güvenliği korumak amacıyla MÖHUK bu düzenlemeyi getirmiştir⁵⁸.

B. OBJEKTİF BAĞLAMA KURALI

Objektif esaslara göre yetkili hukukun tespiti ilişkin bağlama kuralı, MÖHUK m. 28/II'de düzenlenmiştir. Objektif bağlama kuralının devreye girebilmesi için öncelikle tarafların birinci fıkra uyarınca hukuk seçimi yapmamış olmaları lazımdır. Hukuk seçimi yapılmamış olması hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, “fıkrî mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden tarafın sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri hukuku”, bulunmadığı takdirde ise aynı tarafın “mutad meskeni hukuku” uygulanır. Ancak “hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme bu hukuka” tâbi olur.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuku tayin eden genel kural olan MÖHUK m. 24/IV, “sözleşme ile en sıkı ilişkili olan hukuk”u objektif bağlama noktası olarak kabul etmiştir. Sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun tespitinde “sözleşmenin karakteristik edimi”nden yardım alınacağını düzenlemiş; her hukukî ilişki için en sıkı ilişkili hukuku belirlerken karakteristik edimi

dikkate alan bazı karineler kabul etmiştir⁵⁹. Karakteristik edim kavramı, MÖHUK'ta tanımlanmamıştır. Öğretide ise “karakteristik edim, sözleşmeye hukukî özelliğini veren, ona damgasını vuran, ilişkide rizikolu olduğu kabul edilen edim olarak” açıklanmaktadır⁶⁰.

MÖHUK m. 28/II ise MÖHUK m. 24/IV'de olduğu gibi sözleşme ile sıkı ilişkili yer hukukunun tayininde yol gösteren karinelere biri olan karakteristik edim dikkate alınmış; fıkrî mülkiyet sözleşmesinin karakteristik edim borçlusu, “fıkrî mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden taraf” olarak belirlenmiştir. Fıkrî mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden tarafın, fıkrî hakkın yaratıcısı olduğundan hak ile arasında doğal bir bağlantıya sahip olduğunu varsayan Kanun, bu hakkı veya hakkın kullanımını devreden tarafın edimini karakteristik edim olarak nitelendirmiştir⁶¹. Dolayısıyla telif hakkı sözleşmesinde karakteristik edim borçlusu, hakkı veya onun kullanımını devreden taraf olup karakteristik edim de onun edimidir.

Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde öncelikle karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri hukukuna, bulunmadığı takdirde mutad mesken hukukuna bakılmalıdır. MÖHUK'ta yer alan bu hüküm basamaklı (kademeli) bağlama kuralıdır. Basamaklı bağlama kurallarında uygulanacak hukuk belirlenirken önce birinci, sonra ikinci ve sırasıyla diğer basamaklardaki bağlama noktaları esas alınmalıdır. Bir önceki basamaktaki bağlama noktası ile uygulanacak hukuk belirlenebiliyorsa daha sonra gelen

⁵⁸ Milletlerarası borçlar hukukunda genel olarak atif reddedilmişse de bu konuda tereddütlerin ve farklı uygulamaların olabileceği göz önüne alındığında tarafların aralarında akdettikleri sözleşmede “maddi hukuk seçimi yapıldığının veya seçilen hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanmayacağı” yazılmasının yarar sağlayacağı kabul edilmektedir. Bkz. Şanlı, s. 55.

⁵⁹ MÖHUK m. 24/IV uyarınca karine olarak, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku, en sıkı ilişkili hukuktur. Aynı şekilde ticarî veya meslekî faaliyetler çerçevesinde yapılan sözleşmelerde, karakteristik

edim borçlusunun işyerinin, iş yeri bulunmuyor ise yerleşim yerinin bulunduğu ülke hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku, karine olarak, en sıkı ilişkili hukuktur. Ancak, sözleşme bu hukuklardan başka bir hukuk ile “daha sıkı” ilişki içerisinde bulunuyorsa, sözleşmeye uygulanacak hukuk, “zorunlu olarak” bu hukuktur.

⁶⁰ Nomer, s. 335.

⁶¹ Çelikel/Erdem, s. 452; Güngör, s. 196.

basamağa gidilemez⁶². Dolayısıyla karakteristik edim borçlusu olan fikrî mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden tarafın sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad mesken hukukunun uygulanması ancak onun işyerinin bulunmaması şartına bağlıdır.

İşyeri ve mutad mesken hukuku, sözleşmenin kuruluş anı ile sabitlenmiştir. Bu sayede hukukî ilişkinin tâbi olduğu statü yeni bir bağlama noktası elde edilse de sözleşmenin kuruluş anı ile sabitlendiğinden değişmeyecektir. Diğer bir anlatımla karakteristik edim borçlusu işyerini bir başka ülkeye taşısa da sözleşmenin kuruluş anındaki işyeri esas alınacak ve o yer hukuku uygulanacaktır.

Kanunlar ihtilâfî kurallarında yer alan bağlama noktalarının vasıflandırılması ancak o kanunlar ihtilâfî kuralını koyan hukuka göre yapılabilir⁶³. Bu nedenle MÖHUK m. 28/II'de düzenlenen kanunlar ihtilâfî kuralının bağlama noktaları olan "işyeri" ve "mutad mesken" kavramları hâkimin hukukuna (lex fori) yani Türk hukukuna göre vasıflandırılmalıdır.

Türk milletlerarası özel hukukuna ait bir işyeri tanımı yoktur⁶⁴. Bu nedenle hâkim, işyeri kavramının tespiti için 4857 Sayılı İş Kanunu'nun (İŞK)⁶⁵ dikkate alabilir. İŞK. m. 2/I c. 2'ye göre "işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir". MÖHUK'ta bu konuda tanım verilmekten açıkça kaçınılmıştır. Bu yolla öğreti ve uygulamanın önü açılmıştır. Bu nedenle hâkim somut olayda işyerini tespit ederken İŞK'da yer alan tanımı katı olarak uygulamamalıdır. MÖHUK m. 24/IV'te ticarî ve meslekî faaliyetler

gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun "işyeri hukuku", sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuku tespit eden karinelere biri olarak yer almaktadır. Bu nedenle işyeri kavramı, ticarî ve meslekî faaliyetlerin yürütüldüğü yer olarak mütalaa edilebilir. Gerçek kişiler bakımından bunun tespiti daha kolaydır. Tüzel kişiler bakımından ise işyerinin tespiti, tüzel kişinin ana belgesi (statü) ile mümkün olur⁶⁶. Zira MÖHUK m. 9/IV'de tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetlerini statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbi kılınmıştır. Ancak tüzel kişinin ana sözleşmesinde işyeri bulunmayabilir veya fiili idare merkezi, başka bir yerde olabilir. Böyle bir durumda işyerinin fiili idare yerinde olduğu sonucuna varılmalıdır⁶⁷. MÖHUK m. 9/IV'ün devamında tüzel kişinin fiili idare merkezinin Türkiye'de bulunması hâlinde Türk hukuku uygulanabilir hükmüne yer verilerek fiili idare merkezinin önemi vurgulanmıştır.

İşyerinin kanuni bir tanımı olmasına rağmen mutad mesken kavramı, Türk hukukunda kanuni bir düzenlemeye konu olmamıştır. Bu bilinçli bir tutumdur. Çünkü mutad mesken kavramı, kanuni bir kavram olan yerleşim yeri kavramının milletlerarası özel hukukta yarattığı sorunlar neticesinde oluşturulmuş bir kavramdır. Karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda yerleşim yeri kavramı kanuni bir kavramdır. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)⁶⁸ m. 19'da yerleşim yeri, "bir kimsenin sürekli kalmak niyetiyle oturduğu yer" olarak tanımlanmıştır. Yerleşim yeri ülke içi hukukî ilişkileri düzenlemek amacıyla getirilmiş bir kavramdır. Bu nedenle milletlerarası alanda gerçekleşen hukukî

⁶² Basamaklı (kademeli) bağlama kuralı için bkz. **Nomer**, s. 92; **Çelikel/Erdem**, s. 72; **Tekinalp**, s. 25.

⁶³ Bkz. III. Vasıflandırma Sorunu.

⁶⁴ Milletlerarası özel hukuk kapsamında işyeri kavramı hakkında bkz. **Özkan**, Işıl (2003) Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Naturel, Ankara, s. 44 vd.

⁶⁵ 10.06.2003 Tarihli ve 25134 Sayılı Resmî Gazete.

⁶⁶ Tüzel kişi, kural olarak eser sahibi olması mümkün olmasa da iki hâlde sözleşmenin devreden tarafında olabilir. Tüzel kişi, eser sahibinin onayıyla sözleşme ile devraldığı hakkı başkasına sözleşme ile devredebilir veyahut işçinin işin ifası sırasında meydana getirdiği eserler ile ilgili sözleşmelerde devreden tarafında olabilir.

⁶⁷ Bkz. **Öztürk**, s. 178 vd.

⁶⁸ 08.12.2001 Tarihli ve 24607 Sayılı Resmî Gazete.

ilişkileri düzenleme noktasında uygun ve yeterli görülmemiştir. Bu kavramın hukuk düzenlerinde farklı yorumlanması ve yeknesak bir tanımının bulunmaması, milletlerarası alanda sorunlara yol açmaktadır. Bunu engellemek amacıyla da mutad mesken kavramı doğmuştur⁶⁹. Mutad mesken kavramının bir diğer tercih nedeni ise yerleşim yeri kavramının her zaman gerçek ve fiilî durumu yansıtmaması, buna karşı, mutad meskenin ise gerçek ve fiilî durumu yansıtmaması ve maddi bir gerçeği ifade etmesidir. Mutad mesken kavramı, kişinin yaşamının ağırlık merkezinin bulunduğu yer veya ülkeyi, genellikle de kişinin fiilen oturduğu yeri ifade eder. Maddi delillerle ispat edilen vakalar aracılığıyla tespit edilir. Kişinin hayatının ağırlık merkezinin nasıl tespit edileceği veya mutad meskenin tesisi için bulunduğu yerde oturma süresinin ne kadar olması gerektiği konusu tartışmalıdır. Bununla birlikte mutad meskenin tesisi için iki unsurun varlığı şarttır. Bunlar oturmanın devamlılığı ve oturma niyetidir⁷⁰. Tüzel kişiler bakımından ise MÖHUK m. 9/IV uyarınca tüzel kişinin fiilî (esas) idare merkezinin, mutad meskenini ifade edeceği kabul edilmektedir⁷¹.

Fikrî mülkiyet hakkına ilişkin sözleşmelerde karakteristik edimin tespit edilmesi çeşitli sorunlara yol açabilecektir. Bu sözleşmelerden biri olan telif hakkı sözleşmeleri bakımından da hangi tarafın ediminin karakteristik edim olduğunun tespiti zordur. Telif hakkı sözleşmesinin taraflarının edimlerinin çoğu zaman birbirine denk olması, bu sözleşme bünyesinde yayım, temsil ve işletme hakkının devrine ilişkin sözleşmeler gibi birden fazla ve

birbirinden farklı nitelikte sözleşme türünü barındırması, karakteristik edimin tespitini zorlaştıran nedenler olarak karşımıza çıkmaktadır⁷². Bu konu, hukuk sistemlerinde farklı düzenlemelere tâbi tutulmuş, MÖHUK m. 28/II'de ise karakteristik edim, devreden tarafın edimiyle sınırlandırılmıştır.

Telif hakkı sözleşmelerinde karakteristik ediminin tespitinin zorluğu dikkate alındığında bu hükmün hâkime kolaylık sağlayacağı açıktır. Öğretilerde ise fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler bakımından karakteristik edimin her koşulda devreden tarafın edimi olarak belirlenmesi ve devreden tarafın hukukuna tâbi olmasını milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine aykırı sonuçlar doğurabileceği ihtimali üzerinde durulmuştur⁷³.

Telif hakkı sözleşmesi bünyesinde olan sözleşme türleri incelendiğinde karakteristik edimin her zaman devreden tarafın edimi olduğu sonucuna varılamayabilir. Yayım sözleşmesinde eseri yayma ve çoğaltma haklarını kullanan yayımcının, temsil sözleşmesinde temsil hakkını kullanan gerçek veya tüzel kişi olan temsilcinin, işletme hakkının devrinde bu hakkı devralanın edimi karakteristik edim olarak kabul edilmektedir. Telif hakkı sözleşmesi bünyesinde yer alan üç tür sözleşme bakımından da sözleşme ile riskleri üstlenen kişi devralan olduğundan onun ediminin karakteristik edim olarak kabul görmesi milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini sağlayacaktır⁷⁴.

Telif hakkı sözleşmesi kapsamında tarafların edimleri değerlendirildiğinde devir ve lisans sözleşmeleri ayırımına gidilebilir. Devir sözleşmelerinde

⁶⁹ **Huysal**, Burak (2003) "Kanunlar İhtilafı Alanında İkametgâh ve Doğurduğu Sorunlar", MÜHFD, S. 2, s. 177 vd.; **Arslan**, İlyas (2014) Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı, On iki levha, İstanbul, s. 17 vd.; **Toker**, Gümrah A. (2020) Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun Mutad Mesken Kavramı, Adalet, Ankara, s. 133.

⁷⁰ Milletlerarası özel hukuk kapsamında mutad mesken kavramı hakkında bkz. **Özkan**, s. 29 vd.; **Arslan**, s. 3 vd.; **Toker**, s. 131 vd.

⁷¹ **Nomer**, s. 121.

⁷² **Sargın** (2010), s. 182-183; **Öztürk**, s. 137-138.

⁷³ **Sargın** (2010), s. 178 vd.; **Öztürk**, s. 137 vd.

⁷⁴ **Sargın** (2010), s. 182-183; **Dardağan**, s. 245 vd. **Öztürk**, s. 148.

eseri meydana getiren ve devreden tarafın edimi karakteristik edimdir. Bu sonuç, MÖHUK'ta kabul gören anlayışa uygundur. Buna karşı lisans sözleşmeleri kapsamında aynı sonuca her zaman varılmaz. Lisans sözleşmesi ile devralana eserden münhasır yararlanma yetkisi verilmeyorsa, devralanın edimi sadece belirli bir miktar para ödemekse karakteristik edim borçlusunu yine MÖHUK'ta kabul gören anlayışa uygun olarak devredende olacaktır. Buna karşı, lisans sözleşmesi ile devralana eserden münhasıran yararlanma yetkisi tanınıyorsa ve buna bağlı olarak eseri koruma yükümlülüğü de yükleniyorsa artık devralanın borcu sadece belirli bir miktar parayı ödemekle sınırlı olmadığından karakteristik edim borçlusunu devralan taraf olacaktır⁷⁵.

Telif hakkı sözleşmeleri bakımından tek bir bağlama kriterinin getirilmesi, hukukî güvenliğin sağlanması bakımından yararlıdır. Ancak bazı hâllerde milletlerarası özel hukuk adaletini sağlamaya yetmeyebilir. Böyle bir durumda daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması, çok çeşitlilik gösteren bu konuda milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini sağlayan sonuçların elde edilmesini olanaklı kılacaktır⁷⁶. Bunu dikkate alan Kanun Koyucu MÖHUK m. 28/II son cümlede hâkime takdir hakkı tanıyan istisna kuralı düzenlenmiştir⁷⁷. Bu kural uyarınca hâkim somut olayın koşullarını dikkate alarak değerlendirme yapacaktır. Hâkim, hâlin bütün şartları dikkate aldıktan sonra karakteristik edim yardımıyla tespit edilen en sıkı ilişkili hukuktan daha sıkı ilişkili bir hukuk tespit ediyorsa bu hukuku uygulamak zorundadır. Madde metninde açıkça "...bu hukuka tâbi olur" ifadesi yer almaktadır⁷⁸. Yaptığı inceleme sonucunda daha sıkı ilişkili bir hukuku tespit eden hâkim, tespit ettiği bu hukuku uygulamak

zorundadır. Maddenin de açıkça ifadesinden anlaşılacağı üzere hâkim tespit ettiği daha sıkı ilişkili hukuku uygulayıp uygulamama konusunda takdir yetkisi yoktur.

Yabancı unsurlu sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde "atıf" kabul edilmemiştir. MÖHUK m. 28/II'de yer alan objektif bağlama kuralları aracılığıyla yetkili hukuk tespit edilirken de atıf yapılan ülkenin kanunlar ihtilâfı kuralları dikkate alınmayacak, maddi hukuk kuralları uygulama alanı bulacaktır.

C. İSTİSNA: İŞÇİNİN İŞİ KAPSAMINDA VE İŞİNİN İFASI SIRASINDA MEYDANA GETİRDİĞİ ESERLERE UYGULANACAK HUKUK

Fikrî ürünün iş sözleşmesi kapsamında ve işin ifası sırasında meydana gelebileceği ihtimalini dikkate alan Kanun Koyucu, bu konuya ilişkin MÖHUK m. 28/III'de özel bir düzenleme yapmıştır. Bu madde uyarınca işçinin, işi kapsamında ve işinin ifası sırasında meydana getirdiği fikrî ürünler üzerindeki fikrî mülkiyet haklarına ilişkin olarak işçi ile işveren arasında kurulan sözleşmeler, iş sözleşmesine uygulanan hukuka tâbi kılınmıştır. Görüldüğü üzere işçi ve işveren ilişkisini tek bir hukuka tabi tutmak isteyen Kanun Koyucu, bu tür sözleşmeleri iş sözleşmesinin bir parçası olarak kabul etmiş; bu tür sözleşmeleri MÖHUK m. 27'de düzenlenen iş sözleşmesi statüsüne tâbi tutmuştur⁷⁹. Önemle tekrarlamak gerekir ki, bu fıkranın uygulama alanı bulunması ile iş sözleşmesi statüsüne gitmek için fikrî ürün, iş sözleşmesinin yerine getirilmesi çerçevesinde yapılmış olmalıdır⁸⁰. Dolayısıyla iş

⁷⁵ Öztürk, s. 150-151. Dardağan, s. 239 vd; Ayrıca bkz. Sarıgın, Fügen (2002), Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Turhan, Ankara, s. 99 vd.

⁷⁶ Tekinalp, s. 339.

⁷⁷ "Bu fıkranın fikrî mülkiyetin çeşitli türlerine uygulanacak hukukun objektif metodla gelecekte tayini itibarıyla

kanunlar ihtilâfı hukukunun gelişimine hizmet edeceği umulabilir" (Güngör, s. 196).

⁷⁸ MÖHUK m. 24/IV c. 3'de de aynı istisna kuralına yer verilmiştir.

⁷⁹ Nomer, s. 359; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 363.

⁸⁰ Çelikel/Erdem, s. 453.

sözleşmesinin ifası dışında kalan işçi buluşları hakkında MÖHUK m. 27'nin uygulanması mümkün değildir⁸¹.

Yabancı unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 27'de düzenlenmiştir. Bu maddede sözleşmenin zayıf tarafı olduğu varsayılan işçiyi koruyan hükümlere yer verilmiştir. MÖHUK m. 27/I subjektif bağlama kuralını, MÖHUK m. 27/II-III objektif bağlama kuralını, MÖHUK m. 27/IV ise istisna kuralını düzenlemektedir. Bu madde uyarınca da –MÖHUK m. 24 ve m. 28'de olduğu gibi- gerek subjektif gerekse de objektif bağlama kuralları aracılığıyla yetkili hukuk tespit edilirken atf dikkate alınmayacaktır.

İşçiyi korumak amacıyla hukuk seçimi sınırlandıran MÖHUK m. 27/I'e göre iş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbi kılınmıştır⁸². Bu düzenleme ile işçinin aleyhine olabilecek bir hukukun işveren tarafından dayatılması ihtimali engellenmeye çalışılmıştır⁸³. Bu kapsamda işçinin mutad işyerinin bulunduğu ülke hukukunun sağladığı koruma, asgari düzey olarak kabul edilecek ve bu ülke hukukundan daha az koruma sağlayan bir hukukun seçilmesi hâlinde bu hukuk uygulanmayacak, objektif bağlama kuralını düzenleyen MÖHUK

m. 27/II-III ile uygulanacak hukuk tespit edilecektir⁸⁴.

Taraflar hukuk seçimi yapmamışlarsa veya yaptıkları hukuk seçimi, MÖHUK m. 27/I'e geçersizse iş sözleşmesine uygulanacak hukuk, işçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapıp yapmasına göre MÖHUK m. 27/II'ye veya III'e göre belirlenecektir.

MÖHUK m. 27/II'de tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanacağı ve işçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyerinin onun mutad işyeri olarak kabul edilemeyeceği düzenlenmiştir⁸⁵. Bu noktada mutad işyeri hukukunun tespiti yapılmalıdır. Mutad işyeri, işçinin işini geçici olarak yaptığı yer veya işverenin bulunduğu işyeri değil işçinin işini devamlı ve fiilen yerine getirdiği işyeridir⁸⁶. Örneğin, işçi bir işyerinde devamlı ve fiilen çalışırken başka bir ülkeye geçici gönderilmesi hâlinde mutad işyeri, işçinin devamlı çalıştığı ve geçici çalışması bittiğinde döneceği ülke olarak kalmaya devam edecektir⁸⁷. İşçini işini sürekli olarak belirli bir işyerinde yapması hâlinde o işyerine uyum sağlaması söz konusu olur. Bu nedenle de sıkı ilişkinin

⁸¹ Doğan, s. 433.

⁸² MÖHUK m. 44'te bireysel iş sözleşmelerinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi tesis edilirken de zayıf taraf olan işçinin menfaati gözetilmiş; MÖHUK m. 47/II' de ise yabancı mahkemelerin yetkilendirilmesini konu alan yetki sözleşmesi ile m. 44'te yer alan yetkinin bertaraf edilemeyeceği düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Dalkılıç**, Oğuzhan (2020) Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, On İki Levha, İstanbul, s. 17 vd.

⁸³ **Nomer**, s. 349; **Tekinalp**, s. 331; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 358; **Elçin**, Doğa (2012) Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Adalet, Ankara, s. 70-71; **Şahin**, Beyza Ç. (2021) Bireysel İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, On İki Levha, İstanbul, s. 35 vd.

⁸⁴ Mülga MÖHUK'ta bu konuda açık bir düzeleme yoktu. Bu nedenle Türk hukukunun işçiyi koruyacak hükümleri ya

doğrudan uygulanan kurallar ya da kamu düzeni uygulanması çerçevesinde uygulama alanı bulabiliyordu. Bkz. **Doğan**, Vahit (1996) İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilâfı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Yetkin, Ankara, s. 58 vd.

⁸⁵ Objektif bağlama kuralının uygulama koşulları ve eleştiriler için bkz. **Elçin**, s. 120 vd.

⁸⁶ Türk hukukunda mutad işyerinin tespiti hakkında bkz. **Nomer**, s. 351; **Tekinalp**, s. 332; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 360; **Elçin**, s. 119-120; **Sarıöz-Büyükalp**, İpek (2018) "Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m. 27/ f.3'ün Uygulanması Sorunu", Hacettepe HFD, 8(2), s. 206; **Aygül**, Musa/**Çoban**, Nazlı (2020) "Birden Fazla Ülkede İfa Edilen İş Sözleşmelerinde Mutad İşyerinin Tespiti", THD, 15(169), s. 1822 vd.

⁸⁷ **Çelikel/Erdem**, s. 437.

tespitinde en güçlü ölçüt, mutad işyeri olarak kabul görmektedir⁸⁸.

İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayı devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde işçinin mutad işyeri hukukundan söz edilemez. Böyle bir durumda MÖHUK m. 27/III'e göre iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir⁸⁹. Bu durumda esas işyeri, MÖHUK m. 9/IV uyarınca idare merkezi hukukudur⁹⁰.

MÖHUK m.27/IV'de yer alan istisna kuralına göre hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir. Hâkim yaptığı araştırma sonucunda önceki fıkralarda yer alan objektif bağlama kuralların gösterdiği hukuka nazaran iş sözleşmesi daha sıkı ilişkiye sahip olan başka bir hukukun bulunduğunu tespit ederse bu hukuku uygulama konusunda takdir hakkına sahiptir.

MÖHUK m.27/IV, fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk kapsamındaki istisna kuralını düzenleyen MÖHUK m.28/II'den farklıdır. MÖHUK m.28/II'de daha sıkı ilişkili hukuku tespit eden hâkim bu hukuku uygulamak zorundadır. Buna karşı MÖHUK m.27/IV'de hâkim daha sıkı ilişkili hukuku uygulayıp uygulamama konusunda takdir hakkına sahiptir. Daha sıkı ilişkili hukukun işçiye sağladığı korumanın, mutad işyeri hukuku uyarınca işçiye sağlanan asgari koruma seviyesine ulaşamama ihtimalini öngören Kanun Koyucu, işçiyi korumak amacıyla hâkime sıkı ilişkili hukuku uygulama konusunda zorunluluk

getirmemiştir. Daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasında, hâkimin takdirinde etkili olabilecek en önemli unsur, işçinin menfaati olarak belirlenmiştir⁹¹.

VI. SONUÇ

Günümüzde telif hakkına ilişkin sözleşmelerin yabancı unsur taşınması sıklıkla karşılaşılan bir durum olup bu sözleşmelerin esasına uygulanacak hukukunun tespiti önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

“Fikrî Mülkiyet Haklarına İlişkin Sözleşmeler” başlıklı MÖHUK m. 28'de bu konu düzenlenmiştir. Taraflar, aralarındaki telif hakkı sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuku serbestçe seçebilirler. MÖHUK m. 24'te yer alan hukuk seçimine ilişkin esaslar, bu madde bakımından da geçerlidir. Hukuk seçimi yapılmamışsa objektif bağlama kuralları ile yetkili hukuk belirlenir. Bu durumda karakteristik edim borçlusunun tespiti çok önemlidir. Telif hakkı sözleşmelerinde hakkı veya onun kullanımını devreden tarafın sözleşmenin karakteristik edim borçlusu olarak kabul edilmesi her zaman milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin tesisini sağlamayabilir. Böyle bir durumda sözleşme ile daha sıkı ilişkili hukukun tespiti gerekir. Hâkim, yabancı unsurlu telif hakkı sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuku belirlerken hâlin şartlarını dikkate almalı, sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığını tespit ettiği takdirde bu hukuku uygulamalıdır. Daha sıkı ilişkili

⁸⁸ Doğan, s. 429.

⁸⁹ Nomer, s. 353; Çelikel/Erdem, s. 437; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 360; Elçin, s. 144; farklı görüşler: Sarıöz-Büyükalp, hem işin niteliği gereği hem de işçi ve işverenin anlaşmaları ve ortak iradeleri gereği iş mutaden birden fazla ülkede yapılıyorsa ve bu ülkelerden birinin mutadlık özelliği diğerine baskın değilse her iki ülkenin de mutad işyeri ülkesi olabileceği görüşündedir (Sarıöz-Büyükalp, s. 230-231 vd.); Aygül/Çoban'a göre ya işin doğası

gereği ya da taraflar arasındaki sözleşmeden dolayı birden fazla ülkede icra edilen sözleşmelerde geniş yorum yapılmalı, mutad işyeri tespit edilebiliyorsa bir sonraki basamakta yer alan işverenin esas işyeri bağlama noktasına geçilmemelidir (Aygül/Çoban, s. 1824).

⁹⁰ Tekinalp, s. 334.

⁹¹ Nomer, s. 353; Doğan, s. 430-431.

hukuku tespit eden hâkim, bu hukuku uygulamak zorundadır.

Telif hakkı sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti aşamasında hakkı veya onun kullanımını devreden tarafın her zaman sözleşmenin karakteristik edim borçlusu olmayacağı ihtimalinden doğabilecek sorunlar, Kanunla getirilen sözleşme ile daha sıkı ilişkili hukuku uygulama zorunluluğu ile bertaraf edilebilir. Bu yolla da milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin tesis edilebileceği kanaatindeyiz.

İşçinin, işi kapsamında ve işinin ifası sırasında meydana getirdiği fikrî ürünler üzerindeki fikrî mülkiyet haklarına ilişkin olarak işçi ile işveren arasında kurulan sözleşmelere iş sözleşmesine tâbi olan hukukun uygulanması, sözleşmede zayıf taraf olduğu varsayılan işçiyi koruma amacına hizmet eden önemli bir düzenlemedir. Bu durumda işçi bakımından daha elverişli kanunlar ihtilâfî kuralları içeren “İş Sözleşmeleri” başlıklı MÖHUK m. 27 uygulanacak ve zayıf taraf olduğu varsayılan işçi daha iyi korunacaktır.

KAYNAKÇA

- Arslan**, İlyas (2014) Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı, On iki levha, İstanbul.
- Aygül**, Musa/**Çoban**, Nazlı (2020) “Birden Fazla Ülkede İfa edilen İş Sözleşmelerinde Mutad İşyerinin Tespiti”, THD, 15(169), s. 1815-1832.
- Aygiin**, Mesut (2014) “Yabancılik Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü” Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, DEUHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1025-1066.
- Bozbel**, Savaş (2015) Fikri Mülkiyet Hukuku, On İki Levha, İstanbul.
- Çelikel**, Aysel/**Erdem**, Bahadır (2021) Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Bası, Beta, İstanbul.
- Dalkılıç**, Oğuzhan (2020) Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, On İki Levha, İstanbul.
- Dardağan**, Esra (2000) Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilâfi, Betik, Ankara.
- Dardağan-Kibar**, Esra (2016) “Fikrî Haklar Alanında Uygulanacak Hukuk Sorunu”, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Eskişehir 21-22 Nisan 2016, (edt. Tiryakioğlu, Bilgin/Aygün, Mesut; Önal, Ali/Altıparmak, Kübra A./Kaya, Cansu), Yetkin, Ankara, s. 439-454.
- Demirkol**, Berk (2011) Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Vedat, İstanbul.
- Doğan**, Vahit (1996) İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilâfi Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Yetkin, Ankara.
- Doğan**, Vahit (2022) Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Baskı, Savaş, Ankara.
- Dreyfuss**, Rochelle C. / **Ginsburg**, Jane C. (2002), “Draft Convention on Jurisdiction and Recognition of Judgments in Intellectual Property Matters”, Symposium on Constructing International Property Law: The Role of National Courts, Chicago-Kent Law Review, Vol. 77, Issue 3, Art 5, s. 1065-1153.
- Ekşi**, Nuray (1999) “Kanunlar İhtilâfi Alanında Incorporation” MHB, C. 19, S.1-2, s. 263-291.
- Elçin**, Doğa (2012) Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Adalet, Ankara.
- Erdem**, Bahadır B. (1999) “Fikri Haklarda Ülkesellik Prensibi” Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 39-54.
- Erdem**, Bahadır B. (2002) Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, 2. Bası, Beta, İstanbul.
- Gökyayla**, Emre K. (2000) Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Yetkin, Ankara.
- Güngör**, Gülin (2021) Türk Milletlerarası Özel Hukuku, Yetkin, Ankara.
- Huysal**, Burak (2003) “Kanunlar İhtilâfi Alanında İkametgâh ve Doğurduğu Sorunlar”, MÜHFD, S. 2, s. 173-205.
- Kaplan**, Yavuz (2004) İnternet Ortamında Fikrî Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk, Seçkin, İstanbul.
- Nomer**, Ergin (2021) Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 23. Bası, Beta, İstanbul.
- Okutan**, Gül (1999) “Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Fikir ve Sanat Eserleri” Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 199-250.

Ömeroğlu, Ekin (2020) “Fikri Mülkiyet Haklarının İhlaline Uygulanacak Hukukta “Soft Law” Tarafından Hukuk Seçimine Yer Verilmesi” Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan, MHB, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, s. 55-77.

Özdemir, Hatice (1999) “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme ve Uluslararası Sözleşme Kavramları” İBD, C. 73, S. 10-11-12, 1999, s. 926-941.

Özkan, Işıl (2003) Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Naturel, Ankara.

Öztürk, Ayşenur (2019) Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Telif Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, On iki levha, İstanbul.

Sargın, Fügen (2002), Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Turhan, Ankara.

Sargın, Fügen (2010) “5718 sayılı MÖHUK Çerçevesinde Fikri ve Sinaî Haklar ile İlgili Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk” Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükmeleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi-2, İstanbul, s. 171-197.

Sarıöz-Büyükalp, İpek (2018) “Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m. 27/ f.3’ün Uygulanması Sorunu”, Hacettepe HFD, 8(2), s. 195-248.

Suluk, Cahit/**Karasu**, Rauf/**Nal**, Temel (2018) Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin, Ankara.

Şahin, Beyza Ç. (2021) Bireysel İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, On İki Levha, İstanbul.

Şanlı, Cemal (2019) Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Yedinci Bası, Beta, İstanbul.

Şanlı, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman-Figanmeşe**, İnci (2021) Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Bası, Beta, İstanbul.

Tekinalp, Gülören (2020) Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları, Vedat, İstanbul.

Tekinalp, Ünal (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Baskı, Vedat, İstanbul.

Toker, Gümrah A. (2020) Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun Mutad Mesken Kavramı, Adalet, Ankara.

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazarlar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarlarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarların katkı oranı %50 - %50'dir.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: *The authors declare that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the authors of the study.*

Contributions Statement: *Authors have contributed 50% - 50% into preparing and writing this study.*

Statement for Support and Appreciation If Any: *None.*

Statement for Conflict of Interest: *None.*

GERÇEK KİŞİ TACİRİN TİCARETİ TERKİ VE TİCARETİ TERK SUÇU*

ABANDONMENT OF TRADE AND CRIME OF ABANDONING TRADE

Dr. Öğr. Üyesi Hülya COŞTAN ÇETİN**

ÖZ

İcra ve İflas Kanunu'nun 44. maddesinde ticareti terk eden tacirin yükümlülükleri ve 337/a maddesinde ise bu yükümlülüklerle aykırılığın yaptırımını olarak hapis cezası düzenlenmiştir. Bu makale ile söz konusu düzenlemelerin yargı kararları ışığında değerlendirilmesi ve açıklanması amaçlanmaktadır. Bu çerçevede ilk olarak ticareti terk eden tacirin yükümlülükleri, ardından da bu yükümlülüklerle aykırılığın yaptırımını olarak öngörülen ticareti terk suçu ve bu kapsamda düzenlenen ispat yükü incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Tacir, ticareti terk suçu, mal beyanı, ispat külfeti.

ABSTRACT

In Article 44 of the Execution and Bankruptcy Law, the obligations of the merchant who left the trade, in Article 337/a, as a sanction for breach of these obligations imprisonment are regulated. This study aims to evaluate and explain these regulations in the light of judicial decisions. Within this framework, primarily the obligations of the trader who left the trade, then crime of abandoning trade foreseen as the sanction of breach of these obligations and the burden of proof regulated in this context are examined.

Keywords: Merchant, crime of abandoning trade, declaration of property, burden of proof.

* (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 18.11.2021 / Kabul Tarihi: 28.01.2022).

** T.C. Anayasa Mahkemesi Raportörü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Doktor Öğretim Üyesi (hulya.costan.cetin@anayasa.gov.tr / hcostan@politics.ankara.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-6576-3880).

Atıf/Citation: **Costan Çetin**, Hülya (2022) "Gerçek Kişi Tacirin Ticareti Terki ve Ticareti Terk Suçu",TFM,C:8, S:1, s. 75-89.

I. GİRİŞ

9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun¹ (İİK) 44. maddesinde ticareti terk eden tacirin tabi olduğu yükümlülükler hükme bağlanmıştır. Buna göre ticareti terk eden tacir terk bildiriminde ve mal beyanında bulunmakla yükümlü kılınmıştır. Bunun yanında ticareti terk olgusunun ilanına ve ticareti terk eden tacirin tabi olduğu tasarruf yasağına ilişkin hükümler de düzenlenmiştir. İİK m. 337/a'da ise mal beyanında bulunmayan, beyanında mevcudunu eksik gösteren veya tasarruf yasağına aykırı hareket eden tacirin, bunlardan dolayı zarar gören alacaklının şikayeti üzerine hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür. Alacaklının zarar görmediğini ispat eden tacire ceza verilmeyeceği belirtilmiştir.

Bununla birlikte İİK m. 44'de bu maddede düzenlenen yükümlülüklerin sadece gerçek kişi tacir için mi yoksa tüm tacirler için mi geçerli olduğu belirtilmemiştir. Kuralın hangi tacirler için uygulanacağı sorusunun öğretide ve Yargıtay kararlarında tartışıldığı görülmektedir. Söz konusu maddede ticareti terk olgusunun ilan edileceği belirtilmiş ise de bu ilanın mal beyanını da içermesi gerekip gerekmediği açıklanmamıştır. İİK m. 337/a'da ise İİK m. 44'e aykırılık zarar gören alacaklının şikayetine bağlı suç şeklinde düzenlenmiş ise de, alacaklının zarar gördüğü karine olarak kabul edilmiş ve alacaklının zarar görmediğini ispat eden tacire ceza verilmeyeceği belirtilerek alacaklının zarar görmediğini ispat yükü tacire yüklenmiştir.

Aşağıda ilk olarak İİK m. 44'ün hangi tacirler için uygulanacağına, ticareti terk kavramına, bildirim yükümüne ve ilanın kapsamına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Ardından ticareti terk suçunun şartları değerlendirilmiştir. Son olarak ticareti terk suçu kapsamında alacaklının zarar gördüğünün karine olarak kabul edilmesine ve alacaklının zarar görmediğini ispat yükünün tacire yüklenmiş olmasına neden olan olgular disiplinler arası perspektiften incelenmiştir.

II. GENEL OLARAK

İİK'nin 44. maddesinde² "Ticareti terk edenler" başlığı altında "Ticareti terk eden bir **tacir** 15 gün içinde keyfiyeti kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirmeye ve bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösteren bir mal beyanında bulunmaya mecburdur. Keyfiyet ticaret sicili memurluğunca ticaret sicili ilanlarının yayımlandığı gazete'de ve alacaklıların bulunduğu yerlerde de mütat ve münasip vasıtalarla ilan olunur. İlan masraflarını ödemiyen tacir beyanda bulunmamış sayılır./ Bu ilan tarihinden itibaren bir sene içinde, ticareti terk eden tacir hakkında iflas yolu ile takip yapılabilir./ Ticareti terk eden tacir, mal beyanının tevdi tarihinden itibaren iki ay müddetle haczi kabil malları üzerinde tasarruf edemez./ Üçüncü şahısların zilyedlik ve tapu sicili hükümlerine dayanarak iyi niyetle elde ettiği haklar saklıdır. Ancak karı ve koca ile usul ve furu, neseben veya sıhren ikinci dereceye kadar (Bu derece dahil) hısımlar, evlat edinenle evlatlık arasındaki

¹ RG 19/06/1932, S. 2128.

² Bu maddenin ilk halinde, "Ticaretlerini terkedener" başlığı altında iflâsa tâbi olup da ticareti terk ettiklerini kanununa uygun olarak ilan eden kişiler hakkında ilan tarihinden bir sene içinde iflâs yolu ile takip yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Bu maddede, 18/2/1965 tarihli ve 538 sayılı 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun Bâzi Maddelerinde Değişiklik

Yapılmasına ve Bu Kanuna Bâzi Madde ve Fıkralar Eklenmesine Dair Kanun'un (RG 06/03/1965, S. 11946) 22. maddesi ile önemli değişiklikler yapılmıştır.

Söz konusu maddenin beşinci fıkrasında, 17/7/2003 tarihli ve 4949 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un (RG 17/7/2003, S. 25184) 11. maddesiyle yapılan değişiklik ile madde bugünkü halini almıştır.

iktisaplarda iyi niyet iddiasında bulunulamaz./ Mal beyanını alan merci, keyfiyeti tapu veya gemi sicil daireleri ile Türk Patent Enstitüsüne bildirir. Bu bildiri üzerine sicile, temlik hakkının iki ay süre ile tahdit edilmiş bulunduğu şerhi verilir. Keyfiyet ayrıca Türkiye Bankalar Birliğine de bildirilir./ Bozulmaya maruz veya muhafazası külfetli olan veya tayin edilen kanuni müddet içinde değerinin düşmesi kuvvetle muhtemel bulunan mallar hakkında, tacirin talebi üzerine, mahkemece icra memuru marifetiyle ve bu kanun hükümleri dairesinde bu malların satılmasına ve bedelinin 9 uncu maddede yazılı bir bankaya depo edilmesine karar verilebilir.” şeklinde düzenleme öngörülerek ticareti terk eden tacirin tabi olduğu yükümlülükler belirlenmiştir. Söz konusu 44. madde, tacirin ticareti terki sebebiyle alacaklıların hak ve menfaatlerinin zarar görmesini önlemek amacıyla yapılması gereken işlemleri düzenlemektedir³.

Bu düzenlemelere ilişkin olarak Adalet Komisyonu Raporu'nda “Ticareti terk etmek suretiyle alacaklılarının takibinden kurtulmak isteyen kişilerle mücadele etmek kaçınılmazı imkânsız bir zaruret halini almıştır. Bilhassa son senelerde ticareti terk eden kötü niyetli borçluların iş yerlerini terk ettikleri ve ellerindeki malları başkalarına devrederek alacaklılarını zarara uğrattıkları sık sık görülen hakikatlerdendir. Ticareti terk ederek alacaklıların takibinden kurtulmak isteyen kişilerle tesirli bir şekilde mücadeleyi temin için İcra ve İflâs Kanunu sistemi içinde madde tadil edilmiş, ayrıca bu maddeye

muhalafet 337 a maddesiyle cezalandırılmıştır.” ifadelerine yer verilmiştir⁴. Kural esasında tacirin borcunu ödemesini değil ticaretin kurallara uygun şekilde terk edilmesini amaçlamaktadır. Ticari faaliyetlerin kamu düzeni ile ilişkisi dikkate alındığında ticareti terk müessesinin kanunla düzenlenmesi kanun tekniğine uygun düşmektedir.

İİK m. 337/a'da ise,“(1)44 üncü maddeye göre mal beyanında bulunmayan veya beyanında mevcudunu eksik gösteren veya aktifinde yer almış malı veya yerine kaim olan değerini haciz veya iflas sırasında göstermeyen veya beyanından sonra bu malları üzerinde tasarruf eden **borçlu**, bundan **zarar gören alacaklının şikâyeti üzerine**, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Birinci fıkradaki fiillerin işlenmesinden **alacaklının zarar görmediğini ispat eden borçluya ceza verilmez**. (3) Borçlunun iflası halinde, birinci fıkradaki durum ayrıca taksiratlı iflas hali sayılır.” denilerek İİK m. 44'e aykırılığın yaptırımını hükme bağlanmıştır.

III. İCRA VE İFLAS KANUNU'NUN 44. MADDESİ UYARINCA TİCARETİ TERK EDEN TACİRİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A- Yükümlüklerin Gerçek Kişi Tacir İçin Öngörülmüş Olması

İİK m. 44'ün birinci fıkrasında ticareti terk eden bir **tacirin** mal beyanında bulunmaya mecbur olduğu belirtilmektedir. Öğretide bizim katıldığımız görüşe⁵ göre bu kural, gerçek kişi tacirler için

³ **Kuru**, Baki (1970) Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tâbi Bulunduğu Hükümler, AÜHF, S: 27, s. 109.

⁴ 2004 Sayılı İcra ve İflâs Kanununun Bâzi Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Ve Bu Kanuna Bâzi Madde Ve Fıkralar Eklenmesine Dair Kanun Tasarısı Ve Adalet Komisyonu Raporu (1/280), Sıra Sayısı: 461,

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANA-NAK/MM_/d01/c029/mm_01029078ss0461.pdf (ET: 29/05/2021), s. 6.

⁵ **Türkmen**, Emre (2020) Ticareti Terk Kavramı ve Buna Bağlı Hukuki Sonuçlar, İstanbul, s. 16.

Ticari işletme işleten derneklerin ve vakıfların İİK m. 44 kapsamında değerlendirilebileceği görüşü için bkz. **Arkan**,

öngörölmüş olup tüzel kişi tacirlere uygulanması imkânı bulunmamaktadır⁶. Nitekim 13/11/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun⁷ (TTK) anonim şirketlere ilişkin 545. maddesine, 15/07/2016 tarihli ve 6728 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un⁸ 69. maddesi ile eklenen ikinci fıkrada TTK hükümlerine göre tasfiye

olunan şirketlerde, İİK m. 44 ve m. 337/a'nın uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir⁹.

İİK m. 44'ün uygulama alanını gerçek kişi tacir ile sınırlayan görüşler, meseleyi tacir sıfatının sona ermesi ve İİK m. 44/f. 2 açısından değerlendirmektedir. Buna göre gerçek kişi tacirin, tacir sıfatının sona ermesinin ticaret siciline yapılacak terk bildirimi üzerine sicilden terkinine bağlı olduğu, ticaret şirketlerinin ticareti terkinin ve tüzel kişiliklerinin

Sabih (2020) Ticarî İşletme Hukuku, Yirmi Altıncı Basıdan Tıpkı Basım, Ankara, s. 145; **Bilge**, Mehmet Emin (2002) Tacir Sıfatının Sona Ermesi, Prof. Dr. Ömer Teoman'a Armağan, C. I, İstanbul, s. 190-191. **Önder**, Mehmet Fahrettin (2011) Tüzel Kişi Tacirlerin Ticareti Terk Etmelerinin Anlamı ve Sonuçlarının Yargıtay Kararları Açısından Değerlendirilmesi, SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, S. 2, s. 88; **Güncan**, Atahan (2018) Ticarî İşletmenin Devrinde Alacaklıların Korunması, İstanbul, s. 113.

TSY m. 54/ f. 1 ve m. 57/ f. 1'de derneğe ya da vakfa ait bir ticari işletmenin faaliyetlerine son verilmesi halinde derneğin veya vakfın yetkili organı tarafından bu konuda alınmış kararın noter onaylı bir örneği ile işletmeye ait aktif ve pasiflerin sıfırlandığını gösterir yetkililerce imzalanmış beyanın ticaret sicil müdürlüğüne ibrazı üzerine işletmenin kaydının silineceği düzenlenmiştir.

⁶ İİK m. 44 ve m. 337/a'nın sadece gerçek kişi tacirler hakkında değil, tüzel kişi tacirleri temsile yetkili gerçek kişiler hakkında da uygulanması gerektiği görüşü için bkz. **Yılmaz**, Ejder (2016) İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 2016, s. 248.

⁷ RG 14/02/2011, S. 27846.

⁸ RG 09/09/2016, S. 29796.

⁹ TTK'ya eklenen bu fıkraya ilişkin olarak Gerekçe'de "2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu 44 üncü maddesinde; ticareti terk eden tacirin onbeş gün içinde keyfiyeti kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirmeye ve bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösteren bir mal beyanında bulunmaya mecbur olduğu, bu durumun ticaret sicili memurluğunca ticaret sicili ilânlarının yayınlandığı gazetede ve alacaklıların bulunduğu yerlerde ilân olunacağı kuralına yer verilmiştir. İcra ve İflas Kanununun 44 üncü maddesinde belirtilen ticareti terk eden tacirin bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösterecek nitelikteki mal beyanname ticaret sicili müdürlüklerince yalnızca ticareti terk eden hakiki şahıslardan alınmakta olup, sermaye şirketleri ile diğer tüzel kişi tacirlerden böyle bir beyanname alınmamaktadır. Nitekim Türk Ticaret Kanununun 540 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca tasfiye memurları şirketin tasfiyesinin başlangıcındaki durumunu incelemekte, gerekirse şirket mallarına değer biçmek adına uzmanlara başvurarak şirket malvarlığına ilişkin durumu gösteren bir envanter ile bilanço düzenlemekte ve genel kurulun onayına sunmakta, yine 541 inci madde

uyarınca alacaklılara gerekli çağrılarda bulunmaktadır./ Diğer taraftan, sermaye şirketleri bakımından ticaretin terk edilmesinden ne anlaşılması gerektiği de açık değildir. Yargıtay Kararları uyarınca ticareti terk, sermaye şirketinin ticaret unvanının ticaret sicili kayıtlarından silinmesidir. Ticaret unvanı ticaret sicilinden silinen bir sermaye şirketi, 6102 sayılı Kanun uyarınca tasfiye sürecini tamamladığından, artık bundan sonra aktif ve pasifini gösteren bir mal beyanının verilmesi fiilen mümkün değildir. Nitekim tasfiye sürecinde şirketin aktifleri ile pasifleri tasfiye edilmekte, şirket alacakları tahsil edilmekte ve borçları ödenmektedir. Ayrıca ticaret sicili kaydı silinen bir şirketin varlığından artık bahsedilemeyeceğinden ve buna bağlı olarak şirketin işlem tesis etme ehliyeti kalmayacağından, silinme sonrasında mal beyanında bulunması da fiilen mümkün değildir. Ticareti terk ile kastedilenin silinme tarihinden daha önce gerçekleşen bir durum olduğunu kabul ettiğimiz takdirde de; tasfiye memurlarınca tasfiye başlangıcında ilk envanter ve bilanço çıkarılacağından, bir kez de mal beyanında bulunulması, aynı işlemin birden çok yapılması anlamına gelecektir. Bu zaman ve emek kaybını doğuracaktır. Nitekim tasfiye memurlarının yapılan işlemler bakımından hukuki ve cezai sorumlulukları da bulunmaktadır./ Uygulamada kişiler tasfiye yoluyla ticaret şirketlerini sonlandırmak istediklerinde Türk Ticaret Kanununa ve Ticaret Sicili Yönetmeliğine uygun hareket ettiklerini ve dolayısıyla da tüm mevzuata uygun işlem yaptıklarını düşünerek ve mal beyanında bulunmadan ve ilanını yaptırmadan ticareti terk etmektedirler. Ancak bu kişilere daha sonra ticareti usulüne uygun terk etmediklerinden bahisle haklarında dava açılarak, İcra ve İflas Kanununun 337/a maddesine göre ceza verilmekte olup, bu da ilgili şahısları mağdur etmektedir./ Son dönemde mal beyanında bulunma yükümlülüğünün gerçek kişi tacirlere yönelik olduğu yönünde verilen Yargıtay kararları da bulunmaktadır. Açıklanan gerekçeler ile İcra ve İflas Kanununun 44 üncü maddesine tasfiyesine başlanan sermaye şirketleri bakımından bir istisna getirilerek yukarıda belirtilen mağduriyetlerin giderilmesi amaçlanmaktadır." açıklamalarına yer verilmiştir (TBMM, Yasama Dönemi: 26, Yasama Yılı: 1, Sıra Sayısı: 404, Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı (1/728) ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss404.pdf>, ET: 29/05/2021).

sona ermesinin ise tasfiyenin tamamlanması üzerine sicilden terkinle gerçekleştiği belirtilerek, İİK m. 44/f. 2'deki iflas yoluyla takibin ancak ticareti terk eden gerçek kişi tacir hakkında uygulanabileceği sonucuna varılmaktadır¹⁰.

Kanaatimizce meselenin her bir tacir türü açısından ayrıca incelenmesi gerekmektedir. İİK m. 44'ün **gerçek kişi tacir** hakkında uygulanacağı hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Nitekim Ticaret Sicil Yönetmeliği'nin¹¹ (TSY) 51. maddesinde¹² de ticaretin terki halinde İİK m. 44'ün uygulanmasında sadece gerçek kişi tacir esas alınarak düzenleme öngörülmüştür.

Ticaret şirketleri açısından ise şahıs şirketi, sermaye şirketi ve kooperatif ayrımı olmaksızın tasfiyeye ilişkin düzenlemeler İİK m. 44'ün uygulanmasını lüzumsuz kılmaktadır¹³. Şöyle ki sona erme sebebinin gerçekleşmesi üzerine tasfiyeye giren şirketin ticaret unvanına "tasfiye halinde" ibaresi

eklenerek bu husus tescil ve ilan edilmektedir. Tescil ve ilan ile durumun aleniyeti sağlanmaktadır. Tasfiyeye ilişkin hükümlerde tasfiye aşamasında yapılacak işlemler ile ticaret şirketinin malvarlığının korunması hususları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir¹⁴. Bu bağlamda ticaret şirketlerinin tasfiyesi aşamasında varlıkların paraya çevrilmesine ilişkin düzenlemeler¹⁵ ile İİK m. 44/f. 3'de ifadesini bulan ticareti terk eden tacirin iki ay süreyle tasarruf yasağına ilişkin kural da çelişmektedir¹⁶. Bunun yanında bilhassa anonim şirket, limited şirket ve kooperatifte tasfiye aşamasında şirket mevcudunun tespit edildiği ve alacaklılara bildirimde bulunduğu dikkate alındığında ayrıca bir mal beyanında bulunulması lüzumsuz kalmaktadır¹⁷. Bu sebeplerle İİK m. 44 ve m. 337/a, ticaret şirketlerini temsile yetkili gerçek kişiler hakkında uygulanmamalıdır¹⁸.

Bu noktada ticaret şirketlerinin ticareti fiilen¹⁹ terk etmeleri ile hukuken²⁰ terk etmeleri

¹⁰ **Kuru**, s. 115-116; **Arkan**, s. 144.

¹¹ RG 27/01/2013, S. 28541.

¹² "Gerçek Kişilere Ait Ticari İşletmeler" başlığı altında yer alan 51. maddesinde gerçek kişiye ait ticari işletmenin, faaliyetlerine son verilmesi ya da başka kişiye devri halinde on beş gün içinde ticaret unvanının silinmesi için ticari işletmenin sahibi tarafından ticaret sicil müdürlüğüne başvurulması gerektiği hükme bağlanmıştır (f. 1). Yine aynı maddede ticareti terk eden tacirin, İİK m. 44'e göre terk dilekçesi ile birlikte mal beyanını da müdürlüğe vermek zorunda olduğu ifade edilmiştir (f. 4).

¹³ **Kuru**, s. 115. Şahıs şirketleri ve sermaye şirketleri bakımından aynı yönde görüş için bkz. **Güncan**, s. 116.

¹⁴ TTK m. 267 vd., m. 328, m. 536 vd, m. 643; 24/4/1969 tarihli ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu (KK) (RG 10/05/1969, S. 13195) m. 98.

¹⁵ TTK m. 294 vd., m. 538.

¹⁶ **Önder**, s. 90.

¹⁷ Anonim şirketlere ilişkin TTK m. 541 ve 543, TTK m. 643'ün atfıyla limited şirket için ve KK m. 98'in atfıyla kooperatif için de geçerlidir.

Şahıs şirketlerinde ortakların şirket borçlarından dolayı sorumlu olmaları sebebiyle ticaretin terki halinde bu ortakların mal beyanında bulunması gerektiği buna karşılık sermaye şirketlerinin ortaklarının mal beyanında

bulunmasına gerek olmadığı yönünde bkz. **Bozer**, Ali / **Göle**, Celal (2020) Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş Altıncı Bası, Ankara, s. 98. Bir başka görüşe göre ise kolektif şirket ortaklarının iflasa tabi tutulmaları tacir sıfatından değil ortak sıfatından kaynaklandığından bu ortaklar ticareti terk eden tacir sayılamaz ve İİK m. 44 uygulanmaz (**Şener**, Oruç Hami (2019) Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Ankara, s. 244-245).

¹⁸ Bir ticaret şirketinin tasfiyeye girmeksizin ticareti terki halinde İİK m. 44 ve 337/a'nın uygulanması gerektiği yönünde bkz. **Bozer / Göle**, s. 99. Tasfiye sürecine girmekle birlikte etkinliğini fiilen sona erdirmiş tüzel kişi tacirin ticareti terk etmiş sayılması gerektiği yönünde bkz. **Ülkü**, Murat Fatih / **Karaaslan**, Erol (1999) Alacaklılardan Mal Kaçırma Amacıyla Ticari İşletmenin Devri ve Türk Hukukunda Bir Bilinmeyen: BY. md. 179, Manisa Barosu Dergisi, Temmuz-Ekim, Y: 18, S: 70, s. 60.

¹⁹ Şirketin fiilen ticari faaliyetlerini bırakması, şirket merkezi olarak gösterilen adresin sürekli olarak kapalı olması, şirket fesih kararı almasına rağmen Ticaret Siciline sona ermenin bildirilmemiş olması, sürekli olarak genel kurul yapılmayan şirkette yöneticilerin görev sürelerinin dolmuş olması vb. (**Önder**, s. 78).

²⁰ Ticaret şirketlerinin ticareti hukuken terki tasfiyenin tamamlanması üzerine ticaret sicilinden terkin işlemi ile gerçekleşmektedir.

arasındaki fark önem kazanmaktadır. Ticaret şirketlerinin ticareti fiilen terki halinde uygulanması gereken kural İİK'nin "Ticari işletmede yöneticilerin sorumluluğu" başlığını taşıyan 333/a maddesi olmalıdır. Bu maddede ticaret şirketlerinde hukuken veya fiilen yönetim yetkisine sahip olanların alacaklıları zarara uğratmak kastıyla ticari işletmenin borçlarını kısmen veya tamamen ödemeyerek alacaklıları zarara soktukları takdirde, bu işlem ve eylemlerin başka bir suç oluşturmaması hâlinde, alacaklıların şikâyeti üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır²¹. Bu düzenleme yanında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda²² (TCK) düzenlenen güveni kötüye kullanma (m. 155), hileli iflas (m. 161) ve taksirli iflasa (m. 162) ilişkin hükümlerin uygulanması da söz konusu olabilecektir²³.

Yargıtay uygulamasına bakıldığında ise 12. HD'nin 22/12/2020 tarihli E.2020/8057, K.2020/11132 sayılı Kararıyla içtihat değişikliğine²⁴ gittiği görülmektedir. 12. HD bu Kararında TTK m. 545'e eklenen ikinci fıkraya dikkat çekmiş, şirketin tasfiyesi sürecinde şirketin bütün malları satılarak borçlarının ödendiğinin ve kalan malvarlığı olması halinde bunun da ortaklara dağıtıldığının, bu sebeple de mal beyanında bulunulmasını gerektiren bir durum olmadığının altını çizmiştir. Daire tasfiyeyi düzenleyen kurallar sebebiyle ticaret sicilinden silinme öncesinde mal beyanı aranmasının zaman ve emek kaybına yol açacağını ifade ederek "...İİK'nun 44 üncü maddesindeki mal beyanında bulunma yükümlülüğünün gerçek kişi tacirlere yönelik bir yükümlülük olduğu ve ticaret şirketlerini kapsadığı..." yönünde karar vermiştir²⁵.

²¹ Vurgulamak gerekir ki madde başlığı madde metni ile uyumlu değildir. Şöyle ki madde başlığında ticari işletme yöneticilerinden, madde metninde ise ticaret şirketlerinin yöneticilerinden söz edilmektedir. Buradan hareketle maddenin ticari işletme işleten gerçek kişi tacire uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan kollektif ve komandit şirketler haricindeki ticaret şirketlerinin ticari işletme işletmesi gibi bir zorunluluk söz konusu değildir.

²² RG 12/10/2004, S. 25611.

²³ **Önder**, s. 80.

²⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu İİK m. 44'de yer alan "ticareti terk eden tacir" ifadesinin sadece gerçek kişi tacirleri kapsadığına dair kısıtlayıcı bir hüküm konulmadığından hareketle tacir sayılan limited şirketi temsil ve idareye yetkili kişilerin, şirketin ticareti terki halinde İİK m. 44 uyarınca bildirim yapmakla yükümlü olduklarını belirterek bu kişilerin İİK m. 337/a uyarınca cezalandırılmalarına engel bulunmadığına hükmetmişti (14/02/2012, E. 2011/16.HD-505, K. 2012/28; 14/02/2012, E. 2011/513, K. 2012/29; 14/02/2012, E. 2011/16.HD-509, K. 2012/30).

²⁵ Yargıtay'ın söz konusu içtihat değişikliğine uygun sonraki tarihli kararları için bkz. 12. HD, 06/04/2021, E. 2021/1729, K. 2021/4089; 12. HD, 06/04/2021, E. 2021/1725, K. 2021/4088; 12. HD, 06/04/2021, E. 2021/1752, K. 2021/4091; 12. HD, 06/04/2021, E. 2021/1728, K. 2021/4079; 12. HD, 30/03/2021, E. 2020/9358, K. 2021/3696; 12. HD, 30/03/2021, E. 2021/2615, K. 2021/3687; 12. HD, 30/03/2021, E. 2021/2594, K. 2021/3685; 12. HD, 06/04/2021, E. 2021/1726, K. 2021/4087; 12. HD, 30/03/2021, E. 2020/8721, K.

2021/3695; 12. HD, 02/03/2021, E. 2021/1771, K. 2021/2302; 12. HD, 09/02/2021, E. 2020/8718, K. 2021/1245.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki 12. HD'nin içtihat değişikliği niteliğindeki 22/12/2020 tarihli E.2020/8057, K.2020/11132 sayılı Kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı 13/02/2021 gün ve IC-2020/78999 sayılı yazısında "...İİK'nin 44. Maddesinde "ticareti terk eden tacir" ifadesi kullanılmış olup bu ifadenin yalnızca gerçek kişi tacirleri kapsadığına ilişkin herhangi bir kısıtlayıcı hüküm konulmamıştır. O halde tacir sayılan limited şirketlerin, temsil ve idareye yetkili müdürlerinin, şirketin ticareti terk etmeleri halinde tıpkı gerçek kişi tacirler gibi İcra İflas Yasası'nın 337/a maddesi uyarınca cezalandırılmalarına da yasal bir engel bulunmamaktadır (Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 01/06/2010 tarih ve 2010/16.HD-75 esas 2010/129 kararı da aynı yöndedir.) Sanığın temsile yetkili olduğu borçlu limited şirket hakkında herhangi bir tasfiye süreci bulunmadığından, 15/7/2016 tarihinde yürürlüğe giren 6728 sayılı Kanun'un 69. maddesiyle 6102 sayılı TTK'nun 545. maddesine eklenen 2. fıkra ile getirilen, "Anılan Kanun hükümlerine göre tasfiye olunan şirketlerde, 2004 sayılı Kanunun 44 üncü ve 337/a maddesi hükümlerinin uygulanmayacağına" yönelik düzenlemesinin şikâyete konu olmayacağı yeri yoktur. Başka bir anlatımla borçlu şirket tasfiye aşamasında olmadığından, ticareti terk eden şirketin yetkililerinin 6102 Sayılı Kanunun 545-(2) maddesinde ifade edilen ve tasfiye memurlarını kapsadığı anlaşılan istisnadan yararlanmaları söz konusu olmayacaktır./ Diğer yandan, İİK'nin 44. maddesinde yapılan değişikliğin "ticareti

B- Ticareti Terk Kavramı ve Ticaretin Kısmen Terki

Ticareti terk²⁶ olgusu ticari işletmenin kapatılması, devredilmesi, bir şirkete sermaye olarak konulması veya tasfiye edilmesi gibi halleri kapsamaktadır²⁷. Ticaretin kısmen terki ise tacirin tüm ticari faaliyetine son vermediği, örneğin iki ticari işletme işleten tacirin birisini devretmesi gibi halleri ifade etmektedir. Bu hallerde ticaret tamamen terk edilmediği için tacir sıfatı sona erme de İİK m. 44'ün birinci fıkrası uygulanmalıdır²⁸. Bu hususta ticaretin kısmen terki halinde tacir sıfatı devam edeceği için tacirin iflasa tabi olacağı, başka bir ifadeyle İİK m. 44'ün ikinci fıkrasının uygulanmasına ihtiyaç olmadığı ileri sürülebilir. Ancak kısmen terk halinde İİK m. 44'ün ikinci fıkrasının uygulanmamasının, bu fıkranın alacaklıların korunması yönündeki

amacıyla ve İİK m. 337/a'da düzenlenen yaptırımın getiriliş amacıyla bağdaşmayacağı açıktır²⁹. Dolayısıyla İİK m. 44'ün birinci fıkrası ticaretin kısmen terki halinde de uygulanmalı, buna karşılık ticaretin kısmen terki halinde tacir ticari faaliyetlerini sürdürdüğünden bu maddenin üçüncü, dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları uygulanmamalıdır³⁰.

C- İİK m. 44'ün Birinci Fıkrasında Düzenlenen Bildirim Yükümü ve İlan

TTK'nın 31. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında "*Tescil edilmiş hususlarda meydana gelen her türlü değişiklik de tescil olunur./ (2) Tescilin dayandığı olgu veya işlemler tamamen veya kısmen sona erer ya da ortadan kalkarsa sicildeki kayıt da kısmen yahut tamamen silinir.*" şeklinde ifade edilen

terk eden kötü niyetli borçluların" bu davranışlarının önlenmesi amacıyla yapıldığı da gerekçede açıkça ifade edilmiştir. Ticari şirketi temsil ve idareden sorumlu müdür ve yetkililerinin bu suçu işleyemeyeceklerinin kabulü halinde, ticareti terk suçunu işleyen gerçek kişi tacirlerin İY'nın 337/a maddesi uyarınca cezalandırılmaları gerekecek, ancak aynı fiili işleyen ve İY'nın 345. maddesi uyarınca bu fiilden sorumlu tutulması gereken ticari şirket müdür ve yetkililerinin cezai sorumluluktan muaf tutulmaları anlamına gelecektir ki bunun yasal bir dayanağı bulunmamaktadır..." ifadelerine yer vererek itirazda bulunmuştur. İtirazı inceleyen 12. HD Kararında "*1) Dairemizin 22/12/2020 gün ve 2020/8057 Esas, 2020/11132 sayılı kararı usul ve yasaya uygun bulunmakla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazları yerinde görülmediğinden REDDİNE,*

6352 sayılı Kanun ile değişik 5271 sayılı Kanunun 308. maddesinin 3. fıkrası gereğince itirazı incelemek üzere dosyanın Yargıtay Ceza Genel Kuruluna gönderilmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİLİNE, 06/04/2021 tarihinde oy birliğiyle karar verildi" ifadeleriyle itirazı reddetmiştir (12. HD, 06/04/2021, E. 2021/2333, K.2021/4075).

Açıklanan içtihat değişikliği öncesinde ise Yargıtay'ın hem hukuk daireleri hem de ceza daireleri, İİK m. 337/a'nın ticaret şirketlerine dolayısıyla şirketi temsile yetkili kişilere uygulanması gerektiği yönünde karar vermekteydi bkz. 12. HD, 14/12/2020, E. 2020/6370, K. 2020/10620; 12. HD, 25/09/2019, E. 2019/3436, K. 2019/13417; 12. HD, 26/11/2019, E. 2019/12518, K. 2019/17056; 12. HD, 04/02/2020, E. 2019/13660, K. 2020/788; 12. HD, 04/02/2020, E. 2019/13612, K. K. 2020/792; 12. HD, 11/02/2020, E. 2019/13627, K. 2020/ 1107; 12. HD, E.

2019/13641, K. 2020/1414; 12. HD, E. 2019/1343, K. 1412; 12. HD, 20/05/2020, E. 2020/ 1110, K. 2020/3193; 12. HD, 10/11/2020, E. 2020/4595, K. 2020/9543; 12. HD, 08/06/2020, E. 2020/1942, K. 2020/3944; 19. CD, 20/01/2020, E. 2019/34905, K. 2020/31; 19. CD, 30/01/2019, E. 2018/5139, K. 2019/1123; 19. CD, 21/01/2019, E. 2018/8331, K. 2019/506; 19. CD, 17/01/2019, E. 2018/5955, K. 2019/490; 19. CD, 28/11/2018, E. 2018/6168, K. 2018/12611; 19. CD, 11/12/2018, E. 2015/31073, K. 2018/13088.

²⁶ 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun (RG 10/1/1961, 11/1/1961, 12/1/1961; S. 10703, 10704, 10705) 161. maddesinin birinci fıkrasında "*Vergiye tabi olmayı gerektiren muamelelerin tamamen durdurulması ve sona ermesi işi bırakmayı ifade eder.*" denilerek işi bırakmanın tanrifi yapılmış, 160. maddesinde ise işi bırakanlar vergi daireesine bildirim ile yükümlü kılınmıştır.

²⁷ Ayrıntılı açıklama için bkz. **Türkmen**, s. 20-65. Vergi hukuku bakımından değerlendirme için bkz. **Güleç**, Nuri (2012) Ticaret Şirketleri İçin Ticareti Terk Mümkün Müdür?, TAAD, Y: 3, S: 10, s. 4.

²⁸ **Kuru**, s. 117; **Ülkü / Karaaslan**, s. 60. Aksi yönde bkz. **Güleç**, s. 9.

²⁹ **Kuru**, s. 117.

³⁰ **Kuru**, s. 117; **Güncan**, s. 113. Ticaretin kısmen terki halinde İİK m. 44'ün uygulanmayacağı yönünde bkz. **Arslan**, Ramazan & **Yılmaz**, Ejder / **Taşpınar Ayyavaz**, Sema / **Hanağası**, Emel (2020) İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, Ankara, s. 465.

kurullarla sicilde kayıtlı işletmesini kapatma, devir vb. sebeplerle işletmeyi bırakan tacirin sicil kaydını da sildirmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.

İİK m. 44'ün birinci fıkrasının ilk cümlesinde ise "Ticareti terk eden bir tacir 15 gün içinde keyfiyeti kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirmeye ve bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösteren bir mal beyanında bulunmaya mecburdur." denilerek alacaklıların korunması amacıyla düzenlemeye gidilmiştir. Kural terk bildirimini yanında mal beyanında bulunma yükümünü de düzenlemekte ve bu bildirim ile beyanın 15 gün içinde yapılmasını öngörmektedir.

TSY'nin 51. maddesinde de anılan Kanunlardaki düzenlemelerle uyumlu olarak "(1) Gerçek kişiye ait ticari işletmenin, faaliyetine son verilmesi ya da başka bir gerçek veya tüzel kişiye devredilmesi halinde onbeş gün içerisinde ticaret unvanının silinmesi için ticari işletmenin sahibi tarafından müdürlüğe başvurulur./ (2) Gerçek kişiye ait ticari işletmenin sahibinin ölümü durumunda, mirasçılardan birinin sildirme talebinde bulunması halinde ticari işletmenin kaydı silinir. Ticari faaliyetin devamında, mirasçıların muvafakıyla aralarında kendilerinin de olabileceği yeni sahibi, söz konusu ticari işletmenin kendi adına tescil edilmesini isteyebilir./ (3) Ticareti terk ettiği herhangi bir şekilde tespit edilen gerçek kişilere ait ticari işletmenin kaydı, ilgili resmi

makamdan alınacak yazı üzerine resen silinir./ (4) Ticareti terk eden tacir 2004 sayılı Kanunun 44 üncü maddesine göre terk dilekçesi ile birlikte mal beyanını da müdürlüğe vermek zorundadır." hükümlerine yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere ticareti terk eden tacirin mal beyanında bulunma yükümü İİK'da düzenlenmiş, terk beyanı ile birlikte bu beyanın da Ticaret Siciline³¹ verilmesi gerektiği³² TSY m. 51/f. 4 ile açıklığa kavuşturulmuştur. İİK m. 44'ün birinci fıkrasının ikinci cümlesinde "Keyfiyet ticaret sicili memurluğunca ticaret sicili ilanlarının yayımlandığı gazete'de ve alacaklıların bulunduğu yerlerde de mütat ve münasip vasıtalarla ilan olunur." kuralına yer verilmiştir³³. Söz konusu maddenin üçüncü cümlesinde ise ilan masraflarını ödemeyen tacirin beyanda bulunmamış sayılacağı kurala bağlanmıştır. Bu kurallar TTK'nın 36. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları ile birlikte değerlendirildiğinde tacirin ticareti terkine ilişkin bildirimini Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde (TTSG) yapılan ilandan itibaren hüküm ve sonuç doğuracağı anlaşılmaktadır.

Bu bağlamda değerlendirilmesi gereken bir mesele de İİK m. 44/ f. 1 uyarınca verilmesi gereken mal beyanının içeriğidir. İİK m. 44/ f. 1'de "bütün aktif ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösteren bir mal beyanında bulunma" mecburiyeti düzenlenmiştir. Öğretide ileri sürülen bir görüşe

³¹ İİK m. 44'ün birinci fıkrasında mal beyanını nereye yapılacağı belirtilmemiştir. Bu karşılık bu maddenin beşinci fıkrasında mal beyanını alan merci ifadesine yer verilmiştir. Bilindiği üzere 12/2/2004 tarihli ve 5092 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un (RG 21/02/2004, S. 25380) 11. maddesiyle, İİK'de yer alan "icra tetkik mercii", "tetkik mercii" ve "mercii" ibareleri "icra mahkemesi"; "icra mercii hâkimi" ve "mercii hâkimi" ibareleri "icra hâkimi" olarak değiştirilmiştir. Bu bağlamda İİK m. 44'ün beşinci fıkrasında yer alan merci ibaresinin, icra mahkemesi olarak anlaşılıp anlaşılacağı sorusu akla gelmektedir. Zira İİK'nun haciz yoluyla takipte mal beyanını düzenleyen 74. maddesinde de mal beyanının icra dairesine yapılması gerektiği hükme bağlanmıştır. Kanaatimizce İİK m. 44'ün lafzından mal beyanının Ticaret Sicil

Müdürlüğü'ne yapılması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Bu hususun 6102 sayılı TTK'ya dayanılarak çıkarılan TSY m. 51/f. 4'de açıklığa kavuşturulmuş olması elbetteki eleştiriye açıktır. Konuya ilişkin olarak İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliği'nde (RG 11/04/2005, S. 25783) herhangi bir hükme yer verilmemiştir.

³² **Kuru**, s. 111; **Ülkü / Karaaslan**, s. 60.

³³ Alacaklıların bulunduğu yerlerde ilan yapılması gerektiği yönünde bkz. **Türkmen**, s. 71-72. Bizim de katıldığımız görüşe göre açıklanan kuralda Ticaret Sicili ilanlarının yayımlandığı gazete aracılığıyla ilan kastedilmektedir (**Kuru**, s. 115).

göre mal beyanında aktif ve pasiflerin tek tek değil bütün olarak belirtildiği hallerde ayrıntılı bilgiler ticari defterlerden saptanabiliyorsa bu mal beyanı İİK m. 44'e uygun kabul edilmelidir³⁴. Bizim de katıldığımız görüşe göre ise tacirin ticari defterlerinin kamuya açık ve aleni olmaması, alacaklıların bu defterlerden bilgi edinme hakkının bulunmaması ve İİK m. 44'de ticari terk eden tacirin mal beyanında bulunması açıkça düzenlendiğinden ilk görüşe ihtiyatlı yaklaşılmalı³⁵, aktif ve pasiflerdeki münferit etkisizlikler alacaklılara zarar vermeyecek nitelikte ise İİK m. 44'ün ihlal edilmemiş sayılacağı kabul edilmelidir³⁶.

D- İlanın Kapsamı

Bu bağlamda değerlendirilmesi gereken önemli bir husus ise İİK m. 44'ün birinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca yapılacak ilanın kapsamıdır. Şöyle ki anılan fıkranın ilk cümlesinde yukarıda da açıklandığı üzere *“Ticareti terk eden bir tacir...keyfiyeti...bildirmeye ve...mal beyanında bulunmaya mecburdur.”* kuralı düzenlenmiş ikinci cümlede ise *“Keyfiyet ticaret sicili memurluğunca ticaret sicili ilanlarının yayımlandığı gazete’de ve alacaklıların bulunduğu yerlerde de mütat ve münasip vasıtalarla ilan olunur.”* hükmüne yer verilmiştir. Bu kural uyarınca yapılacak ilanın sadece tacirin ticareti terk ettiği olgusunu mu içereceği yoksa mal beyanını da içermesi gerekip gerekmediği konusu değerlendirilmelidir. Bir görüşe göre ilanda sadece tacirin ticaretini terk ettiğinin bildirilmesi yeterli olmayıp mal

beyanının içeriği, özellikle de tacirin alacaklılarının isim ve adresleri de gösterilmelidir³⁷. Ticareti terk durumunu ya da mal beyanını içermeyen ilanın, kanunun göstermiş olduğu şekilde yapılmamış olacağı dolayısıyla ticareti terk eden tacirin iflasa tabi olmaya devam edeceği dile getirilmektedir³⁸.

Bize göre İİK m. 44'ün birinci fıkrasının birinci ve ikinci cümleleri birlikte değerlendirildiğinde keyfiyetin bildirilmesi ve keyfiyetin ilanı ile kastedilenin ticareti terk olgusu olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla TSG'de yapılacak ilanın da ticareti terkin ilanı ile sınırlı olduğu sonucuna varılmalıdır. Ticareti terk eden tacirin mal beyanının da ilan edilmesi gerektiği yönündeki görüş kanaatimizce kişisel verilerin ve ticari sırların korunması gerekliliği bağdaşmamaktadır. Nitekim uygulamada da TTSG'de yapılan ilanlarda sadece Ticaret Sicili'nden terkin hususuna yer verilmekte olup mal beyanının ilan edilmediği görülmektedir³⁹.

E- Ticareti Terk Eden Tacirin Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması

İİK m. 44'ün üçüncü fıkrasında ticareti terk eden tacirin, mal beyanının tevdi tarihinden itibaren iki ay süreyle haczi kabil malları üzerinde tasarruf edemeyeceği hükme bağlanmıştır. Aynı maddenin beşinci fıkrasında da mal beyanını alan sicil memurunun⁴⁰, duruma göre tapu veya gemi sicilleri ile Türk Patent Enstitüsüne ve Türkiye Bankalar Birliğine bildirimde bulunacağı belirtilmiştir. Bu bildirim üzerine sicillerde, temlik hakkının iki ay süre ile

³⁴ Ülkü / Karaaslan, s. 60.

³⁵ Arıcı, Fatih (2008) Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul, s. 221.

³⁶ Arıcı, s. 222; Güncan, s. 118.

³⁷ Kuru, s. 111; Güncan, s. 119; Durman, Okay (2009) İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, s. 193.

³⁸ Türkmen, s. 72-73.

³⁹ Örnek için bkz. TTSG, 22/10/2018, S. 9686, s. 624.

⁴⁰ Kuralda geçen “merci” ibaresinin Ticaret Sicil Müdürlüğü olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. yukarıda dn. 31.

tahdit edildiği şerhi verilmesi gerektiği de ifade edilmiştir. Söz konusu maddenin dördüncü fıkrasında ise üçüncü şahısların zilyedlik ve tapu sicili hükümlerine dayanarak iyiniyetle elde ettiği hakların saklı olacağı buna karşılık karı ve koca ile usul ve furu, neseben veya sıhren ikinci derece dahil hısımlar ve evlat edinilenle evlatlık arasındaki iktisaplarda iyi niyet iddiasında bulunulamayacağı hükme bağlanmıştır⁴¹.

IV. TİCARETİ TERK SUÇU

Yukarıda açıklanan İİK m. 44'e aykırılığın cezaı yaptırımını, aynı Kanun'un 337/a maddesinde düzenlenmiştir. "Ticaretı terk edenlerin cezası" başlıklı 337/a maddesinin birinci fıkrasında "44 üncü maddeye göre mal beyanında bulunmayan veya beyanında mevcudunu eksik gösteren veya aktifinde yer almış malı veya yerine kaim olan değerini haciz veya iflas sırasında göstermeyen veya beyanından sonra bu malları üzerinde tasarruf eden **borçlu**, bundan zarar gören alacaklının şikâyeti üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." denilmiş, ikinci fıkrada ise "Birinci fıkradaki fiillerin işlenmesinden alacaklının zarar görmediğini ispat eden borçluya ceza verilmez." kuralına yer verilerek borçluya cezadan kurtulma imkanı tanınmıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki İİK'nin 44 ve 337/a maddelerine, TTK yerine İİK'de yer verilmiş olması mevzuat bütünlüğü açısından eleştiriyebilir.

açıktır. Tacire ve Ticaret Sicili'ne tescile ilişkin kuralların TTK'de yer alması sebebiyle tacirin ticareti terkine ilişkin kuralların da TTK'de düzenlenmesi işin niteliğine daha uygun görünmektedir.

İİK m.337/a'da borçludan söz edilmekte ise de, yukarıda açıklandığı üzere borçlu, gerçek kişi tacir olarak yorumlanmalı⁴², dolayısıyla ticareti terk suçunun failinin gerçek kişi tacir olabileceği kabul edilmelidir.

A- Mal Beyanı ve Tasarruf Yasağına İlişkin Hükümlere Aykırı Hareket

İİK m. 337/a'da seçimlik hareketli suç olarak düzenlenen ticareti terk⁴³ suçunun oluşabilmesi için aşağıdaki fillerden birisinin gerçekleşmiş olması gerekmektedir:

- Aynı Kanun'un 44. maddesinde düzenlenen mal beyanının yapılmamış olması⁴⁴,
- Mal beyanında mevcudun eksik gösterilmiş olması,
- Aktifte yer alan bir malın⁴⁵ veya yerine kaim olan değerini haciz veya iflas sırasında gösterilmemiş olması veya
- Anılan Kanun'un 44. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen 2 aylık süre dolmadan, tacirin mal beyanında yer alan mallar üzerinde tasarrufta bulunmuş olması.

⁴¹ İİK m. 44'ün anılan fıkraları hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. **Kuru**, s. 112-114.

⁴² Bkz. yukarıda I-A başlığı altındaki açıklamalar.

⁴³ Tacirin ticareti fiilen terk edip etmediği konusundaki araştırma, uygulamada Vergi Dairesi Müdürlüklerinden beyanname örnekleri getirtilerek ve sicile kayıtlı adreste zabıta araştırması yaptırılarak tespit edilmektedir. Bkz. 12. HD, 07/11/2019, E. 2019/9361, K. 2019/16162; 12. HD, 25/09/2019, E. 2019/3436, K. 2019/13417; 12. HD, 26/11/2019, E. 2019/12518, K. 2019/17056; 12. HD, 04/02/2020, E. 2019/13660, K. 2020/788; 12. HD,

20/05/2020, E. 2020/1110, K. 2020/3193; 19. CD, E. 2018/5955, K. 2019/490.

⁴⁴ İİK m. 44/f. 1'de ilan masraflarını yatırmayan tacirin mal beyanında bulunmamış sayılacağı ifade edildiğinden bu durumun da kural kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

⁴⁵ Tacirin mal beyanında göstermediği bir malın haczi caiz değil ise alacaklıların zarar görmesi söz konusu olmayacağı için İİK m.337/a'ya göre ceza verilemeyeceği yönünde bkz. **Kuru**, s. 111.

Yukarıda da açıklandığı üzere, İİK m. 44'e göre ticareti terk eden tacir, 15 gün içinde bu durumu bildirmek ve mal beyanında bulunmakla yükümlüdür. Bu maddeye aykırılığın yaptırımını düzenleyen İİK m. 337/a'da ise seçimlik hareket suç olarak sayılan haller arasında "terk bildiriminde bulunmamak" sayılmamıştır. Mal beyanı terk bildirimine eklenerek yapıldığından Kanun'un 44. maddesinde düzenlenen terk bildirim ve mal beyanının birbirinden ayrılmasına olanak bulunmamaktadır⁴⁶.

B- Alacaklının Zarar Görmesi

İİK m. 337/a'da borçlu tacirin yukarıda sayılan davranışlarının alacaklılarına zarar verdiği adi karene olarak kabul edilmiştir⁴⁷. Bu sebeple alacaklı zarar gördüğünü ispat etmekle yükümlü kılınmış buna karşılık alacaklının zarar görmediğini ispat eden borçluya cezadan kurtulma imkanı tanınmıştır.

Bununla birlikte İİK m.337/a'da borçludan söz edilmiş olması, bu maddenin uygulanabilmesi için alacaklının ticareti terk eden tacire karşı takip başlatması gerekip gerekmediği sorusunu akla getirmemektedir. Kanaatimizce alacaklının takip başlatmış olması gerekli olmayıp İİK m. 44'e aykırılığın gerçekleşmiş olması yeterli sayılmalıdır.

C- Suçun Takibinin Şikâyete Bağlı Olması

İİK m. 337/a'daki cezai sorumluluk alacaklının şikâyetine bağlanarak takibi şikâyete bağlı suç şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla İİK m. 44'e

aykırılık gerçekleşmeli ve alacaklı şikâyette bulunmalıdır.

Şikâyet süresi bakımından ise, TCK'nın takibi şikâyete bağlı suçlara ilişkin düzenleme öngören 73. maddesi uygulanmaz. Özel hüküm niteliğinde olan İİK m. 347'ye göre şikâyet hakkı, fiilin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay ve her halde fiilin işlendiği tarihten itibaren bir yıl geçmekle düşer. Bu süre hak düşürücü süre niteliğindedir.

Şikâyetin yazılı veya sözlü yapılması mümkündür (İİK m. 349/f. 1).

D- Ticareti Terk Suçunun Soruşturma ve Kovuşturma Rejimi

İİK m. 354 uyarınca alacaklının şikâyetten feragat etmesi veya borcun ödenmesi ise dava ve cezayı düşüren sebeptir.

Ticareti terk suçu için üç aydan bir yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür (İİK m. 337/a-f.1). Bu ceza, TCK m. 49/f. 2 uyarınca kısa süreli hapis cezası niteliğindedir. Bu nedenle de seçenek yaptırımlara⁴⁸ çevrilmesi veya ertelenmesi⁴⁹ mümkündür.

Belirtmek gerekir ki borçlu tacire karşı birden çok alacaklı tarafından icra takibi başlatılarak şikâyette bulunulması halinde ticareti terk suçu tek bir fiil ile işlendiğinden dosyalar birleştirilmeli ve sanığa tek bir ceza verilmelidir⁵⁰.

⁴⁶ Kuru, s. 114-115; Türkmen, s. 89.

⁴⁷ Türkmen, s. 89; Kuru, s. 114.

⁴⁸ TCK m. 50'de "Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar" düzenlenmiştir.

⁴⁹ TCK m. 51'de iki yıl veya daha süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezasının ertelenebileceği hükme bağlanmıştır.

⁵⁰ 12. HD, 16/02/2021, E. 2020/9391, K. 2021/1575.

E- Yetkili ve Görevli Mahkeme

İcra takibinin yapıldığı yerdeki icra mahkemesi görevli ve yetkili mahkemedir⁵¹ (İİK m. 349, m. 346/f. 3).

F- Borçlunun Alacaklının Zarar Görmediğini İspatı

İİK m. 337/a'nın ikinci fıkrasında, bu maddenin birinci fıkrasındaki fiillerin işlenmesinden alacaklının zarar görmediğini ispat eden borçluya ceza verilmeyeceği hükme bağlanmıştır.

Buna göre İİK m. 44/f. 1'deki yükümlülükler yerine getirilseydi bile alacaklının hakkına kısmen dahi olsa kavuşamayacağını ispatlayan borçluya ceza verilmeyecektir. Borçlunun bütün aktif malvarlığının rehinli olması veya haczi kabil bir malvarlığına sahip olmaması gibi hallerde mal beyanında bulunulmamış olması, alacaklılara zarar vermeyeceğinden borçlunun da cezalandırılması gerekmemektedir⁵². Keza 2 aylık tasarruf yasağı süresi içinde malları üzerinde tasarrufta bulunan borçlunun

diğer malları, borçlarını karşılıyorsa borçluya ceza verilmeyecektir⁵³.

1- Suçsuzluk Karinesine İlişkin Genel Açıklamalar

İİK'nın 337/a maddesinin ikinci fıkrası Anayasa'nın suçsuzluk karinesinin de teminatı olan 38. maddesinin 4. fıkrası bağlamında değerlendirilmiştir. Zira meseleyi bu açıdan inceleyen Anayasa Mahkemesi kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmetmiş ise de, karşı oylarda belirtilen hususlar dikkat çekicidir⁵⁴. Buradan hareketle, İİK m. 337/a'nın birinci fıkrasında kabul edilen alacaklının zarar gördüğüne ilişkin adi karine⁵⁵ ve borçluya yüklenen aksini ispat külfeti değerlendirilmelidir.

Anayasa'nın 38. maddesinin 4. fıkrasında "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz." şeklinde ifadesini bulan suçsuzluk karinesi, temel bir hak olarak düzenlenmiştir.

Suçsuzluk karinesine ilişkin tanımlarda genellikle ilkenin kaynağı ve gereklilikleri dile getirilmektedir. Buna göre bir kişinin suçlu olarak

⁵¹ Bir görüşe göre alacaklı Cumhuriyet Savcısı'na şikâyetle bulunmalı ve Cumhuriyet Savcısı tarafından kamu davası açılmalıdır. Bu görüş, İİK m.337/a'daki cezanın disiplin hapsi veya tazyik hapsi olmamasını gerekçe göstermektedir (Uyar, Talih / Uyar, Alper / Uyar, Cüneyt (2014) İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C: 3, Ankara, s. 4873).

⁵² Uyar / Uyar / Uyar, s. 4860.

⁵³ Uyar / Uyar / Uyar, s. 4860.

⁵⁴ AYM, 2/5/2018, E. 2017/109, K. 2018/39.

⁵⁵ Bilinenden bilinmeyi çıkarmaya yarayan hukuki istidlal anlamına gelen karine, kanuni karine ve fiili karine şeklinde ikiye ayrılır. Kanunda açıkça düzenlenen **kanuni karine**, kanunun gerçek saydığı bir olaya dayanarak diğer bir eylem hakkında sonuca varılmasını ifade eder. Kanuni karineler de kesin karine ve adi karine şeklinde iki türdür. Buna göre kesin karine, aksi ispat edilemeyen kanuni karinedir. Adi karine ise aksi ispat edilemeyen kanuni karinedir. Ceza hukuku mevzuatında yer verilen karinelerin aksi ispat edilebilir karineler olması gerekmektedir (**Şahinkaya**, Yalçın: Suçsuzluk Karinesi, Ankara 2008, s. 43). **Fiili karine** ise bilinen vakialardan bilinmeyenler hakkında kanun tarafından değil aksine hakim tarafından çıkarılan sonuçlardır

(**Taşpınar**, Sema (1996) Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü, AÜHFĐ, S: 1-4, C: 45, s. 536).

Anayasa Mahkemesi'nin 28.2.2013 tarihli ve E.2012/133, K.2013/33 sayılı kararında karine, kanuni ve fiili karine ayrımlarını da kapsar şekilde, "bilinen bir olaydan belli olmayan bir diğer olay için hâkim ya da kanun tarafından çıkarılan sonuçtur. Başka bir ifadeyle karine, bir olayın hukuki durumunun varlığı veya yokluğu sonucunun çıkarılmasını sağlayan, adalet düşüncesinin etkin bir şekilde işlemesine yarayan bir ispat usulü" olarak tanımlanmıştır.

Karinenin, gerçeğe uygun kabul edilen olay veya olaylar bütününden yola çıkılarak, diğer bir olayın varlığına dair karar vermeyi gerektiren bir işlemi ifade ettiği, suçsuzluk karinesinde ise gerçeğe uygun kabul edilen bir olaydan başka bir olayın varlığı sonucuna ulaşılmasının söz konusu olmadığı bu sebeple de suçsuzluk karinesi yerine suçsuzluk varsayımı ifadesinin daha isabetli olduğu yönünde bkz. **Feyzioğlu**, Metin (1999) Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi AÜHFĐ 48 (1-4), s. 139; **Üzülmez**, İlhan (2005) Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları, TBB Dergisi, S: 58, s. 43.

nitelendirilebilmesi ve hakkında cezai müeyyidele-
rin uygulanabilmesi, adil bir yargılanma sonucunda
kesin hükümle mahkûm olmasına bağlanmıştır.
Dolayısıyla kişi gerçekte suçlu olsa bile, kesin hü-
kümle mahkûmiyete kadar suçsuz kabul edilmekte-
dir⁵⁶.

Suçsuzluk karinesi uyarınca kişi suçsuz ka-
bul edildiğinden, akla ve mantığa uygun her türlü
şüphe bertaraf edilmediği sürece mahkûmiyet ka-
rarı verilemeyecektir. Şüpheden sanığın yararlan-
masını öngören ilke de esasında suçsuzluk karinesi
ile bağlantılıdır⁵⁷. Bunun yanında sanığın susma
hakkı ve susma hakkının kullanılmasının sanık
aleyhine delil veya suçluluk karinesi olarak kullanı-
lamaması, delil yasakları ve vicdani delil sistemi de
suçsuzluk karinesi ile birlikte değerlendirilmekte ve
sanık açısından ispat yükünü reddetmektedir⁵⁸.

Suçsuzluk karinesinden çıkarılan bir sonuç
da suç isnat edilen kişiye kendini savunma hakkı ve-
rilmesi zorunluluğudur. Sanığın suçsuz kabul edil-
mesi sebebiyle muhakeme yapılmakta ve maddi
gerçek aranmaktadır. Buradan hareketle Ana-
yasa'nın 36. maddesinde temel hak olarak düzen-
lenmiş olan savunma hakkının suçsuzluk karinesi-
nin bir sonucu olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla
sanığı peşinen suçlu kabul eden yargılama makamı
kararlarının savunma hakkını da ihlal edeceği açıktır⁵⁹.

2- Suçsuzluk Karinesi ile Fiili Ya Da Hu- kuki Sorumluluk Karineleri Arasındaki İlişki

Suçsuzluk karinesinin doğal sonucu ceza
muhakemesinde ispat yükünün iddia makamında
olmasıdır. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları
Mahkemesi, çeşitli kararlarında kanunun fiili ya da
hukuki sorumluluk karinesi⁶⁰ getirebileceğini ifade
etmiştir. Mahkemenin bu hususta öngördüğü ölçüt,
makul sınırlar içinde kalınması ve sanığın savunma
hakkının ihlal edilmemesidir⁶¹. Dolayısıyla belirli sı-
nırlara uyulması koşuluyla suçluluk karinelerinin
öngörülebileceği kabul edilmektedir⁶².

3- Borçluyu Alacaklının Zarar Görmedi- ğini İspatla Yükümlü Kılan Kuralın Değerlendi- rilmesi

İİK m. 337/a'nın birinci fıkrasında yer alan
seçimlik hareketlerden birinin gerçekleşmiş olması
halinde alacaklının bundan dolayı zarara uğrayaca-
ğına ilişkin karinenin⁶³ kabul edilmiş olmasının se-
bebi kanaatimizce alacaklının zarar gördüğünü is-
pat imkanından yoksun olmasıdır. Şöyle ki ticareti
terk eden tacir mal beyanında bulunsa bile bu mal
beyanı yukarıda da açıklandığı üzere kişisel verile-
rin gizliliği ve ticari sırların korunması gerekliliği
sebebiyle ilan edilmemelidir⁶⁴. Bunun yanında Tapu
Sicili gibi sicillerin aleni olmaması ve tacirin banka
hesapları, vergi kayıtları, ticari defterleri gibi bilgi-
lerin kişisel veri ve/veya ticari sır kapsamında

⁵⁶ Feyzioğlu, s. 140.

⁵⁷ Feyzioğlu, s. 157; Yenisey, Feridun / Nuhoğlu, Ayşe (2015) Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, s. 66.

⁵⁸ Erem, Faruk (1986) Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hu-
kuku, Ankara, s. 357.

⁵⁹ Feyzioğlu, s. 140, s. 152.

⁶⁰ Bkz. dn. 55.

⁶¹ Şahinkaya, s. 67-73.

⁶² Şahinkaya, s. 46.

⁶³ Bu karşılık İİK m. 338'in birinci fıkrasında "Bu Kanuna göre
istenilen beyanı, hakikate aykırı surette yapan kimse, ala-
caklının şikâyeti üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis ce-
zası ile cezalandırılır." kuralına yer verilmiştir. Bu kuralın
Anayasa'ya aykırı olmadığı yönünde bkz. AYM, 1/4/2010,
E. 2008/91, K. 2010/54.

⁶⁴ Bkz. yukarıda I-D başlığı altındaki açıklamalar.

olması alacaklıyı zarara uğradığını ispatlama imkanından mahrum bırakmaktadır.

Bu sebeple de kanun koyucunun İİK m. 337a'nın birinci fıkrası uyarınca mal beyanında bulunmama veya beyanda mevcudu eksik gösterme veya aktifte yer almış malı veya yerine kaim olan değer haciz veya iflas sırasında göstermeme veya beyandan sonra bu mallar üzerinde tasarrufta bulunmuş olması fiillerinin alacaklıya zarar verdiğini karine olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla İİK m. 337/a'nın ikinci fıkrasında ispat yükünün borçluya yüklenmiş olmasının sebebi alacaklının zarar görmediğinin ancak borçlu tarafından ispatlanabilecek olması gerçeğine dayandığı ve kuralın sanığın savunma hakkını ihlal edici nitelikte olmadığı görülmektedir⁶⁵.

V. SONUÇ

İİK'nin 44. maddesi uyarınca ticareti terk eden tacir, ticareti terk ettiğini bildirmekle ve mal beyanında bulunmakla yükümlüdür. Kuralda tacir ifadesi kullanılmakla birlikte kuralın gerçek kişi tacir için düzenleme öngördüğü anlaşılmaktadır. Tüzel kişi tacirlerin tasfiyesine ilişkin düzenlemeler, söz konusu kuralın tüzel kişi tacirlere uygulanmasını lüzumsuz kılmaktadır. Bu sebeple kuralın tüzel kişi tacirlere uygulanması imkânı bulunmamaktadır. Söz konusu maddenin birinci fıkrası gerçek kişi tacirin ticareti kısmen terki halinde de uygulanmalıdır. Anılan madde uyarınca yapılacak terk bildirimi ve mal beyanına ilişkin ilanın ise sadece terk olgusunu içermesi yeterlidir. Kişisel verilerin ve ticari sırların korunmasına ilişkin düzenlemeler

ilanın mal beyanını içermemesi sonucunu berberinde getirmektedir.

Bu açıklamalar ışığında İİK m. 337/a'da düzenlenen ticareti terk suçunun failinin sadece gerçek kişi tacir olabileceği sonucuna varılmaktadır. Bu kural mal beyanında bulunmayan, beyanında mevcudunu eksik gösteren veya beyandan sonra tasarruf yasağına aykırı hareket eden gerçek kişi tacirin bu fiillerden dolayı zarar gören alacaklının şikayeti üzerine hapis cezası ile cezalandırılmasını öngörmek suretiyle söz konusu fiillerden dolayı alacaklının zarar gördüğünü adi karine olarak düzenlemektedir. Dolayısıyla alacaklı, şikâyetinde bulunurken zarar gördüğünü ispat etmekle yükümlü değildir. Alacaklının söz konusu fiillerden dolayı zarar görmediğini ispat eden tacire ise cezadan kurtulma imkânı tanınmıştır. Başka bir ifadeyle kural ile kabul edilen adi karinenin aksini ispat külfeti borçlu tacire yüklenmiştir. Kural ile getirilen sorumluluk karinesi alacaklının, zarar gördüğünü ispat imkanından yoksun olması olgusuna dayanmaktadır. Diğer bir deyişle alacaklının zarar görmediği ancak borçlu tarafından ispatlanabilecek nitelikte bir olgudur. Bu sebeple kuralın sanığın savunma hakkını ihlal edici nitelikte olmadığı anlaşılmaktadır.

⁶⁵ Aksi yönde görüş için bkz. AYM, 2/5/2018, E. 2017/109, K. 2018/39 sayılı Karara ilişkin karşı oylar.

KAYNAKÇA

- Arıcı**, Fatih (2008) Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul.
- Arkan**, Sabih (2020) Ticari İşletme Hukuku, Yirmi Altıncı Basıdan Tıpkı Basım, Ankara.
- Arslan**, Ramazan & **Yılmaz**, Ejder & **Taşpınar Ayvaz**, Sema & **Hanağası**, Emel (2020) İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, Ankara.
- Bilge**, Mehmet Emin (2002) Tacir Sıfatının Sona Ermesi, Prof. Dr. Ömer Teoman'a Armağan, C. I, İstanbul, s. 175-196.
- Bozer**, Ali / **Göle**, Celal (2020) Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş Altıncı Bası, Ankara.
- Durman**, Okay (2009) İcra ve İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul.
- Erem**, Faruk (1986) Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara.
- Feyzioğlu**, Metin (1999) Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi AÜHFD 48 (1-4), s. 135-163.
- Güleç**, Nuri (2012) 'Ticaret Şirketleri İçin Ticareti Terk Mümkün Müdür?', TAAD, Y. 3, S: 10, s. 1-34.
- Günçan**, Atahan (2018) Ticari İşletmenin Devrinde Alacaklıların Korunması, İstanbul.
- Kuru**, Baki (1970) Ticareti Terk Eden Tacirlerin Tâbi Bulunduğu Hükümler, AÜHFD, S:27, s. 109-118.
- Önder**, Mehmet Fahrettin (2011) Tüzel Kişi Tacirlerin Ticareti Terk Etmelerinin Anlamı ve Sonuçlarının Yargıtay Kararları Açısından Değerlendirilmesi, SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C: I, S: 2, s.71-104.
- Şahinkaya**, Yalçın (2008) Suçsuzluk Karinesi, Ankara.
- Şener**, Oruç Hami (2019) Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Ankara.
- Taşpınar**, Sema (1996) Fili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü, AÜHFD, S: 1-4, C: 45, s. 533-572.
- Türkmen**, Emre (2020) Ticareti Terk Kavramı ve Buna Bağlı Hukuki Sonuçlar, İstanbul.
- Uyar**, Talih / **Uyar**, Alper / **Uyar**, Cüneyt (2014) İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Cilt 3, Ankara.
- Ülkü**, Murat Fatih / **Karaaslan**, Erol (1999) Alacaklılardan Mal Kaçırma Amacıyla Ticari İşletmenin Devri ve Türk Hukukunda Bir Bilinmeyen: BY. md. 179, Manisa Barosu Dergisi, Y: 18, S: 70, s. 47-67.
- Üzülmez**, İlhan (2005) Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları, TBB Dergisi, S: 58, s. 41-72.
- Yenisey**, Feridun & **Nuhoğlu**, Ayşe (2015) Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2015.
- Yılmaz**, Ejder (2016) İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Ankara.

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.

Contributions Statement: Author has contributed 100% into preparing and writing this study.

Statement for Support and Appreciation If Any: None.

Statement for Conflict of Interest: None.

İŞYERİNİN BİRDEN FAZLA DEVRİ HÂLİNDE SON DEVRALANIN İLK DEVREDENİN ÖDENMEMİŞ SOSYAL GÜVENLİK PRİM BORÇLARINDAN DOLAYI SORUMLULUĞU*

THE LIABILITY OF THE LATEST TRANSFEREE FROM THE OUTSTANDING SOCIAL SECURITY PREMIUM DEBT OF THE FIRST TRANSFEROR WHEN THE WORKPLACE HAS BEEN TRANSFERRED MORE THAN ONCE

Dr. Öğr. Üyesi Murat GÜREL** & Dr. Öğr. Üyesi Orhan Ersun CİVAN***

ÖZ

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 5754 sayılı Kanun ile değişik 89. maddesinin birinci fıkrasına göre; işyeri devri hâlinde eski işverenin Sosyal Güvenlik Kurumu'na olan borçlarından yeni işveren de sorumlu olacaktır. Ancak hüküm işyerinin birden fazla devri hâlinde son devralanın, ilk devredeninin Sosyal Güvenlik Kurumu'na borçlarından sorumluluğu konusunda suskundur. Bu sorun Yargıtay içtihatları ve öğretide tartışılmıştır. Yargıtay'ın 2018 yılına kadarki içtihatlarında, birden fazla devir hâlinde son devralanın ilk devredeninin prim borçlarından kural olarak sorumlu olmayacağı, ancak devir muvazaalı ise son devralanın sorumlu olabileceği kabul edilmekteydi. Tespit edebildiğimiz kadarıyla bu kararlar öğretide de hâkim görüş olarak benimsenmiştir. Öte yandan 2018 yılından sonra konuya ilişkin içtihat değişmiş, önceki kararların bir kısmının karşı oyunda dile getirilen görüş, Daire'nin içtihadı haline gelmiş ve oybirliği ile benimsenmiştir. Buna göre, Yargıtay işyerinin birden fazla devri hâlinde son devralanın da ilk devredeninin Sosyal Güvenlik Kurumu'na olan borçlarından sorumlu olacağını içtihat etmiştir. İşte bu çalışmada soruna ilişkin yargı içtihatları ve öğreti görüşleri hem iş hukuku hem de ticaret hukuku bakımından değerlendirilecektir. Bu doğrultuda önce işyeri devrinin iş hukuku ve ticaret hukukunda neyi ifade ettiği ve bunun hukukî sonuçları üzerinde durulacaktır. Ardından Yargıtay'ın 2018 yılından önceki ve sonraki içtihadındaki gerekçelerin işyeri devrinin hukukî sonuçlarıyla, şirketler hukukunda yapısal değişikliklere ilişkin düzenlemelerle örtüşüp örtüşmediği tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İş yeri devri, birleşme, bölünme, sosyal güvenlik prim borcu, müteselsil sorumluluk.

ABSTRACT

According to the Social Insurance and General Health Insurance Act no 5510 article 89 subsection 1 (as amended by Act no 5754), the transferee shall be liable from the transferor's debts against the Social Security Institution. However, the article does not regulate the liability of the latest transferee from the first transferor's debts if the workplace has been transferred more than once. This problem is discussed in decisions of the Court of Cassation and literature. Until 2018, according to the Court of Cassation's majority decision, the latest transferee is not liable from the first transferor's social security premium debts; but the transfer is fraudulent. This jurisprudence became the prevalent opinion among legal scholars. However, in 2018 the Court of Cassation changed its position and accepted the dissent opinion which states that the latest transferee shall be liable from the first transferor's debts to Social Security Institution if the workplace has been transferred more than once. In this study, the case law and the doctrine regarding the problem are analyzed in the light of the labor and commercial law. To this end, firstly the legal definition and consequences of transfer of the workplace are explained under the labor and commercial law. Then, the rationale of the case-law of the Court of Cassation before and after 2018 is examined and discussed whether the rationale and the consequences of the decisions are in line with the regulation of the structural changes in the corporate law.

Keywords: Transfer of workplace, merger, division, social security premium debt, joint and several liability.

* (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 15.11.2021 / Kabul Tarihi: 03.02.2022).

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı (gurelm@ankara.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-4671-9374).

*** TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı (ocivan@etu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-3149-427X).

Atıf/Citation: Gürel, Murat/ Civan, Orhan Ersun (2022), "İşyerinin Birden Fazla Devri Halinde Son Devralanın İlk Devredeninin Ödenmemiş Sosyal Güvenlik Prim Borçlarından Dolayı Sorumluluğu", TFM, C:8, S:1, s. 91-113.

I. SORUNUN ORTAYA KONMASI

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 5754 sayılı Kanun ile değişik 89. maddesinin birinci fıkrasına göre;

“Sigortalının çalıştırıldığı işyeri aktif veya pasifi ile birlikte devralınır veya intikal ederse ya da başka bir işyerine katılır veya birleşirse eski işverenin Kuruma olan prim ile gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer ferilerinden oluşan borçlarından, aynı zamanda yeni işveren de müştereken ve müteselsilen sorumludur. Bu hükme aykırı sözleşme hükümleri Kuruma karşı geçersizdir. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usûl ve esasları belirlemeye Kurum yetkilidir.”

Hükümde, işyeri devri hâlinde eski işverenin Sosyal Güvenlik Kurumu'na karşı çeşitli borçlarından yeni işverenin de sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Ancak hüküm işyerinin birden fazla devri hâlinde son devralanın, ilk devreden Sosyal Güvenlik Kurumu'na borçlarından sorumluluğu konusunda suskundur. Konu Yargıtay içtihatları ve öğretide tartışılmıştır. Yargıtay'ın ilk dönem içtihatlarında, birden fazla devir hâlinde son devralanın ilk devreden prim borçlarından kural olarak sorumlu olmayacağı, ancak devir muvazaalı ise son devralanın sorumlu olabileceği kabul edilmekteydi. Tespit edebildiğimiz kadarıyla bu kararlar öğretide de büyük ölçüde benimsenmiştir. Öte yandan 2018 yılından itibaren içtihat değişmiş, önceki kararların karşı oyunda dile getirilen görüş, Daire'nin içtihadı haline gelmiş ve oybirliği ile benimsenmiştir.

İşte bu çalışmada soruna ilişkin yargı içtihatları ve öğreti görüşleri hem iş hukuku hem de ticaret hukuk bakımından değerlendirilecek; Yargıtay'ın

önceki ve mevcut içtihadındaki gerekçesi irdelenmeye çalışılacaktır. Bu doğrultuda önce 5510 sayılı Kanun md. 89'un uygulanma koşulları, uygulama alanı kazanacağı hâller ele alınacak, daha sonra sorun, iş hukuku ve ticaret hukukundaki düzenlemeler çerçevesinde değerlendirilecektir. Ardından Yargıtay kararlarındaki gerekçelerin işyeri devrinin hukukî sonuçları ile örtüşüp örtüşmediği tartışılacaktır.

II. 5510 SAYILI KANUN UYARINCA İŞYERİ DEVRİ VE SONUÇLARI

A. İŞYERİ DEVRİNİN TEMEL ÖLÇÜTÜ

5510 sayılı Kanunda işyeri kavramı, 4857 sayılı İş Kanunu'yla aynı yönde tanımlanmıştır. Buna göre “İşyeri, sigortalı sayılanların maddî olan ve olmayan unsurlar ile birlikte işlerini yaptıkları yerlerdir” (5510 sayılı Kanun md. 11/1). Ayrıca 5510 sayılı Kanun md. 89'da da işyeri devrinden söz edilebilmesi, sigortalının çalıştırıldığı işyerinin veya bir bölümünün aktif veya pasifiyle birlikte devri koşulluna tabi tutulmuştur. Diğer bir deyişle işyerinin işler bir durumda sigortalıları ile birlikte devredilmiş olması, devreden işverenin prim borçlarından doğan sorumluluğunun ön koşulunu oluşturmakta olup, işyerinin devri halinde sigortalıların iş sözleşmelerinin otomatik olarak devralan işverene geçeceği yönündeki 4857 sayılı İş Kanunu md. 6'daki esasın 5510 sayılı Kanundaki yansımaları oluşturmaktadır¹.

Yapılan açıklamalardan hareket edildiğinde 5510 sayılı Kanun anlamında da işyerinin veya bir bölümünün devrinden söz edilebilmek için mal ya da hizmet üretiminde teknik amacın izlendiği

¹ **Sönmez Tatar**, Gülsüm (2011) İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi, Ankara, TUHİS, s. 132.

fonksiyon görebilen bir organizasyon bütünlüğü² olarak nitelendirilebilecek ekonomik birliğin³ devrinin gerektiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla işyerini karakterize eden unsurların devri sonucu işyeri devri gerçekleşecektir. İşyerini karakterize eden unsurlar işçilerin yanı sıra makineler, araçlar veya gereçler ya da know-how, patentler ve lisanslar olabilir. Somut olayın özelliğine göre örneğin reklam ajanslarında, modaevlerinde veyahut danışmanlık hizmetlerinin yürütüldüğü firmalarda olduğu gibi işyerinin kimliğini belirleyen unsur işgücü ise, sadece işgücünün devri dahi işyeri devri olarak kabul edilebilir⁴.

Sosyal Güvenlik Kurumu'nca çıkarılan 2020/20 sayılı İşveren İşlemleri Genelgesi'nde⁵ de işyeri devri, değinilen hususlara paralel olarak ekonomik birliğin devriyle ilişkilendirilmiştir. Genelgeye göre,

“İşyerinin devrinden bahsedilebilmesi için faaliyet halinde iken bütün tesisat ve işçileri ile birlikte diğer bir işveren tarafından devir alınması veya o işverene intikal etmesi şartı aranacaktır. (...) ilk işveren kendi işçilerinin akdini feshederek faaliyetini tatil etmişse ortada 5510 sayılı Kanunun tarifine uygun bir işyeri kalmamış olacaktır. Böyle bir işyerini sadece binası, tesisatı, makina ve sair demirbaşları ile başkasına satmak veya kiralamak hukuken mülkiyetin veya kullanma hakkının devredilmesi demektir ki, bu durum el değiştirmenin varlığına yeterli sayılmayacaktır.”⁶

B. İŞYERİ DEVRİNE YOL AÇAN HUKUKİ DURUMLAR

5510 sayılı Kanun md. 89'da işyeri devri olarak nitelendirilen hâller şöyle sayılmıştır: İşyerinin

² Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T: 27.05.2019, E: 2007/10797, K: 2019/12098, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T: 05.11.2018, E: 2017/10461, K: 2018/19487, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T: 25.02.2016, E: 2016/5717, K: 2016/3957, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T: 06.04.2009, E: 2009/13501, K: 2009/9655 (Kazancı İçtihat Bankası, s.e.t. 18.09.2021). Ekonomik birlik kavramı aynı yönde olmak üzere Avrupa Birliğinin 2001/23/EC sayılı direktifi md. 1/1-b. bendinde tanımlanmıştır. Direktifin tam metni için bkz.; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02001L0023-20151009>, 18.09.2021. İşyerinin devrinde ekonomik birlik kavramını esas alan Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararı için ayrıca bkz.; ABAD, 11.03.1997, C-13/95, <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=en>, s.e.t. 29.09.2021.

³ Ekonomik birlik kavramıyla ilgili daha fazla bilgi için bkz.; **Süzek**, Sarper (2020) İş Hukuku, 19. Baskı, İstanbul, Beta, s. 196-197; **Senyen Kaplan**, E. Tuncay (2019) Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, s. 69; **Ekmekçi**, Ömer & **Yiğit**, Esra (2020) Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul, Oniki Levha, s. 217-218; **Doğan Yenisey**, Kübra (2007) İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul, Legal, s. 178 vd.; **Özkaraca**, Ercüment (2008) İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, Beta, s. 20-41; **Döring**, Rene & **Groß**, Antje (2021) Arbeitsrecht – Stichwortkommentar (hrsg. von Isabella Grobys, Andrea Panzer-Heemeier), 3. Auflage (Edition 16), Baden-Baden, Nomos, Betriebsübergang, rn. 4-8.

⁴ **Süzek**, s. 196-197. **Senyen Kaplan**, s. 69; **Ekmekçi & Yiğit**, s. 217-218.

⁵ İlgili genelgenin tam metni için bkz.; <https://kms.kay-sis.gov.tr/Home/Goster/163634>, s.e.t. 18.09.2021. Yargıtay'ın çok sayıda kararı değinilen Genelgedeki düzenlemeyle aynı doğrultudadır. Bu yöndeki bir karara göre, “5510 Sayılı Kanun, işyerinin devrinin niteliğini tüm unsurlarıyla ayrıntılı olarak tanımlamamış; ancak sosyal güvenlik alacakları yönünden devrin sonuçlarını ele almıştır. Sosyal Güvenlik Hukuku anlamında bir işyerinin devrinden bahsedilebilmesi için; o işyerinin sigortalıları ile yeni bir işverenin emrine geçmiş bulunması şartı aranır. Zira Sosyal Güvenlik Hukuku yönünden bir işyerinden söz edilebilmesi için, o işyerinde bir çalışanın bulunması gereklidir. Çalışan sigortalıları ile birlikte ve faal bir şekilde olmaksızın bir işyerinin tesisat, makine, bina gibi unsurlarının devredilmesi, ya da daha sarıh bir ifadeyle, satılması, işyeri devri olarak değerlendirilemez” (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, T: 27.11.2019, E: 2017/4875, K: 2019/9144. Aynı yöndeki diğer kararlar için bkz.; Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, T: 26.04.2011, E: 2010/3118, K: 2011/3980, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, T: 20.09.2001, E: 2001/5315, K: 2001/5937, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, T: 16.09.1997, E: 1997/4097, K: 1997/5328, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, T: 04.07.1996, E: 1996/3867, K: 1996/4020, Kazancı İçtihat Bankası, s.e.t. 26.09.2021).

⁶ Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü, 2020/20 sayılı Genelge, Birinci Kısım, Üçüncü Bölüm, 2.1.1.

aktif ve pasifiyle devri, intikali, başka bir işyerine katılması veya birleşmesi. İş hukuku ve ticaret hukuku bakımından bu sayılan hâllerin bir kısmı esasen tek-rar niteliğindedir.

İşyerinin aktif ve pasifiyle devrinden, bazı istisnai durumlar bir yana bırakılırsa, ilk olarak TBK md. 202’de düzenlenen bir işletmenin aktif ve pasifiyle devri anlaşılmalıdır⁷. Bu çerçevede, başka bir işyeri ile birleşme de akla TBK md. 203’te yer alan işletmelerin birleşmesini getirmektedir. Esasen TBK md. 202 ve TBK md. 203’ün hukukî sonuçları arasında bir fark yoktur. Bu açıdan öncelikle hukuki bir işleme bağlı devirlerde 5510 sayılı Kanun md. 89 hükmü uygulama alanı kazanacaktır.

İşyeri devrine temel teşkil eden hukuki işlem iki taraflı olabileceği gibi, tek taraflı da olabilir. Ayrıca hukuki işlem ivazlı ya da ivazsız olabilir⁸. Bu çerçevede işyerinin (cebri icra yoluyla da olsa) başka bir işverene satılması, kiralanması, bağışlanması, trampa edilmesi, ölünceye kadar bakma sözleşmeleri kapsamında devredilmesi, işyeri üzerinde intifa hakkı tesis edilmesi, özelleştirme sonucunda kamuya ait işyerlerinin kısmen veya tamamen başka birine devredilmesi ya da kamulaştırma yoluyla işyerinin kamu makamlarınca işletilmeye başlanması işyeri devri olarak kabul edilebilecektir⁹.

5510 sayılı Kanun md. 89 hükmünün uygulama alanı kazanacağı diğer bir ihtimal de işyerinin miras yoluyla mirasçılara geçişidir¹⁰. İlgili kanun

maddesindeki intikal ibaresinin miras yoluyla geçişe işaret ettiği anlaşılmaktadır.

5510 sayılı Kanun md. 89’da yer alan işyerinin başka bir işyerine katılması ibaresinin ise birleşme ile farkına anlam vermek güçtür. Ancak söz konusu ifadenin ticarî hayatta şirketlerin sahip olduğu işyerlerinin, şirketlerin tüzel kişiliklerinde meydana gelen değişiklikler sonucu başkalarına devredilmesini içerdiği anlaşılmaktadır. Nitekim 5510 sayılı Kanun’un “işyeri, işyerinin bildirilmesi, devri, intikali ve nakli” başlıklı 11. maddesinin IV. fıkrasında bu husus göz önüne alınmıştır. Hükme göre,

“29/6/1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tâbi şirketlerin nevelerinin değişmesi, birleşmesi veya diğer bir şirkete katılması durumunda, bu hususların ticaret siciline tesciline ilişkin ilân tarihini; adi şirketlerde şirkete yeni ortak alınması durumunda ise en geç yeni ortağın alındığı tarihi takip eden on gün içinde, işyeri bildirgesi ile Kuruma bildirilmek zorundadır.”

Şu hâlde şirketlerin birleşmesi ve tür değiş-tirmesi¹¹ de 5510 sayılı Kanun md. 89 anlamında işyeri devri niteliğini taşımaktadır.

Kanun 1956 tarihli 6762 sayılı Kanun’a atıf yaptığı için mülga TTK’da yer almayan bölünme işlemi md. 11’de zikredilmemiştir. Ancak bölünme işlemi sonucunda da eğer işyeri devralan şirkete geçiyorsa bu durumun da md. 89 kapsamına

⁷ Bu ikisinin her zaman örtüşmeyeceğini de belirtmek gerekir, bkz. **Çelikboya**, Kerem (2017) Ticarî İşletmenin Devri, İstanbul, Oniki Levha, s. 102; **Cengil**, M. Fatih (2018) Ticarî İşletmenin Devri, İstanbul, Oniki Levha, s. 155 vd. Ancak çalışma konusu sorun bakımından bu ikisi arasındaki fark gözardı edilebilir kanısındayız.

⁸ **Özkaraca**, s. 43.

⁹ Bu konuda daha fazla bilgi için bkz.; **Özkaraca**, s. 51-61; **Sönmez Tatar**, s. 131.

¹⁰ **Tuncay**, A. Can & **Ekmekçi**, Ömer (2019) Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 20. Basi, İstanbul, Beta, s. 234.

¹¹ Öğretide de bu şekilde kabul etmektedir: **Aslanköylü**, Resul (2015) Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, Birinci Cilt, Ankara, Bilge Yayınevi, s. 2094; **Öztürk**, Berna (2016) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Primerler, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 270.

girdiğinde şüphe etmemek gerekir. Her şeyden önce md. 89'un lafzı, oldukça kapsayıcı bir şekilde kaleme alınmış olup, sayım sınırlı değildir. Ticaret hukuku açısından 5510 sayılı Kanun md. 89'un ele alındığı kısımda da değinileceği üzere, bölünme işlemi sonucunda esasen bir külli hâlefîyet ilişkisi doğar, ancak birleşmeden farklı olarak buradaki külli hâlefîyet bölünen şirketin tüm malvarlığına sâri değildir. Dolayısıyla fark nitelik değil, nicelik farkıdır.

Her ne kadar tüzel kişiliklerde birleşme, tür değiştirme ya da bölünme sonucu meydana gelecek değişiklikler işyeri devri olarak görülecekse de, Sosyal Güvenlik Kurumunun 2020/20 sayılı İşveren İşlemleri Genelgesi'nde de isabetli olarak belirtildiği üzere tüzel kişiliğin ortaklık yapısındaki değişiklikler işyeri devri olarak görülemeyeceğinden, 5510 sayılı Kanun md. 89 hükmü uygulama alanı kazanmayacaktır. Bu kapsamda verilen bir örnek uyarınca, "Bir limited şirketin ortaklarının hisselerini başka gerçek veya tüzel kişilere satmaları tüzel kişiliği sona erdirmediğinden başka bir ifade ile tüzel kişiliğin hissedarları değişmiş olsa dahi ticaret siciline o tüzel kişilik adına kayıt devam ettiğinden bu şekildeki hisse devri işveren değişikliği olarak görülmeyecek ve hissedar değişikliği nedeniyle işverenden işyeri devir bildirgesi istenilmeyecektir." Ticaret şirketin tek gerçek kişi ortağı olsa da, ortaklık yapısının değişmesi tek başına işyeri devrine yol açmayacaktır¹².

C. İŞYERİ DEVRİNDEN DOLAYI SORUMLULUĞUN KAPSAMI VE SÜRESİ

İşyeri devrinin kabul edildiği hâllerde 5510 sayılı Kanun md. 89/1 uyarınca devreden işverenin Sosyal Güvenlik Kurumu'na olan prim ile gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer fer'ilerinden oluşan borçlarından, devralan işveren müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmuştur. Görüldüğü üzere devralan işverenin devreden işverenle olan müteselsil sorumluluğu, sınırlı bir şekilde düzenlenmiş olup, sorumluluk sadece devreden işverenin Sosyal Güvenlik Kurumu'na olan kesinleşmiş prim, gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer fer'ilerinden oluşan borçları kapsamaktadır. Belirtilen borçlar dışında idari para cezası, kira borcu, iş kazası ya da meslek hastalığından kaynaklanan rücu davaları sonucu ortaya çıkan Sosyal Güvenlik Kurumu alacakları gibi hususlardan sorumluluk bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle devralan işverenin sorumluluğu, işveren vekili, asıl işveren-alt işveren ilişkisinde asıl işveren, geçici iş ilişkisinde geçici işverende olduğu gibi mevzuattaki tüm işveren yükümlülüklerini kapsamamaktadır¹³.

İşyerini devralan işverenin, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun yukarıda değinilen çeşitli alacaklarından müteselsilen sorumlu tutulmasının nedeni, devreden işverenin borçlarının ödenmesini güvence altına almak, işyerinin devri sonucu iş sözleşmeleri de devrilen sigortalıların sosyal sigorta haklarını korumak ve işverenlerin Sosyal Güvenlik Kurumuna karşı olan yükümlülüklerinden kurtulmalarının önüne geçmektir¹⁴. Sorumluluk devreden işverenin ödenmeyen prim ve fer'ilerini

¹² Genelgenin bu yöndeki açıklamaları için bkz.; Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü, 2020/20 sayılı Genelge, Birinci Kısım, Üçüncü Bölüm, 2.1.1.

¹³ **Tuncay & Ekmekçi**, s. 234; **Sözer**, Ali Nazım (2019) Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Beta, s. 223.

Kabakcı, Mahmut (2019) Sosyal Sigorta Prim Borçlarından Şahsi Sorumluluk, İstanbul, Beta, s. 40; **Sönmez Tatar**, s. 131.

¹⁴ **Sönmez Tatar**, s. 132.

kapsadığından geçmişe dönük birlikte sorumluluk niteliğini taşımaktadır. Diğer bir deyişle devreden ve devralan işverenlerin müteselsil sorumluluğu sadece devreden işveren döneminde doğan borçları kapsamakta olup, işyerinin devrinden sonra sigortalıların devralan işverence çalıştırılmasından kaynaklanan prim borçlarını içermemektedir¹⁵.

Müteselsil sorumluluk ise ilgili alacağın tâbi olduğu zamanaşımı süresince devam etmektedir. Zamanaşımı süresinin başlangıç tarihiyle ilgili temel düzenleme uyarınca Sosyal Güvenlik Kurumu'nun prim ve diğer alacakları, ödeme süresinin dolduğu tarihi takip eden takvim yılı başından başlayarak on yıllık zamanaşımına tâbidir (5510 sayılı Kanun md. 93/2). Bu itibarla İş Kanunu kapsamında işyeri devriyle, 5510 sayılı Kanun md. 89'un karşılaştırıldığı başlık altında da değinileceği üzere devreden işverenin sorumluluğu iki yıllık süreyle sınırlandırılmamıştır¹⁶.

III. 5510 SAYILI KANUN MADDE 89'UN İŞYERİ DEVRİNİN BİREYSEL İŞ HUKUKUNDAKİ HÜKÜM VE SONUÇLARIYLA KIYASLANMASI

A. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVRALAN İŞVERENLE DEVAM ETMESİ BAKIMINDAN

Bireysel iş hukukunda işyeri devri Türk Borçlar Kanunu (TBK) md. 428, 4857 sayılı İş Kanunu (İK) md. 6 ve sadece ticari şirketlerin birleşmesi, bölünmesi veya tür değiştirmesinde uygulama alanı bulan Türk Ticaret Kanunu (TTK) md. 178'de düzenlenmiştir. İlgili hükümlerin sağladığı temel güvence aynı yöndedir. Değinen hükümler uyarınca işyerinin tamamı veya bir bölümü hukuki bir

işlemlerle başkasına devredilecek olursa, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri, bütün hak ve borçlarıyla birlikte devralana geçer. Görüldüğü üzere ilgili hükümlerin esas amacı, soyut bir hukuki değer olarak işyeri veya işyeri bölümünün devrini düzenlemek değil, devre konu işyerinde ya da işyeri bölümünde mevcut olan iş sözleşmelerinin sürekliliğini sağlamaktır¹⁷. Bu sayede işyeri devredilse de işin sürekliliği ve iş ilişkisinin yeni işverenle aynen devamı temin edilerek, iş sözleşmesinin dayanıksızlığı giderilmeye çalışılmaktadır¹⁸.

5510 sayılı Kanun md. 89 ise her ne kadar Sosyal Güvenlik Kurumu'nun çeşitli alacaklarının ödenmesini teminat almayı hedeflemekteyse de, işyeri devrinin varlığından söz edebilmek için işyerinde var olan iş sözleşmelerinin devralan işverenle devamı yukarıda da değinildiği üzere ön koşul olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira tek başına bina, makine ile araç ve gereçlerin devri işyeri devri olarak görülmemekte, işyerinde var olan iş sözleşmelerinin de devri gerektiği kabul edilmektedir. Diğer bir deyişle farklı amaçlar takip edilse de, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmelerinin hak ve borçlarıyla birlikte devralana geçmesi 5510 sayılı Kanun md. 89'un bireysel iş hukukundaki işyeri devri hükümleriyle ortak yönünü oluşturmaktadır.

B. İŞYERİ DEVRİNE KONU HALLER BAKIMINDAN

5510 sayılı Kanun md. 89 hükmü, kapsamına aldığı işyeri devrine konu hallerle ilgili olarak bireysel iş hukukundaki düzenlemelerden farklılık

¹⁵ Kabakcı, s. 40; Sönmez Tatar, s. 135.

¹⁶ Tuncay & Ekmekçi, s. 234; Sözer, s. 223; Kabakcı, s. 43.

¹⁷ Doğan Yenisey, s. 251.

¹⁸ Süzek, s. 194.

arz etmektedir. Gerek TBK md. 428 gerek İK md. 6 hukukî işleme bağlı devirlerde uygulama alanı kazanmaktadır. TTK md. 178 ise sadece ticaret şirketlerinin birleşmesi, bölünmesi ya da tür değiştirmesi yönündeki hukukî işlemlerde devreye girmektedir. Görüldüğü üzere bireysel iş hukukuyla ilgili yasal düzenlemeler, hukukî işleme bağlı devirlerde uygulama alanı kazanmaktadır. Bununla birlikte istisnai bazı hükümlere de yer verilmiştir. TBK md. 428’de yer almamakla birlikte İK md. 6’daki gerek birlikte sorumluluk halleri gerek iş sözleşmesinin sürekliliğine ilişkin hükümler iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu gerçekleşen işyeri devirlerinde uygulanmamaktadır (md. 6/son). Diğer bir deyişle işverenin iflası sonucu işyerinin devredildiği hâllerde iş sözleşmeleri devralan işverene geçmez, devralan taraf önceki işverenin borçlarından sorumlu tutulmaz¹⁹. Ayrıca TBK md. 428 ve TTK md. 178’de açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, İK md. 6/IV uyarınca “Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz.” Tüzel kişiliğin birleşme, katılma ya da türünün değişmesi nedeniyle sona erme hallerinde birlikte sorumluluk hükümlerinin uygulanmaması doğaldır, zira müteselsil sorumluluğun işletilebilme olanağı ortadan kalkmaktadır²⁰.

5510 sayılı Kanun md. 89’un uygulanması ise hukukî işleme bağlı ya da iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi dışında gerçekleşen devirlerde

sınırlandırılmamıştır. İşyeri devri oldukça geniş bir şekilde kaleme alınmış ve devir sonucunu doğrudan her durumda 5510 sayılı Kanun md. 89’un uygulanması sağlanmıştır. Diğer bir deyişle örneğin miras yoluyla geçişlerde bireysel iş hukukuna ilişkin yasal düzenlemeler uygulama alanı kazanmamaktayken²¹, miras yoluyla intikal veyahut İK md. 6’dan farklı olarak iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi de dahil olmak üzere her türlü işyeri devrinde 5510 sayılı Kanun md. 89 devreye girmektedir. Bununla birlikte miras yoluyla intikalde ya da birleşme, bölünme veya tür değiştirme nedeniyle tüzel kişiliğin sona erdiği hallerde 5510 sayılı Kanun md. 89’un uygulama alanı kazanması, devreden işverenden kalan prim borçları nedeniyle mirasçılara veyahut yeni tüzel kişiliğe başvurulup başvurulamayacağıyla ilgili tereddütleri giderecekse de, devreden işverenin vefat etmesi ya da tüzel kişiliğin sona ermesi nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumu alacaklarının tahsilinde ek bir güvence getirmemektedir.

C. DEVİRDEN ÖNCE SONA EREN İŞ SÖZLEŞMELERİNDEN DOLAYI SORUMLULUK BAKIMINDAN

Bireysel iş hukuku açısından gerek TBK, gerek İK ve gerekse de TTK hükümleri uyarınca devir tarihinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmelerinin devralan işverene geçeceği anlaşılmaktadır. Diğer bir deyişle devir tarihinden önce sona

¹⁹ Eyrenci, Öner & Taşkent, Savaş & Ulucan, Devrim & Bakan, Esra (2020) İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, Beta, s. 53. İflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu gerçekleşen devirlerde İK md. 6’daki özellikle iş sözleşmelerinin devamlılığını hedefleyen hükümlerin uygulanmaması öğretide eleştirilmektedir. Bu yöndeki açıklamalar için bkz. Özkaraca, s. 207-208.

²⁰ Ticaret şirketlerindeki hangi yapısal değişiklikler sonucu müteselsil sorumluluğa gidilebileceği konusunda bkz.; Alp, Mustafa (2012), ‘Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre

Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190)’ Çalışma ve Toplum, 5:1, C:6, s. 68.

²¹ Miras yoluyla intikalde TBK md. 428, İK md. 6 ya da TTK md. 178’in uygulanmaması ise işçilerin sözleşmelerinin devamlılığı üzerinde olumsuz bir etkiye yol açmamaktadır. Zira öğretide isabetli olarak belirtildiği üzere ölüm halinde tüm hak ve borçlar külli halefiyet yoluyla başka bir hukukî işleme gerek kalmaksızın mirasçılara intikal ettiği için, zaten iş sözleşmeleri kendiliğinden yeni işveren sıfatını kazanan mirasçılara geçecektir (Süzek, s. 195; Özkaraca, s. 44-45).

ermiş iş sözleşmelerinin yeni işverene geçmesi söz konusu olamayacağından²², salt ilgili hükümlerle sınırlı olarak konu ele alındığında iş sözleşmesi işyeri devrinden önce sona eren işçilerin alacakları açısından devralan işverenin sorumluluğuna gitmek olanaklı görünmemektedir²³. 5510 sayılı Kanun md. 89'da ise böyle bir durum söz konusu değildir. İşyerinin devrinden önce sona ermiş olan iş sözleşmelerinden kaynaklanan örneğin prim borçları da, 5510 sayılı Kanun md. 89 uyarınca işyerini devralan işverene geçecek ve birlikte sorumluluk hükümleri uygulama alanı kazanacaktır. Zira 5510 sayılı Kanun md. 89'da, bireysel iş hukukundaki yasa hükümlerinde olduğu gibi işyeri devrinde mevcut olan iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçlarıyla devralan işverene geçeceği yönünde sınırlandırıcı bir ifadeye yer verilmemiş, aksine eski işverenin Sosyal Güvenlik Kurumu'na olan prim ile gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer fer'ilerinden oluşan borçlarından devralan işverenin müteselsilen sorumluluğunun doğacağı benimsenmiştir. Öğretide²⁴ haklı olarak belirtildiği üzere 5510 sayılı Kanun md. 89 ile kanun koyucu, malvarlığının azalmasına bağlı olarak devreden işverenin tahsil kabiliyetinin daha da azalacağını öngörerek, işyerinin devrinden önce doğan ama ödenmemiş olan primler ve diğer alacaklardan devralan işvereni de sorumlu tutma yoluna gitmiştir.

Yeri gelmişken ifade edilmelidir ki, her ne kadar bireysel iş hukukundaki yasa hükümleri uyarınca devrinden önce sona ermiş olan iş

sözleşmelerinden kaynaklanan alacaklar için devralan işverenin sorumluluğuna gidilemeyeceği anlamı çıkmaktaysa da, öğretide haklı olarak belirtildiği üzere TBK md. 202 genel hüküm olarak uygulama alanı kazanabilecektir. Nitekim iş kanunlarında düzenlenmeyen konularda TBK md. 202'nin genel hüküm olarak uygulama alanı kazanması engellenmiş değildir. Dolayısıyla TBK md. 202'deki koşulların gerçekleştiği ve işyeri devrinin aynı zamanda malvarlığının ya da işletmenin devralınması niteliğini taşıdığı hallerde, iş sözleşmeleri işyeri devrinden önce sona eren ve bu nedenle kendisine geçmeyen işçilere karşı da devralan işverenin sorumluluğu gündeme gelebilecektir²⁵. Nitekim Yargıtay da TBK md. 202'ye atıfta bulunarak işyeri devrinden önce iş sözleşmesi sona eren işçilerin alacaklarından devralan işverenin sorumluluğuna gidilebileceğini kabul etmektedir. Bu yöndeki kararlardan²⁶ birinde,

“Genel Kanun niteliğindeki 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 202. maddesinde devir anında doğmuş bulunan borçlardan devralan işverenin sorumlu olduğu kurala bağlanmış olmakla birleşen dosyada davalı T.C. Tekirdağ Büyükşehir Belediyesi Tekirdağ Su ve Kanalizasyon İdaresinin de sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Mahkemece fesihden çok sonra devri (devir) olduğu gerekçesiyle birleşen dava yönünden davanın reddi hatalıdır”

ifadelerine yer verilerek iş sözleşmesi devirden önce sona erse de, TBK md. 202 gereğince feshe bağlı

²² **Ekonomi**, Münir 'İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) ve İş İlişkilerine Etkisi': (2000) Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesi, s. 351.

²³ **Özkaraca**, s. 339. **Demir**, Kübra (2019), 'İşyeri Devrinde Devreden ve Devralan İşverenin Sorumluluğu' Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S:2, C:25, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, s. 670-671.

²⁴ **Kabakcı**, s. 42.

²⁵ **Özkaraca**, s. 342-345; **Demir**, s. 670-671.

²⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T: 01.07.2020, E: 2016/16654, K: 2020/6857. Devirden önce sona ermiş iş sözleşmelerinden dolayı TBK md. 202'ye gidilerek devralan işverenin sorumluluğuna başvurulabileceğini kabul eden aynı yöndeki diğer kararlar için bkz.; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T: 21.11.2019, E: 2017/10528, K: 2019/20643, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T: 09.03.2017, E: 2016/34258, K: 2017/3565, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, T: 05.05.2014, E: 2014/3188, K: 2014/9824, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, s.e.t. 23.09.2021.

alacaklar için devralan işverene başvurulabileceğine hükmedilmiştir.

D. MÜTESELSİL SORUMLULUĞUN TÂBİ OLDUĞU SÜRE BAKIMINDAN

Bireysel iş hukukunda ilişkin yasa hükümlerinden TBK md. 428/3 ile İK md. 6/3'de devreden işverenin devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan ötürü sorumlu olduğu süre devir tarihinden itibaren iki yıla sınırlanmıştır. Sadece TTK md. 178 süre açısından sınırlı olan bu sorumluluk anlayışından ayrılmıştır. TTK md. 178/3'te

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

hükmüne yer verilmiş, herhangi bir süre sınırı öngörülmemiştir. Diğer bir deyişle TTK md. 178'in uygulama alanı kazandığı hallerde devreden işverenin müteselsil sorumluluğu, alacak bir şekilde ortadan kalkana ya da zamanaşımına uğrayana kadar devam edecektir²⁷.

5510 sayılı Kanun md. 89 da, TTK md. 178'e benzer bir düzenleme niteliğini taşımaktadır. 5510 sayılı Kanun md. 89'da, TBK md. 428 ile İK md. 6'nın aksine devreden işverenin müteselsil sorumluluğu bakımından süre kısaltılmamış, Sosyal Güvenlik Kurumu alacağının tâbi olduğu zamanaşımı süresince devreden işverenin de sorumluluğu esas kabul edilmiştir. 5510 sayılı Kanun md. 89 uyarınca alacaklarda zamanaşımı konusu “İşyeri Devrinden Dolayı Sorumluluğun Kapsamı ve Süresi” başlığı

altında ele alındığından, tekrara düşmemek için burada ayrıca ele alınmayacaktır.

E. İŞ İLİŞKİSİNİN DEVRİNE İŞÇİNİN İTİRAZ EDİP EDEMEYECEĞİ BAKIMINDAN

İşyeri devrinin bireysel iş hukuku açısından sonuçlarının düzenlendiği gerek TBK md. 428'de gerek İK md. 6'da işçilere, iş ilişkisinin devralan işverene geçişine itiraz hakkı tanınmamıştır. Kanun hükmünün bir sonucu olarak işyerinde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçlarıyla birlikte devralan işverene geçmektedir. 5510 sayılı Kanun md. 89, doğrudan iş sözleşmelerinin devamlılığını sağlamayı hedeflemese de, ilgili hükmün kaleme alınışı uyarınca işyeri devrinden söz edebilmek için ekonomik birliğin devri ve dolayısıyla işyerinde çalışan sigortalıların iş sözleşmesinin devri gerekmektedir. Bu çerçevede 5510 sayılı Kanun md. 89, TBK md. 428 ve İK md. 6 ile aynı yönde olup, sosyal güvenlik hukuku anlamında işyeri devrinin gerçekleşmesinde ve iş sözleşmelerinin devrinde, işçilere tanınmış bir itiraz hakkından söz edilemez. Bununla birlikte TTK md. 178 hükmü önemli bir yenilik içermektedir. İlgili hükmün 1. fıkrasına göre;

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

²⁷ Alp, s. 70.

İtiraz hakkını tanıyan TTK md. 178 diğer düzenlemelere göre işçileri daha fazla gözetmekte ve kişilik haklarını korumaktadır²⁸.

İşyeri devrinin söz konusu olduğu hallerde genel olarak tüm işçilere itiraz hakkının tanınması gerektiği öğretide haklı olarak savunulmaktadır. Her ne kadar işyerinin devri, çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik olarak görülemeyecekse de, işçinin bir meta olmadığı, serbestçe seçmediği bir işverenle çalışmaya zorlanamayacağı göz önüne alınmalıdır. Bu çerçevede özellikle TBK md. 428 ile İK md. 6'da değişiklik yapılmalıdır. Aksi yönde bir yorum ve kişileri seçmedikleri bir işverenle çalışmaya zorlamak, insan onuruna, çalışma özgürlüğüne, iş görme ediminin kişisel niteliğine aykırılık teşkil edecektir²⁹. Bu değinilen gerekçeler dikkate alınarak örneğin Alman Hukukunda BGB §613a'da işçilere, iş ilişkisinin devralan işverene geçişine itiraz hakkı düzenlenmiştir³⁰. Bununla birlikte sosyal güvenlik

hukuku açısından işyeri devrinin sonuçlarının düzenlendiği 5510 sayılı Kanun md. 89 açısından itiraz hakkının tanınmasının işçiler açısından sağlayacağı bir faydası bulunmamaktadır. Bir kez daha vurgulamak gerekirse 5510 sayılı Kanun md. 89'un amacı iş sözleşmelerinin devamlılığını temin etmek değil, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun prim alacaklarını ve dolayısıyla işçilerin sosyal güvenlik haklarını güvence altına almaktır.

IV. TİCARET HUKUKU AÇISINDAN 5510 SAYILI KANUN MADDE 89'UN DEĞERLENDİRİLMESİ

TBK md. 202 ve 203 gereği ticarî işletmenin devri hâlinde devrin kapsamına giren bütün borçlar, alacaklının rızasına gerek kalmaksızın devralana geçer. Borçların devrinin hukukî sonucu esasen

²⁸ Bu yönde bkz.; **Çelik**, Nuri & **Caniklioğlu**, Nurşen & **Canbolat**, Talat (2020) İş Hukuku Dersleri, 33. Bası, İstanbul, Beta, s. 154. TTK md. 178 biraz daha ayrıntılı bir şekilde ele alınacak olursa, ilgili hükmün ikinci fıkrasına göre, "*İşçi itiraz ederse, hizmet sözleşmesi kanuni işten çıkarma süresinin sonunda sona erer; devralan ve işçi o tarihe kadar sözleşmeyi yerine getirmekle yükümlüdür*". Söz konusu düzenleme, Alman hukukundaki hüküm uyarınca işçinin itiraz hakkını kullanması halinde iş ilişkisi devralan işverene geçmemekte, devreden işverenle devam etmektedir. Bununla birlikte devreden işveren geçerli bir fesih nedeninin varlığını halinde iş ilişkisinin geçişine itiraz eden işçinin iş sözleşmesini sona erdirebilir (**Döring**, & **Groß**, Betriebsübergang, Rn. 91-92; **Müller-Glöge**, Rudi (2020): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, 8. Auflage, München, Beck, BGB 613a, Rn. 122-125; **Preis**, Ulrich (2021): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (hrsg. von Rudi Müller-Glöge, Ulrich Preis, Ingrid Schmidt), 21. Auflage, München, Beck, BGB 613a, Rn. 106-107). TTK md. 178 uyarınca ise işçi itiraz etse dahi iş sözleşmesi işyerini devralan işverene geçmekte, ancak devralan işverene geçen iş sözleşmesi yasal fesih bildirim süresinin sonunda sona ermektedir [TTK md. 178 kapsamında işyeri devrine işçinin itirazı, itirazın hüküm ve sonuçları hakkında daha fazla bilgi için bkz.; **Süzek**, s. 204-207; **Mollamahmutoğlu**, Hamdi & **Astarlı**, Muhittin & **Baysal**, Ulaş (2020) İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Lykeion, s. 65-66; **Uşan**, Fatih & **Erdoğan**, Canan (2020) İş ve

Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara, Seçkin, s. 71; **Alp**, s. 65-71; **Astarlı**, Muhittin (2013), 'Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkisinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı' Çalışma ve Toplum, S:1, C:36, s. 83 vd.] Bu kapsamda TTK md. 178 açısından tartışılması gereken önemli bir husus ise devreden işverenin müteselsil sorumluluğunun kapsamıdır. Zira TTK md. 178/3 uyarınca "*Eski işveren ile devralan, işçinin bölünmeden evvel muaccel olmuş alacakları ile hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği veya işçinin itirazı sebebiyle sona erdiği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklarından müteselsilen sorumludur*". İlgili düzenlemede net olmayan husus, devirden sonra fakat iş sözleşmesinin yasal fesih bildirim süresinin sonundan önce doğan borçlardan ötürü de devreden işverene gidilip gidilemeyeceğidir. Kanaatimizce de isabetli olan görüş uyarınca devreden işverenin müteselsil sorumluluğu sadece devir sonrası ve sona erme öncesi muaccel olan alacaklarla sınırlı kabul edilmeli, devreden işveren döneminde doğmuş olan alacaklardan devreden müteselsil sorumluluğuna gidilememelidir (**Alp**, s. 69; **Astarlı**, s. 100).

²⁹ **Özkaraca**, s. 147, 181. Genel olarak itiraz hakkı ve hukuk sistemimizde de tanınması gerekliliğiyle ilgili bkz. **Senyen Kaplan**, s. 70; **Özkaraca**, s. 180-193; **Astarlı**, s. 86-89.

³⁰ Alman hukukundaki düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; **Döring** & **Groß**, Betriebsübergang, Rn. 86 ff. **Müller-Glöge**, BGB 613a, Rn. 115 ff. **Preis**, BGB 613a, Rn. 105 ff.

borcun dış üstlenimi ile eşdeğerdir³¹. 5510 sayılı Kanun'daki özel düzenleme olmasaydı, SGK'ya olan borçların bu kapsama girip girmeyeceğinde tereddüt oluşabilirdi. Nitekim sosyal güvenlik borçları hakkında özel bir düzenleme bulunmayan Alman hukukunda hâkim görüş³² ve yargı kararları³³, ticarî işletmenin/işyerinin devri hâlinde sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan ödenmemiş borçların, bunların iş sözleşmesi ilişkisi dışında görülmesi nedeniyle devralana geçmeyeceğini kabul etmektedir. Ancak konuya ilişkin karşı görüşü savunanların sayısı son dönemlerde artmıştır³⁴. İsviçre hukukunda da işyeri devrinin kapsamına devir öncesi sosyal sigorta borçlarının girmediği savunulmaktadır³⁵. Konu Türk hukukunda 5510 sayılı Kanun m. 89/1'de hükme bağlandığı için bu ülkelerdeki tartışmaların ayrıntısına girilmeyecektir.

Birleşme ve bölünmede ise külli halefiyet kuralları işler. Eğer işyeri devri şirketlerin birleşmesi sonucunda gerçekleşmiş ise, o zaman birleşmenin tescili anında, devrolunan şirketin bütün aktif ve pasifi kendiliğinden devralan şirkete geçer (TTK

md. 153, c. 2); devrolunan şirket ticaret sicilinden silinir (TTK md. 152.3). Bu klasik anlamda külli halefiyet olup, hak ve borçlar kanun gereği devralana geçmektedir. Bu hak ve borçlara kamu hukukundan kaynaklananlar da dahildir³⁶.

Bölünmede ise, bölünen şirketin envanterde devralan şirket veya şirketlere geçeceği belirtilen hak ve borçları devralan şirkete geçer (TTK 179.4). Bu geçiş hâli de külli halefiyet niteliğinde olup, sadece envanterde yazılı hak ve borçları kapsadığı için, bölünen şirketin bütün malvarlığını değil, bir kısmını kapsamaktadır. Bu nedenle bu külli halefiyet türüne öğretide kısmi külli halefiyet de denilmektedir³⁷. Bölünme hâlinde de ilgili işyeri ile birlikte işçiler devralan şirkete geçiyorsa o zaman 5510 sayılı Kanun m. 89 uygulanabilir. Ancak iş hukuku açısından işyeri devrinden söz edebilmek için işyeri ile birlikte işçilerin de devri arandığından bu ikisi arasındaki bağlantı kopacaksa o zaman 5510 sayılı Kanun m. 89 uygulama bulmayacaktır.

Tür değiştirmede ise esasında teknik olarak külli halefiyet söz konusu olmamaktadır. TTK md.

³¹ **Arkan**, Sabih (2020) Ticarî İşletme Hukuku, 26. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 45-46; **Çelikboya**, s. 308; **Cengil**, s. 463.

³² **Roßbach**, Gundula (2019) Kommentar zum Sozialrecht (hrsg. Knickrehm, Sabine/Kreikebohm, Ralf/Waltermann, Reimund), 6. Auflage, München, Beck, SGB § 28e, Rn. 4; **Zieglmeier**, Christian (2021) Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, Werkstand: 113. EL: 1 März 2021 (hrsg. Körner, Anne/Leitherer, Stephan/Mutschler, Bernd/Rolfs, Christian), Beck, Vorbemerkung zu SGB §§ 20-28, Rn. 3; **Gussen**, Heinz (2021), BeckOK Arbeitsrecht (hrsg. Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Meßling, Miriam/Udsching, Peter), 59. Edition, Stand: 01.03.2021, Beck, BGB § 613a, Rn. 105.

³³ LSG Bayern, Entscheidung vom 28.01.2011 - L 5 R 848/10 B ER (BeckRS 2011, 76405, beck-online.de).

³⁴ Azlık görüş için karş. **Froehner**, Jan (2015), 'Die Haftung des Erwerbers für rückständige Sozialversicherungsbeiträge beim Unternehmenskauf im Rahmen eines Asset Deals' GWR, S:10, s. 202 vd.; **Vossler**, Norbert (2021), Handelsgesetzbuch Kommentar (hrsg. Oetker, Hartmut) 7. Auflage, München, Beck, HGB § 25, Rn. 30. Yine konuya tereddütlü yaklaşan bir görüş için bkz. **Thiessen**, Jan (2021)

Münchener Kommentar zum HGB, Band 1 (hrsg. Drescher, Ingo/Fleischer, Holger/Schmidt, Karsten), 5. Auflage, München, Beck, HGB 25, Rn. 66.

³⁵ **Wildhaber**, Isabelle (2011) Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, Zürich/Basel/Genf, Schultess, s. 199.

³⁶ **Thomas**, Gelzer (2012) Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz (hrsg. Vischer, Frank), 2. Auflage, Zürich, Schultess, FusG Art. 22 N. 9.

³⁷ **von der Crone**, Hans Caspar & et. al (2017) Das Fusionsgesetz, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf, Schultess, s. 258, N. 255; **Burckhardt Bertossa**, Jacqueline & **Eichner**, Mark (2012), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz (hrsg. Vischer, Frank), 2. Auflage, Zürich, Schultess, FusG Art. 52, N. 3; **Watter**, Rolf/**Büchi**, Raffael (2015) Basler Kommentar Fusionsgesetz (hrsg. Watter, Rolf/Vogt, Nedim Peter/Tschäni, Rudolf/Daniel Daeniker), 2. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn, FusG Art. 52, N. 3 vd.; **Hanselmann**, Petra (2015) Fusionsgesetz, 2., stark überarbeitete Auflage (hrsg. Baker & McKenzie), Bern, Stämpfli, FusG Art 29, N. 11; **Tekinalp**, Ünal & (**Poroy**, Reha & **Çamoğlu**, Ersin) (2021) Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku C. 1, 15. Bası, İstanbul, Vedat, s. 177, N. 163b.

180.1, c. 2'ye göre “*yeni türe dönüştürülen şirket es-
kisinin devamıdır*”. Tür değiştirilmede külli halefiyeti
doğuran bir devir işlemi olmayıp, şirket ekonomik
ve hukukî varlığını korumakta, sadece hukukî şek-
lini/kıyafetini değiştirmektedir³⁸. Dolayısıyla önceki
türdeki şirketin malvarlığı yeni türdeki şirkete dev-
redilmeden yeni türe dönüşen şirkete ait olmaya de-
vam etmektedir³⁹. Bu açıdan tür değiştirilmede tek-
nik anlamda külli halefiyet olmasa da 5510 sayılı
Kanun md. 89 anlamında tür değiştirilme de işyeri
devri sayılarak yeni türdeki şirket de önceki türün
borçlarından dolayı SGK'ya karşı sorumlu olacaktır.

V. SORUNA İLİŞKİN YARGITAY KA- RARLARI VE ÖĞRETİ GÖRÜŞLERİ

A. YARGITAY KARARLARI

Bu genel açıklamalardan sonra çalışma ko-
nusu soruna, yani işyerinin birden fazla devri
hâlinde son devralanın ilk devreden 5510 sayılı
Kanun md. 89'daki borçlardan sorumlu olup olma-
dığına dönecek olursak, ulaşılabilen Yargıtay karar-
larını iki dönemde incelemek uygun olur. 2018 yı-
lına kadarki ilk dönemdeki yargı kararları, işyerinin
birden fazla devri hâlinde son devralanı sorumlu
tutmamaktadır. 2018 yılından sonraki içtihat ise
tam aksi yönde değişmiştir.

1. İlk Dönem Kararlar

Bu konudaki ulaşılabildiğimiz ilk içtihat 506
sayılı mülga Sosyal Sigortalar Kanunu döneminde
verilen Hukuk Genel Kurulu'nun T: 29.1.1992, E:
1991/566, K: 1992/21 sayılı kararıdır⁴⁰. Genel Kurul,
10. Hukuk Dairesi'nin 12.2.1991 gün ve 1135-1210
sayılı kararının gerekçesini özetlemiş ve özel daireyi
hakkı görerek direnme kararını bozmuştur. Özel da-
ire kararına erişemediğimiz için Hukuk Genel Ku-
rulu kararındaki özeti kullanacağız:

*“506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 82.
maddesi hükmüne göre işyeri devredilir ise
devralan işveren önceki işverenin Kurum'a
olan prim gecikme zammı ve faiz borcundan
müteselsilen sorumludur. Bu sorumluluk Da-
iremiz uygulamasına göre ilk devralan şahıs
bakımından mümkün olup ondan sonraki
zincirleme devralanlar yönünden 82. madde-
nin uygulama olanağı yoktur.”*

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 1991'den
önceki kararlarında da yerleşik uygulamasının bu
yönde olduğu Hukuk Genel Kurulu kararındaki
özetten anlaşılmaktadır. 10. Hukuk Dairesi'nin bu
uygulaması esasen 2018 yılına kadar sürmüştür. Ör-
neğin, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 13.4.1993, E:
1992/11117, K: 1993/3693 sayılı kararına göre⁴¹:

³⁸ von der Crone, Hans Caspar & et. al, s. 318, N. 685.

³⁹ Guggenbühl, Markus (2012) Zürcher Kommentar zum Fu-
sionsgesetz (hrsg. Vischer, Frank), 2. Auflage, Zürich,
Schultess, Vor FusG Art. 53-68, N. 4; Romerio, Flavio
(2015), Basler Kommentar Fusionsgesetz (hrsg. Watter,
Rolf/Vogt, Nedim Peter/Tschäni, Rudolf/Daniel Daeniker),
2. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn, FusG Art. 53, N. 13;
Fischer, Alexander (2015), Fusionsgesetz, 2. stark überar-
beitete Auflage (hrsg. Baker & McKenzie), Bern, Stämpfli,
Vor FusG Art. 53-68, N. 6; Tekinalp & (Poroy & Çamoğlu),
s. 192, N. 178a.

⁴⁰ Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (s.e.t. 15.06.2021). Bu Hukuk
Genel Kurulu kararı yanında öğretilde Hukuk Genel Kurulu
25.12.1991, E. 566, K. 21 sayılı bir karara da atıf yapıldığı gö-
rülmemektedir. Atıf yapılan karar 1991 tarihli olduğuna göre,

karar numarası da 1991/21 olmalıdır. Ancak Hukuk Genel
Kurulu'nun 1991/21 sayılı kararı başka bir konuya aittir
(bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T: 30.1.1991, E:
1990/12-620, K: 1991/21, Kazancı İçtihat Bankası, s.e.t.
15.06.2021). Yine karar tarihi olarak verilen 25.12.1991'de
Hukuk Genel Kurulu kararlarının sayısı 663'e ulaşmıştır
(bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T: 25.12.1991, E:
1991/543, K: 1991/663, www.lexpera.com, (s.e.t.
15.06.2021). Kararın künyesi *Resul Aslanköylü'nün Sosyal
Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, Birinci
Cilt Ankara 2015*, s. 2103'te yer almaktadır. Kararın künye-
sinde bir hata olmalıdır. Kararın aslına ulaşamadığımız için
bu kararı kullanmıyoruz.

⁴¹ Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (s.e.t. 15.06.2021).

“Gerçekten, davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Yasanın 82. maddesine göre, bir işyerinin devir veya intikal etmesi durumunda, yeni işveren eski işverenin Kurum'a olan prim borçları ile eklentilerinden müteselsilen sorumludur. Bu sorumluluk, yasanın belirlediği veçhile, işyerini devreden veya intikaline neden olan işverenle burasını devralan veya işyerinin kendisine intikal ettiği yeni işveren arasında söz konusudur. Bu sorumluluğun alanını, daha önceki veya daha sonraki işverenlere yüklemek, kısaca sorumluluk halkalarını uzatmak mümkün değildir. Yasa, işyerinin ve sigortalılarının durumunu bilebilecek yeni işvereni sorumlu tutmuş ve eski işverenin prim borçlarının da devam edeceğini öngörmüştür. Yasal tabirle, eski ve yeni işverenler için müteselsil bir sorumluluk söz konusudur. Ne var ki, hile veya muvazaa halleri, bu kuralın dışındadır. Salt, prim borçlarından kurtulma veya üçüncü kişileri yanıltma amacına yönelik arada yeni şirketler kurulması veya işyerinin bunlara devir veya satış gösterilmesi yasanın amacına uygun düşmez ve kanuna karşı hile yapan yeni işverenleri sorumluluktan kurtarmaz. Aksine düşünce, çalışanların bir bölümü yönünden sosyal güvenliklerini sağlama görevini üstlenen Sosyal Sigortalar Kurumu'nun ana gelir kaynağını oluşturan primlerin tehlikeye atılması sonucunu doğurur ve Kurum'u mali yönden güç durumda bırakır.”

Çoğunluk ile alınan bu kararda bir de karşı oy bulunmaktadır. Karşı oya göre;

“Dairemizin sayın çoğunluğu, bir işyerinin peşpeşe bir dizi devir görmesi durumunda, 506 sayılı Kanunun 82. maddesinde öngörülen zincirleme (müteselsil) sorumluluğu, ancak ikili halkalar halinde sınırlı bir sorumluluk olarak kabul etmiştir. Anılan maddenin özünden ve sözünden ve giderek zincirleme sorumluğa ilişkin genel hükümlerden böyle bir sonuç çıkarmak mümkün değildir. Tersine, 82. maddenin, işyerini babadan oğula, oğuldan anaya vs. devretmek suretiyle prim tahsilini engelleyecek halleri ortadan kaldıracak biçimde düzenlendiği yasama belgelerinde yazılıdır. Yine "yasama belgelerinden anlaşıldığı gibi, prim borcu, aslında işyerinin borcu sayılmakta, işyerine bağlanmaktadır. O işyerinden, sahibi kim olursa olsun tahsili gerekmektedir" (Teoman Ozanoğlu, Sosyal Sigortalar Mevzuatı, 2. Cilt, Ank.1974, S.1378). "Sosyal Sigorta hak ve yükümlülükleri, işveren değişikliğinden etkilenmeksizin işyeri ile birlikte ve onunla bağlantılı olarak sürüp gitmektedir (Mustafa Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ank.1985, S. 553). Sorumluluğu ikili halkalara indirgemenin, prim borcundan kurtulmak için paravan şirketlerin devreye sokulmasına yol açacağına kuşku edilmemelidir. Dava konusu olay ve giderek bozma kararının içeriği bunun güzel bir örneğidir. Bu bakımdan mahkeme kararının yukarıda yazılı gerekçelerle bozulması oyundayım.”

Yine çoğunlukla alınan nispeten güncel bir kararında⁴² ise Yargıtay 10. Hukuk Dairesi şöyle demektedir:

⁴² Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, T: 30.06.2016, E: 2014/22939, K: 2016/10908 (www.lexpera.com, s.e.t. 15.06.2021).

“İşyerinin zincirleme devirlerinde, ilk devralanın, devraldığı kişinin prim borcundan ötürü sorumlu tutulabileceği işyerini, ikinci devralan durumunda olan kişinin, işyerinin ilk sahibinin prim borçlarından sorumlu tutulamaz.

Somut olayda da davacı şirket, [X] 'un borcundan ötürü onunla birlikte müteselsilen sorumlu tutulamaz. Zira, devir işlemi, [X] ile [Y] arasında yapılmıştır. Davacı şirket, .[X]. 'un değil [Y]. 'un halefi durumundadır. Bu nedenle Mahkemece, yukarıda açıklanan maddi ve hukuki ilkeler çerçevesinde irdeleme yapılarak karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.”

Kararın karşı oyu şöyledir:

“Daire çoğunluğu ile aramızdaki ihtilaf, 5510 Sayılı Kanun 89/1 kapsamında; işyerinin zincirleme devirlerinde ilk devralanın sorumlu olduğu, ikinci devralanın ise işyerinin ilk sahibinin prim borçlarından sorumlu tutulmaması yönündeki yorumdur.

89. madde, «Sigortalının çalıştırıldığı işyeri aktif veya pasifi ile birlikte devralınır veya intikal ederse ya da başka bir işyerine katılır veya birleşirse eski işverenin Kuruma olan prim ile gecikme cezası, gecikme zammı ve diğer ferilerinden oluşan borçlarından, aynı zamanda yeni işveren de müştereken ve müteselsilen sorumludur. Bu hükme aykırı sözleşme hükümleri Kuruma karşı geçersizdir. Bu fıkranın uygulanmasına dair usûl ve esasları belirlemeye Kurum yetkilidir.»

Madde metninde işyeri devirlerinde ilk devralanın sorumlu olduğu, daha sonraki devralanların ilk işyeri sahibinin prim

borçlarından sorumlu olmayacağı yönünde bir kısıtlama yoktur. Eğer herkesin sadece kendinden önceki işverenin prim borçlarından sorumlu olacağı esası benimsenirse muvazaalı olarak birden fazla devirlerin önünün açılmasına ve hemen yeni bir devir yapılarak işyerinin ve son işverenin prim borcundan kurtulmasının yolu açılmış olur. Kaldı ki ilk işverenin prim borcu ödenmediği takdirde artık devralan işverenin borcu haline geldiği yasa gereği olduğundan ikinci devralan veya sonraki devirlerde işverenler de ödenmeyen ve Kurum borcu haline gelen önceki işverenin aktifini ve pasifini devraldığından otomatik olarak kendinden önceki ödenmeyen tüm prim borçlarından sorumlu hale gelmektedir.

5510 Sayılı Kanun 89/1 kapsamında işyerini aktif veya pasifi ile birlikte devralan işveren, işyeri devri şartları varsa kendinden önce ne kadar devir olursa olsun artık işyerine ait tüm prim borçlarından müteselsilen sorumludur. Yeni işveren prim borcunu Kuruma ödediği takdirde ödediği ve önceki işverenlerin sorumlu olduğu miktarı eski işveren/işverenlere rücu etme imkânı vardır. Zincirleme devirlerde de son işverenin veya Kurumun takip yaptığı işverenin kendinden önceki tüm prim borçlarından sorumlu tutulması gerektiği, belirtilen esaslar çerçevesinde araştırma yapıldıktan sonra karar verilmesi gerektiği düşüncesinde olduğumdan sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum.”

2. İkinci Dönem Kararlar

Tespit edebildiğimiz kadarıyla Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin yerleşmiş diyebileceğimiz bu

içtihadı, T: 18.12.2018, E: 2018/4676, K: 2018/10781⁴³ sayılı kararı ile değişmiştir. Karara göre:

“Anılan yasa maddelerinin uygulanması bakımından, belirtilmelidir ki, bir işyerinin birden fazla devrolması mümkündür. Bu hallerde, Borçlar Kanunu’nun dışında, özel hüküm niteliği ile uygulama önceliği bulunan 5510 sayılı Yasanın 89. maddesi gereği, yeni işveren sıfatı ile son işverenin, eski işverenlerin Kuruma ödenmemiş kamu borçlarından dolayı sorumlu tutulması gerekir. Aksi düşünce, zincirleme devir yolu (iki ve daha fazla devretme hali) ile eski işveren ile birlikte (bir sonraki) yeni işvereni sorumluluktan kurtarma sonucunu doğurabilecektir. Bu durum ise, yasanın amacına ve Kamu alacaklarının imtiyazlı olup, öncelikle tahsil edilmeleri gereğine aykırı olacağı gibi, fıkranın ikinci cümlesindeki emredici düzenleme ile yer alan, sözleşme ile sorumluluktan kurtulma yasasına aykırılık teşkil edecektir.”

Aynı gerekçe Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin T: 23.9.2020, E: 2019/3879, K: 2020/4779 sayılı kararında⁴⁴ da yer almaktadır. Gerekçe birebir aynı olduğu için tekrar alıntılama gereği duymuyoruz. Gerekçelerin aynı olması yanında her iki karar bakımından da ortak bir nokta daha vardır. Karara konu olaylar incelendiğinde işyeri devrinin sadece bir kere yapıldığı, birden fazla devir olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla yeni kararlarda yer alan bu

ifadeler *obiter dictum* niteliğinde olup, eğer daire önüne zincirleme devir olayı gelirse nasıl karar vereceği yönünde bir işaret niteliğindedir.

B. ÖĞRETİ GÖRÜŞLERİ

İncelediğimiz eserlerin büyük bir kısmında Yargıtay’ın ilk dönem uygulamalarının benimsendiği görülmektedir⁴⁵. Bazı yazarlar ise sadece Yargıtay uygulamasına değinip bu içtihadı değerlendirmemektedir⁴⁶. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı Sayın *Resul Aslanköylü*’nün Yargıtay kararlarının arkasındaki gerekçeye de ışık tutabilecek değerlendirmesi ise aşağıdaki gibidir:

“Gerçekten de Yargıtayın vardığı sonuç isabetlidir. Zira örneğin, 10 defa devir gören bir işyerini en son devralan kişinin kendisinden önceki tüm devredenlerin borçlarından ötürü müteselsilen sorumlu tutulması halinde iş hayatı çekilmez bir hal alır. Ayrıca [506 sayılı Kanun] 82. maddenin amacı da bu yönde değildir⁴⁷.”

Yazar ayrıca işyeri devirlerinde halefiyetin sadece devir sözleşmesinin tarafları arasında olduğunu, sonraki devralanın ilk devredeninin halefi olmadığını, bu nedenle de son devralanın sadece kendisine devredeninin borçlarından sorumlu olduğu gerekçesini ileri sürmüştür⁴⁸.

Bununla birlikte öğretide aksi yönde yorum yapan çeşitli görüşlerle de karşılaşmaktadır.

⁴³ www.lexpera.com (s.e.t. 15.06.2021).

⁴⁴ Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (s.e.t. 15.06.2021).

⁴⁵ **Aslanköylü**, s. 2100; **Balcı**, Mesut & **Yılmaz**, Halil (2014) Sosyal Sigorta Prim Alacaklarının Takip ve Tahsili, 5. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 69; **Sayış**, Begüm (2008) ‘İş Hukukunda İşyerinin Devri ve Hukuki Sonuçları’ (Yükseklisans) Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 104; **Öztürk**, s. 272; **Karabacak**, Ebru (2017) Prim Ödeme Yükümlülüğüne Aykırılığın Hukuki Sonuçları, İstanbul, Legal, s. 132-133;

Tatar, Gülsüm (2017), ‘Sosyal Güvenlik Hukukunda Müteselsil Sorumluluk’, Çalışma ve Toplum, S:4, C:55, s. 2136.

⁴⁶ **Yetik**, Murat (2018) Sosyal Güvenlik Hukukunda Primler ve Prim Teşvikleri, İstanbul, Legal, s. 166; **Demir**, s. 660.

⁴⁷ **Aslanköylü**, s. 2100 (naklen).

⁴⁸ **Aslanköylü**, s. 2099.

Yargıtay'ın iş hukukuna ilişkin 1993 yılı kararlarının değerlendirilmesi seminerinde, Sayın Müjdat Şakar o dönem yürürlükte olan ve 5510 sayılı Kanunla benzer yönde düzenleme içeren 506 sayılı Kanun md. 82 ile ilgili olarak şu yönde bir açıklamada bulunmuştur;

“(506 sayılı Kanun md. 82 kastedilerek) Amaç Kurumun prim alacağını güvenceye almaktadır. O işyerinde işverenlik sıfatının sona ermesi, borç ifa edilmediği sürece belirli prim ve gecikme zammı borcundan dolayı müteselsil sorumluluğu sona erdirmez. Bu konuda düşünülecek tek sınır, bize göre, prim borcunun zamanaşımı süresidir. Asıl borçlu olan devirden önceki işverenin, sorumluluğu nasıl zamanaşımı süresiyle sınırlıysa, bu borç için müteselsil borçlu durumunda olan sonraki işverenlerin sorumluluğu da aynı süreyle sınırlı olmak zorundadır. ... Sonuç olarak, prim borcu ve eklentilerine ilişkin zamanaşımı süresi dolana kadar, işyerini devralan bütün işverenlerin müteselsil sorumluluğu devam etmektedir. Zamanaşımı süresinin dolması halinde, bunun bir defa şeklinde ileri sürülmesi ile sorumluluktan kurtulmak mümkün olacaktır. Sorunun çözümü için, kanımızca Yargıtay kararında olduğu gibi kanuna karşı hile ve muvazaa araştırmaya ya da karşıoy yazısında olduğu gibi “işyeri borcu” gibi kavramlar yaratmaya ihtiyaç yoktur”⁴⁹.

Müjdat Şakar ile aynı yönde sonuca farklı gerekçelerle ulaşan ve Yargıtay'ın ilk dönem

kararlarını isabetsiz bulan Sayın Mahmut Kabakcı'ya göre de:

“... işyeri devrinde birlikte sorumluluk bakımından bağlama noktası Kurum nezdinde prim borçlusu olan işverenin kendisi değil, işverenin prim borcunun kaynağı olan işyeridir. Kanun koyucu, isabetle devir öncesi doğup da ödenmemiş primlerin, devreden işverenden tahsili olasılığının malvarlığının azalmasına bağlı olarak daha da azalacağı öngörüsü ile devralan işverene birlikte sorumluluk yüklemiştir. Ona kanunla böyle sorumluluk yüklemesinin haklı gerekçesi, prim borçlarının ilişkili olduğu işyerinden artık onun menfaat elde edeceğidir. Bu nedenle birlikte sorumlulukta asıl olan hemen yukarıda ifade edildiği üzere borcun devreden ya da devralan işverenlerin kişiliği değil, devir konusu işyeri ile ilgili olmasıdır. Bu nedenle biz de (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 30.06.2016, 22939/10908 sayılı kararıyla ilgili) karşı oydaki görüşün isabetli olduğunu düşünüyoruz. Ki karşı oyda belirtilen muvazaalı olarak zincirleme birden fazla devir yapılarak ödenmemiş borçların tahsilinin imkânsız hale getirilmesi ihtimali, ülkemiz koşullarında göz ardı edilemeyecek bir gerçekliktir”⁵⁰.

İkinci dönem kararları değerlendiren bir öğreti görüşüne rastlamamakla birlikte, Sayın Ali Güzel, Ali Rıza Okur ve Nurşen Caniklioğlu'nun, Sosyal Güvenlik Hukuku kitabının ikinci dönem kararlarından sonraki basısında, açık bir gerekçe içermeyen açıklamalarından, zincirleme işyeri devri halinde son devralanın ilk devreden prim

⁴⁹ Şakar, Müjdat (1995), 'Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtay'ın 1993 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi', Yargıtay'ın

İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1993, İstanbul, MESS Yayını, s. 194-195 (naklen).

⁵⁰ Kabakcı, s. 42-43 (naklen).

borçlarından sorumlu sayılması gerektiği anlaşılmaktadır. İlgili değerlendirmeye göre;

“... işyerinin birden fazla devri durumunda her işveren kendi prim borçlarının yanında bir önceki işverenin (ya da işverenlerin) prim borçlarından da sorumlu olacaktır”⁵¹.

VI. DEĞERLENDİRMELERİMİZ

A. İLK DÖNEM KARARLAR BAKIMINDAN

1. Birden Fazla Devirlerin Hüküm Kapsamına Girmesinin Kanun Koyucunun Amacına Aykırı Olacağı Görüşünün Değerlendirilmesi

Öğretinin büyük bir çoğunluğunun benimsediği ilk dönem Yargıtay kararlarının gerekçesi çok açık değildir. Kararlarda genellikle sonraki devralanların, ilk devreden prim ve bağlantılı borçlarından sorumlu olmayacağı ifade edilmiştir. Bu durumun istisnası ise devir işleminin muvazaalı olmasıdır. Kararlarda gerekçe olmasa da öğretilerde bu içtihat için gerekçe üretildiği görülmektedir. *Aslanköy*'ün ileri sürdüğü gerekçeye göre, ilk devirden sonraki devralanların ilk devreden prim ve bağlantılı borçlarından sorumlu tutulması iş hayatını aksatacaktır. Yine yazarın verdiği örneğe göre 10 defa devir gören işyerinde son devralanın öncekilerin borçların sorumlu tutulması düşünülemez.

Böyle bir sonuç ise yasa koyucunun amacına aykırı olacaktır. Ayrıca yazar, halefiyetin de sadece devir sözleşmesinin tarafları arasında olduğunu sonraki devralanların bu halefiyet ilişkisi dışında kaldığını belirtmiştir.

Bu gerekçelere katılmadığımızı belirtmek isteriz. Öncelikle 5510 sayılı Kanun md. 89'un veya bu kanunun selefi olan 506 sayılı Kanun md. 82'nin lafzı, devir sınırlaması öngörmemiştir. Yine anılan kanunların gerekçesi incelendiğinde de sorumluluğun sonraki devralanları kapsamadığı sonucuna ulaşmak mümkün değildir. 506 sayılı Kanun md. 82'nin gerekçesi⁵² şöyledir:

“Sigortalıların çalıştırıldıkları işin devir ve intikal suretiyle elden ele geçmesi halinde eski işverenin Kuruma olan prim borçlarından, sigortalıların haklarının vikayesi bakımından yeni iş veren durumundaki kimsenin de müteselsilen sorumlu olması uygun görülmüş ve madde buna göre yazılmıştır.”

Tasarı'nın 82. maddesi Millet Meclisi'ndeki görüşmeler sırasında ifadesi değiştirilerek kabul edilmiştir⁵³. Cumhuriyet Senatosu Komisyonu'nda Millet Meclisi'nde kabul edilen 82. madde aynen benimsenmiştir⁵⁴. Hüküm Cumhuriyet Senatosu'nda da aynen kabul edilmiştir. Cumhuriyet Senatosu'ndaki görüşmelerde soruna ilişkin doğrudan bir açıklama yer almamakla birlikte hükümet adına söz alan Komisyon Başkanı, bir Yargıtay kararının

⁵¹ Güzel, Ali & Okur, Ali Rıza & Caniklioğlu, Nurşen (2020) Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 18. Bası, İstanbul, Beta, s. 334.

⁵² Sosyal sigortalar kanunu tasarısı ... ve Geçici Komisyon Raporu (1/462, 2/368, 2/413, 2/506), Millet Meclisi, Dönem: 1, Toplantı: 2, Sıra Sayısı 338, s. 8 (https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c020/mm_01020128ss0338.pdf, erişim tarihi: 15.6.2021).

⁵³ Millet Meclisi, 1. Dönem, 23. Cilt, 8. Birleşim - Sayfa 124 vd. https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/td_v2.goruntule?sayfa_no_ilk=116&sayfa_no_son=132&sayfa_no=12

4&v_meclis=4&v_donem=1&v_yasama_yili=&v_cilt=23&v_birlesim=008, erişim tarihi: 15.6.2021).

⁵⁴ Sosyal Sigortalar kanunu tasarısının Millet Meclisince kabul olunan metni ve Cumhuriyet Senatosu Sosyal İşler ve Geçici Komisyon raporları (M. Meclisi 1/462; C. Senatosu 1/324), Cumhuriyet Senatosu Dönem: 1, Toplantı: 3, Sıra Sayısı 414, s. 67 (https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/CS_/t03/c019/cs_03019050ss0414.pdf, erişim tarihi: 15.6.2021).

karşı oyunda da zikredilen şu ifadeleri kullanmıştır⁵⁵:

“Buradaki mesele, bir nizamı yürütmek bakımından devir alan şahsı, kaçacak primleri ve sigorta haklarını korumak maksadiyledir. Bu takdirde baba oğula, oğul anaya devretmek suretiyle sigortanın bir çok primlerinin alınmaması gibi bir yola gidilmiş olur.”

Her ne kadar yukarıda anılan Yargıtay kararının karşı oyunda bu ifade, hükmün birden fazla devirleri de kapsadığına delil olarak gösterilmişse de kanaatimizce Komisyon Başkanı'nın ifadesinden böyle bir sonuç çıkarmak zorunlu değildir. İfadede bu devirlerin aynı işyerinin birden çok devrinin mi kastedildiği yoksa sadece sözün gelişi olarak, örnek kabilinden çeşitli ihtimallere mi yer verildiği açık değildir. Kısaca vurgulamak istediğimiz yasama belgelerinden 506 sayılı mülga Sosyal Sigortalar Kanunu md. 82'nin birden fazla devri kapsayıp kapsamadığı net olarak ortaya konamamaktadır.

5510 sayılı Kanun'un gerekçesine bakıldığında da farklı bir sonuca ulaşılamamaktadır. Hemden belirtelim ki, 5510 sayılı Kanun Cumhurbaşkanı'nca yayımlanmadan önce TBMM'ye tekrar görüşülmek üzere yollandığı için gerekçeler 5510 sayılı Kanun'a ilişkin komisyon raporlarında değil, geri gönderilen 5489 Sayılı Kanun'un komisyon raporlarında aranmalıdır. 5510 sayılı Kanun'un 89. maddesinin birinci fıkrası olarak kabul edilen düzenleme ise, 5489 sayılı Kanun Tasarısı'nda 120. madde olarak düzenlenmişken, Sağlık, Aile, Çalışma ve

Sosyal İşler Komisyonu tarafından 89. madde olarak kabul edilmiştir⁵⁶. Bu nedenle 5489 sayılı Kanun Tasarısı'nın 120. maddesinin gerekçesine bakılmamıştır. Bu gerekçeye göre⁵⁷ ise,

“Sigortalıların çalıştırıldığı işyerinin devir veya intikal suretiyle el değiştirmesi durumunda sigortalıların haklarının korunmasını sağlamak üzere eski işverenin Kuruma olan prim, gecikme zammı ve faiz borçlarından yeni işverenin de müteselsilen sorumlu tutulması uygun görülmüştür.”

Görüldüğü gibi, 5510 sayılı Kanun md. 89'un gerekçesinde de soruna ilişkin bir açıklama yer almamaktadır.

Yine 5510 sayılı Kanun md. 89'da 2008 yılında da bir değişiklik yapılmıştır, ancak bu değişikliğin gerekçesi, devrin şartlarına ilişkin olup, çalışma konusu sorunla ilgisi bulunmamaktadır.

Sonuç olarak yasama belgelerinden kanun koyucunun sadece devreden ile devralan arasındaki ilişkiye münhasır tutmak istediğine ilişkin bir tespite rastlanmamıştır. Öte yandan kanun koyucunun bir işyerinin 10 kere devredilmesi halinde son devralananın öncekilerin prim borçlarından sorumlu olmamasını amaçladığı söylenebilir mi? Bu soruya da olumsuz cevap verilmelidir. Her şeyden önce devir sözleşmelerinin tarafları devreden işverenin SGK'ya prim borcu olup olmadığını tespit ederek kendilerini güvenceye alabilirler. Dolayısıyla SGK'ya kayıtlı işçiler bakımından devralanlar bu

⁵⁵ Cumhuriyet Senatosu, 3. Dönem 19. Cilt 52. Birleşim, s. 393, (https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/td_v2.goruntule?sayfa_no_ilk=381&sayfa_no_son=481&sayfa_no=393&v_meclis=7&v_donem=3&v_yasama_yili=&v_cilt=19&v_birlesim=052, erişim tarihi: 15.6.2021).

⁵⁶ Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Tasarısı ... ve Komisyon Raporları (1/1008,

1/8,1/14,1/408,1/568,1/571,1/574,2/79,2/151, 2/152, 2/156, 2/196, 2/208, 2/301, 2/313, 2/322, 2/335, 2/423, 2/459, 2/558, 2/593, 2/654), TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 4, Sıra Sayısı: 1139, s. 97 (<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTA-NAK/TBMM/d22/c117/tbmm22117089ss1139.pdf>, erişim tarihi: 16.6.2021).

⁵⁷ Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Tasarısı ... ve Komisyon Raporları, s. 22.

işçiler için işe giriş bildirgesi verilir verilmediğini ve prim borcu ile bağlantılı borç olup olmadığını tespit edebilirler. Öte yandan hizmet tespiti davalarında bir sorun ortaya çıkabilir. Örneğin, ilk devreden tarafından işe girişi geç yapılan bir işçinin, ilk devredende kayıt dışı çalıştığı dönem bakımından sonraki devralanların sorumlu tutulması, acaba kanunun amacına aykırı olacak mıdır? Hemen belirtmek gerekir ki, devralanların bilmedikleri ve tespit edemedikleri prim borcu ile karşılaşmaları, devrin birden fazla yapılması haline münhasır değildir. Buna göre ilk devreden, işe girişi geç yapmışsa, ilk devralan da işyerini devralırken prim borcu olmadığı varsayımından hareket edecektir. Oysa işçi hizmet tespiti davası açıldığında ilk devralan da hiç haberi olmadığı prim borcu ve bağlantılı borçlardan sorumlu olacaktır. Yargıtay bu ihtimalde 5510 sayılı Kanun m. 89'un uygulanmasında sorun görmüyorsa, o zaman birden fazla devir hâlinde de böyle bir sonuç katlanılmaz olmamalıdır.

2. Halefiyetin Sadece Devreden ile Devralan Arasında Olduğu, Sonraki Devralan ile İlk Devreden Arasında Halefiyet Olmadığı Görüşünün Değerlendirilmesi

Daha önce de belirttiğimiz gibi *Aslanköylü*, halefiyetin sadece devreden ile devralan arasında olduğunu, sonraki devralanların da sadece kendisine devredenlerin halefi olabileceğini ileri sürmektedir⁵⁸. Bu görüşün teorik temellerinin zayıf olduğu fikrindeyiz. Öncelikle işyeri devirlerinde prim ve bağlantılı borçların halefiyet ilkesi gereği devralana geçtiği kabul edildikten sonra, sonraki devralanlarda bu halefiyetin neden kesildiği açıklanmamaktadır. Kanunda açık bir düzenleme olmadığı müddetçe, halefiyetin kapsamının bu şekilde daraltılması halefiyet kavramına yabancıdır.

İkinci olarak, halefiyet sadece devreden ile devralan arasında geçerli kabul edilse bile, sonraki devralan zaten, ilk devralanın halef olduğu sorumluluğu devralacaktır. Dolayısıyla ilk devreden borçlarını kapsam dışında tutmak, ilk devralanın aslında halef olmadığını kabul etmek anlamına gelecektir. Esasen bu gerekçe yukarıda alıntılıdığımız Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin, T: 30.6.2016, E: 2014/22939, K: 2016/10908 sayılı kararındaki karşı oyda belirtilmiştir.

Açıklanan sebeplerle halefiyetin sadece devir sözleşmesinin tarafları arasında geçerli olacağı yönündeki gerekçeye de katılamıyoruz.

3. Sonraki Devralanların Sorumluluğunun Bulunmadığının Kabul Edilmesi Şirketler Hukukunda Yapısal Değişiklikler Bağlamında Sorun Doğuracaktır

Konuya ilişkin ulaşabildiğimiz kararlar ve öğreti görüşleri genelde sorunu bir gerçek kişi veya tüzel kişiye ait işyerinin başka bir gerçek veya tüzel kişiye devri ihtimalinden hareket etmektedir. Oysa daha önce belirtildiği üzere öğreti ve yargı kararlarına göre yapısal değişiklikler de 5510 sayılı Kanun md. 89/1'in kapsamına girmektedir. Böyle bir ihtimalde ise sonraki devralanların prim borçlarından sorumlu olmayacağı yönündeki görüş, kanunun amaçlamadığı sonuçlar doğurabilir. Bir örnek vermek gerekirse; A şirketi, B şirketi tarafından birleşme yoluyla devralındığında B şirketi devralan olarak, A şirketinin prim borçlarından sorumlu olacaktır. Ardından B şirketinin C şirketi tarafından devralınması ise ikinci devir işlemi olacaktır. Eğer sonraki devralanlar ilk devreden prim borçlarından sorumlu olmayacak ise, o zaman bu örneklerde Kurumun ödenmeyen prim borçlarını 5510 sayılı Kanun md. 89'a göre talep edebileceği kimse

⁵⁸ *Aslanköylü*, s. 2099.

kalmamaktadır. Zira birleşme sonucunda prim borçlusu şirketin tüzel kişiliği sona ereceği için ilk devreden de ortadan kalkmış olacaktır. Benzer durum tam bölünme hâlinde de geçerlidir.

Dolayısıyla 5510 sayılı Kanun md. 89'un yapısal değişiklikleri de kapsadığını kabul ettikten sonra birden fazla devir halinde son devralanı öncekilerin borçlarından sorumlu tutmamak şeklindeki görüşe de ihtirazi kayıt koymak gerekecektir, aksi halde kanunun amacının tam tersine sonuçlar doğması kaçınılmazdır.

B. İKİNCİ DÖNEM KARARLARI BAKIMINDAN

Yargıtay'ın 2018'den itibaren verdiği kararlarda ise, zincirleme devir hâlinde son devralanın da sorumlu tutulacağına hükmedilmiştir. Hemen belirtelim ki bu kararlarda varılan sonuca katılmakla birlikte gerekçesinin doğru olmadığını düşünmüyoruz. Zira önceki içtihattan dönen bu kararlarda, son devralanın sorumlu tutulmasının gerekçesi muvazaalı devirleri veya kanuna karşı hileyi önlemek, zincirleme devirler yapılarak sorumluluktan kurtulmanın engellenmesi olarak gösterilmiştir. Oysa ticarî hayatta bir işyerinin birden fazla devri her zaman muvazaa veya kanunu dolanmak amacıyla yapılmaz. Birden fazla devir işleminin arkasında ticarî gerekçeler bulunabilir. Bu nedenle Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta son devralan muvazaa veya kanunu dolanma amacı olmadığını ispat

ederse, o zaman bu yeni dönem içtihadı devam edecek midir sorusu, cevapsız kalmaktadır.

Kanımızca olması gereken gerekçe şudur: 5510 sayılı Kanun md. 89/1'in lafzı, gerekçesi ve amacı birlikte değerlendirildiğinde hükümde öngörülen sorumluluğun sadece ilk devredenle ilk devralanı kapsadığını söylemenin mümkün olmadığıdır. Ayrıca halefiyet ilkelerine göre de ikinci devreden de ikinci devralana kendi sorumluluğunu devretmektedir. Dolayısıyla halefiyetin söz konusu hâllerde bu görüşün kabul edilmesinin mümkün olmayacağıdır. Nitekim bireysel iş hukuku⁵⁹ ve ticaret hukuku kapsamında gerçekleşen devirlerde zincirleme devirler kapsam dışında tutulmamıştır. Diğer bir deyişle devredilen işyerinin başka bir kişiye devri halinde, son devralan örneğin ilk devreden işveren yanında doğmuş olan işçilik alacaklarından sorumlu tutulmaya devam etmektedir. Bu nedenle 5510 sayılı kanun md. 89 açısından bireysel iş hukuku ve ticaret hukukundaki devirlerden farklı bir yorum yapmayı gerektirecek durum söz konusu değildir. Bu itibarla "öğreti görüşleri" başlığı altında yer verdiğimiz Yargıtay'ın birinci dönem kararlarını eleştiren görüşlerle aynı yönde sonuca ulaşmakla birlikte, *Müjdat Şakar*'ın da belirttiği üzere zincirleme devirlerde işyerini son devralan işverenin ilk devreden işverenin prim borçlarından sorumlu tutulabilmesi için 'işyeri borcu' gibi yeni kavramlara başvurmaya ihtiyaç bulunmamaktadır.

⁵⁹ Zincirleme işyeri devirleri, bireysel iş hukukunda özellikle birbirini takip eden alt işveren açısından ele alınmaktadır. Çok sayıda Yargıtay kararında muvazaa olmaksızın işçinin değişen alt işverenler yanında çalışmaya devam etmesi halinde, ortaya çıkan uyuşmazlık konusu İK md. 6 hükmü uygulanarak çözüme kavuşturulmaktadır (İlgili Yargıtay kararları için bkz.; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T: 27.10.2020, E: 2017/3607, K: 2020/13473, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T:

15.10.2020, E: 2016/25890 K: 2020/12038, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, T: 09.07.2020, E: 2017/29360, K: 2020/9192, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T: 10.06.2020, E: 2019/22-357, K: 2020/388, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, T: 05.11.2015, E: 2015/27553, K: 2015/30200, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, s.e.t. 24.09.2021).

VII. SONUÇ

Yargıtay'ın 2018 tarihinden sonra vermiş olduğu kararlarda son devralanları da ilk devredenin prim ve bağlantılı borçlarından dolayı 5510 sayılı Kanun md. 89 çerçevesinde sorumlu tutmasının doğru olduğu fikrindeyiz. Ancak Yüksek Daire'nin zincirleme devirlerde sorumluluğun devam etmesine ilişkin kararının gerekçesi; muvazaa veya kanuna karşı hileyi önlemek değil, bizatihi kanuni düzenlemenin lafzı, gerekçesi ve amacının bu sonucu zorunlu kıldığı şeklinde değiştirilmelidir. Yine halefiyetin gündeme geldiği hâllerde halefiyete ilişkin ilkelere de gerekçede yer almalıdır. Son olarak, olması gereken hukuk bakımından, birden fazla devir hâlinde sorumluluğun sınırlandırılması arzu ediliyorsa, bu hususta kanunda bir düzenleme yapılması düşünülebilir.

KAYNAKÇA

- Alp**, Mustafa (2012), ‘Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştiriminin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190)’ Çalışma ve Toplum, S:1, C:6, s. 51-74.
- Arkan**, Sabih (2020) Ticarî İşletme Hukuku, 26. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Aslanköylü**, Resul (2015) Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, Birinci Cilt, Ankara, Bilge Yayınevi.
- Astarlı**, Muhittin (2013), ‘Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı’ Çalışma ve Toplum, S:1, C:36, s. 69-105.
- Balcı**, Mesut & **Yılmaz**, Halil (2014) Sosyal Sigorta Prim Alacaklarının Takip ve Tahsili, 5. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Burckhardt Bertossa**, Jacqueline & **Eichner**, Mark (2012) Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz (hrsg. Vischer, Frank), 2. Auflage, Zürich, Schulthess.
- Cengil**, M. Fatih (2018) Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, Oniki Levha.
- Çelik**, Nuri & **Caniklioğlu**, Nurşen & **Canbolat**, Talat (2020) İş Hukuku Dersleri, 33. Bası, İstanbul, Beta.
- Çelikboya**, Kerem (2017) Ticarî İşletmenin Devri, İstanbul, Oniki Levha.
- Demir**, Kübra (2019), ‘İşyeri Devrinde Devreden ve Devralan İşverenin Sorumluluğu’ Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S:2, C:25, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, s. 653-681.
- Döring**, Rene & **Groß**, Antje (2021) Arbeitsrecht – Stichwortkommentar (hrsg. von Isabella Grobys, Andrea Panzer-Heemeier), 3. Auflage (Edition 16), Baden-Baden, Nomos.
- Ekmekçi**, Ömer & **Yiğit**, Esra (2020) Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul, Oniki Levha.
- Ekonomi**, Münir ‘İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) ve İş İlişkilerine Etkisi’: (2000) Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Ankara, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, s. 325-361.
- Eyrenci**, Öner & **Taşkent**, Savaş & **Ulucan**, Devrim & **Baskan**, Esra (2020) İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, Beta.
- Fischer**, Alexander (2015) Fusionsgesetz, 2. stark überarbeitete Auflage (hrsg. Baker & McKenzie), Bern, Stämpfli.
- Froehner**, Jan (2015), ‘Die Haftung des Erwerbers für rückständige Sozialversicherungsbeiträge beim Unternehmenskauf im Rahmen eines Asset Deals’ GWR, S:10, s. 202-204.
- Guggenbühl**, Markus (2012), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz (hrsg. Vischer, Frank), 2. Auflage, Zürich, Schulthess.
- Gussen**, Heinz: BeckOK Arbeitsrecht (hrsg. Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Mefling, Miriam/Udsching, Peter), 59. Edition, Stand: 01.03.2021, Beck.
- Güzel**, Ali & **Okur**, Ali Rıza & **Caniklioğlu**, Nurşen (2020) Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 18. Bası, İstanbul, Beta.
- Hanselmann**, Petra (2015) Fusionsgesetz, 2., stark überarbeitete Auflage (hrsg. Baker & McKenzie), Bern, Stämpfli.
- Kabakcı**, Mahmut (2019) Sosyal Sigorta Prim Borçlarından Şahsi Sorumluluk, İstanbul, Beta.
- Karabacak**, Ebru (2017) Prim Ödeme Yükümlülüğüne Aykırılığın Hukuki Sonuçları, İstanbul, Legal.

Mollamahmutoğlu, Hamdi & **Astarlı**, Mu-
hittin & **Baysal**, Ulaş (2020) İş Hukuku Ders Kitabı,
Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Lyke-
ion.

Müller-Glöge, Rudi (2020): Münchener
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5,
8. Auflage, Beck, München.

Özkaraca,ERCÜMENT (2008) İşyeri Devrinin
İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki So-
rumluluğu, İstanbul, Beta.

Öztürk, Berna (2016) Türk Sosyal Güvenlik
Hukukunda Primler, Ankara, Turhan Kitabevi.

Roßbach, Gundula (2019): Kommentar zum
Sozialrecht (hrsg. Knickrehm, Sabine/Kreikebohm,
Ralf/Waltermann, Reimund), 6. Auflage, München,
Beck.

Sayış, Begüm (2008) 'İş Hukukunda İşyeri-
nin Devri ve Hukuki Sonuçları' (Yükseklisans) Gazi
Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Senyen Kaplan, E. Tuncay (2019) Bireysel İş
Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi.

Sönmez Tatar, Gülsüm (2011) İşyeri Devri-
nin Kazanılmış Haklara Etkisi, Ankara, TUHİS.

Sözer, Ali Nazım (2019) Türk Sosyal Sigor-
talar Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Beta.

Süzek, Sarper (2020) İş Hukuku, 19. Baskı,
İstanbul, Beta.

Şakar, Müjdat (1995), 'Sosyal Sigortalar Açı-
sından Yargıtay'ın 1993 Yılı Kararlarının Değerlen-
dirilmesi', Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlar-
ının Değerlendirilmesi 1993, İstanbul, MESS Ya-
yını.

Tatar, Gülsüm (2017), 'Sosyal Güvenlik Hu-
kukunda Müteselsil Sorumluluk', Çalışma ve Top-
lum, S:4, C:55, s. 2119-2156.

Tekinalp, Ünal & (**Poroy**, Reha & **Çamoğlu**,
Ersin), (2021) Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku C.
1, 15. Bası, İstanbul, Vedat.

Thiessen, Jan (2021) Münchener Kommen-
tar zum HGB, Band 1 (hrsg. Drescher, Ingo/Flei-
scher, Holger/Schmidt, Karsten), 5. Auflage, Mün-
chen, Beck.

Thomas, Gelzer (2012): Zürcher Kommen-
tar zum Fusionsgesetz (hrsg. Vischer, Frank), 2.
Auflage, Zürich, Schulthess.

Tuncay, A. Can & **Ekmekçi**, Ömer (2019)
Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 20. Bası, İstan-
bul, Beta.

Uşan, Fatih & **Erdoğan**, Canan (2020) İş ve
Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara, Seçkin.

Vossler, Norbert (2021) Handelsgesetzbuch
Kommentar (hrsg. Oetker, Hartmut) 7. Auflage,
München, Beck.

Watter, Rolf/**Büchi**, Raffael (2015) Basler
Kommentar Fusionsgesetz (hrsg. Watter, Rolf/Vogt,
Nedim Peter/Tschäni, Rudolf/Daniel Daeniker), 2.
Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn.

Wildhaber, Isabelle (2011): Das Arbeits-
recht bei Umstrukturierungen, Zürich/Basel/Genf,
Schulthess.

Yenisey, Kübra (2007) İş Hukukunda İşyeri
ve İşletme, İstanbul, Legal.

Yetik, Murat (2018) Sosyal Güvenlik Huku-
kunda Primler ve Prim Teşvikleri, İstanbul, Legal.

Zieglmeier, Christian (2021) Kasseler Kom-
mentar Sozialversicherungsrecht, Werkstand: 113.
EL: 1 März 2021 (hrsg. Körner, Anne/Leitherer,
Stephan/Mutschler, Bernd/Rolfs, Christian), Beck.

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazarlar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarlarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarların katkı oranı %50 - %50'dir.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: *The authors declare that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the authors of the study.*

Contributions Statement: *Authors have contributed 50% - 50% into preparing and writing this study.*

Statement for Support and Appreciation If Any: *None.*

Statement for Conflict of Interest: *None.*

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULUNU TOPLANTIYA ÇAĞRIYA YETKİLİ OLANLAR VE YETKİSİZ KİŞİLERCE YAPILAN ÇAĞRIYLA TOPLANAN YÖNETİM KURULUNDA ALINAN KARARLARIN HUKUKİ AKİBETİ*

THE PERSONS AUTHORIZED TO CALL THE BOARD OF DIRECTORS OF JOINT STOCK COMPANY TO MEETING AND LEGAL FATE OF DECISIONS TAKEN BY THE BOARD OF DIRECTORS COLLECTED BY CALL OF UNAUTHORIZED PERSONS

Dr. Öğr. Üyesi Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY**

ÖZ

Anonim şirket yönetim kurulu, kararlarını toplantı yaparak veya Türk Ticaret Kanunu m. 390.4'teki şartlar mevcutsa toplantı yapmaksızın alabilir. Yönetim kurulunun toplantı yapmak suretiyle geçerli bir şekilde karar alabilmesi için öncelikle kararın alındığı toplantıya çağrının yetkili kişilerce yapılmış olması gerekir.

Bu çalışmada öncelikle yönetim kurulunun toplantı yaparak karar alması durumunda kurulu toplantıya çağrı hususunda yetkili olanın/olanların tespitine ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır. Bu bağlamda, çağrıyı kimin/kimlerin yapabileceği, özellikle yönetim kurulu üyelerinin doğrudan çağrı yapabilecekleri durum ve şartların mevcut olup olmadığı, üyelere doğrudan çağrı yetkisi tanıyan düzenlemeler yapılmasının mümkün olup olmadığı ve bu düzenlemelerin yapılmasında hangi organın/organların yetkili olabileceği meseleleri öğretilerde görüşler de ortaya konulmak suretiyle ele alınıp açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır.

Yönetim kurulunu toplantıya çağrı hususunda yetkili olanın/olanların belirlenmesinin ardından yetkisiz kişilerce yapılan çağrı üzerine toplanan yönetim kurulunda alınan kararların hukuki akıbetinin ne olacağı, diğer bir deyişle anılan kararların butlanla mı yoksa yoklukla mı malul olacağı öğretilerde görüşler ve yargı kararları çerçevesinde mercek altına alınacak ve bu hususta değerlendirmeler yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yönetim kurulu, yönetim kurulu başkanı, yönetim kurulunu toplantıya çağrıya yetkili olanlar.

ABSTRACT

The board of directors of joint stock company can take decisions by holding a meeting or -if the conditions stipulated in Turkish Commercial Code Art. 390.4 are present- decisions can be taken without holding a meeting. In order for the board of directors to take a valid decision by holding a meeting, first of all, the call for the meeting where the decision is taken must be made by authorized persons.

In this study, first of all, in case the board of directors takes decision by holding a meeting, evaluations will be made regarding the determination of who is/are authorized to call the board meeting. In this context, the issues of who can make the call, especially whether there exist situations and conditions where the members of the board of directors can make a call directly, whether it is possible to make arrangements that give direct call to the members, and which body/s may be authorized to make these arrangements will be discussed and clarified by revealing the opinions in the doctrine.

Following the determination of the authorized/s to convene the board of directors for a meeting, the legal fate of the decisions taken by the board of directors convened upon the call made by unauthorized persons, in other words, whether the aforementioned decisions will result in nullity or absence, will be scrutinized within the framework of the views put forward in the doctrine and judicial decisions and evaluations will be made in this regard.

Keywords: Board of directors, chairman of the board of directors, the persons authorized to call the board of directors to meeting.

* (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 21.01.2022 / Kabul Tarihi: 01.04.2022).

** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı (ilbasmis@erciyes.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-0560-4498).
Atıf/Citation: **İlbasmış Hizlisoğ**, Özlem (2022), "Anonim Şirket Yönetim Kurulunu Toplantıya Çağrıya Yetkili Olanlar ve Yetkisiz Kişilerce Yapılan Çağrıya Toplanan Yönetim Kurulunda Alınan Kararların Hukuki Akıbeti" (2022), TFM, C:8, S:1, s. 115-141.

I. GİRİŞ

Anonim şirket kural olarak yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil olunur (TTK m. 365.1). Anonim şirketin yönetim kurulu bir veya birden fazla kişiden oluşabilir (TTK m. 359.1) ve kurul üyelerinin sayısı ile bu üyelerden şirket adına imza koymaya yetkili olanlar esas sözleşmeye yazılır (TTK m. 339.1.g).

Yönetim kurulu üyeleri, esas sözleşmeyle atanır¹ veya genel kurul tarafından² seçilir (TTK m. 359.1)³. Yönetim kurulu her yıl üyeleri arasından bir başkan ve başkan bulunmadığı zamanlarda başkana vekâlet etmesi için en az bir başkan vekili seçer (TTK m. 366.1, c. 1). Esas sözleşme ile başkanın ve/veya başkan vekilinin genel kurul tarafından seçilmesi öngörülebilir (TTK m. 366.1, c. 2). Esas sözleşmeye bu yönde bir hüküm konulmuşsa, başkan ve/veya başkan vekilini artık yönetim kurulu değil, genel kurul belirleyecektir.

Yönetim kurulu ve kendisine bırakılan alanda yönetim, yasa ve esas sözleşme gereğince genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan bütün iş ve işlemler ile ilgili karar almaya yetkilidir (TTK m. 374.1)⁴.

Hatırlatmakta fayda vardır ki yönetim kavramı, görevler ve yetkiler bütünü (işlev) ile bu görev ve yetkileri (işlevi) yerine getiren örgütün adı olmak üzere iki ayrı anlama sahiptir⁵. TTK m. 374.1'de geçen “*şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar al[ınması]*” yönetim kavramının birinci anlamını⁶, hükmün başında geçen “[y]önetim kurulu ve kendisine bırakılan alanda yönetim” ifadesindeki yönetim ise ikinci anlamı karşılar⁷.

II. YÖNETİM KURULUNUN KARAR ALMASI

Anonim şirkette yönetim faaliyeti, şirket işlerinin yürütülmesinin yanında şirket amacına erişilebilmesi için gerekli kararlarının alınmasını kapsar⁸. Bu bağlamda, anonim şirket yönetim kurulunun karar almadan icra edebileceği, şirketin işleyebilmesi için asgari ve zorunlu nitelikte olan (*bilanço ve yıllık raporların düzenlenmesi gibi*) birtakım işleri bulunmakla birlikte, bunlar haricindeki görevlerini yerine getirebilmesi için karar alması gereklidir⁹.

¹ İlk yönetim kurulu üyeleri esas sözleşmeyle atanırlar (TTK m. 339.3).

² Yönetim kurulu üyelerinin seçimine ilişkin genel kurul kararı kural olarak olağan (basit/adi) toplantı ve karar yeter sayılarına (TTK m. 418) uygun şekilde alınır [Kırca, İsmail/Şehirli Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar (2013) Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 415; Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan (2020) Şirketler Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Bursa, Dora, s. 273].

³ Yönetim kurulu üyelerinin atanmaları hususunda ayrıca bkz. TTK m. 334.1 ve m. 363.1.

⁴ Yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri için bkz. TTK m. 375.1.

⁵ Tekinalp, Ünal (2015) Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 237-239; Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, C. 1, s. 527-528.

⁶ Bu anlamıyla yönetim, esasen sadece karar alınmasını değil, alınan kararların icra edilmesini de kapsar. Bkz. Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, C. 1, s. 527-528.

⁷ İbid.

⁸ Çamoğlu, Ersin/Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal (2019) Ortaklıklar Hukuku I, 14. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 371; Teoman, Ömer (2001) Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Toplantı Yapmaksızın Karar Alması (TTK. m. 330, f. 2), Otuz Yıl Ticaret Hukuku -Tüm Makalelerim-, Cilt: II, 1982-2001, İstanbul, Beta, s. 487; Bahtiyar, Mehmet (2020) Ortaklıklar Hukuku, 14. Baskı, İstanbul, Beta, s. 219-220.

⁹ Çamoğlu/Poroy/Tekinalp, s. 372; Teoman, s. 487; Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 220; Akdağ Güney, Necla (2016) Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 247.

Yönetim kurulu, kararlarını toplantı yaparak veya toplantı yapmaksızın alabilir¹⁰. Yönetim kurulunun TTK m. 390.4'te anılan yöntemle karar alması, öğretide farklı şekillerde ifade edilmektedir. Bu hususta tercih edilen başlıca terimler, “*yönetim kurulunun toplantı yapmaksızın karar alması*”, “*önerinin yazılı olarak kabulü sureti ile karar alınması*”, “*öneriye yazılı onay alınmak yoluyla karar alınması*” ve “*elden dolaştırma yoluyla karar*”dır¹¹. TTK m. 390.4 gereğince yönetim kurulunun bu yöntemle karar alabilmesi için üyelere hiçbir toplantı yapılması isteminde bulunmamalı, öneri karar şeklinde yazılmış ve tüm üyelere yapılmış olmalı, onaylar yazılı olmalı ve -onayların aynı kâğıtta bulunması şart olmamakla birlikte- onay imzalarının bulunduğu kâğıtların tümü yönetim kurulu karar defterine yapıştırılmalı veya kabul edenlerin imzalarını içeren bir karara dönüştürülüp karar defterine geçirilmelidir¹². Müzakere konusunu karara bağlamak için gerekli yetersayı ise hükümde en az üye tamsayısının çoğunluğu olarak belirlenmiştir.

Yönetim kurulunun toplantı yaparak karar alması hususunda öncelikle toplantıya çağrı ile ilgili

olarak ifade etmek gerekir ki, yönetim kurulunu kural olarak başkan, başkanın bulunmadığı zamanlarda ise başkan vekili (TTK m. 366.1) toplantıya çağırır¹³. Bu sonuca gerek TTK m. 392.7'den¹⁴ gerekse başkanlık makamının ihdasından¹⁵ yola çıkılarak varılmaktadır. Yönetim kurulu üyeleri ise başkan-dan yönetim kurulunu toplantıya çağırmasını yazılı olarak talep edebilirler (TTK m. 392.7).

Yönetim kurulu toplantılarına çağrının şekli ve süresi hususlarında özel bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır¹⁶. Dolayısıyla şirket içi düzenlemelerde farklı belirlenmemişse çağrı şekle bağlı değildir¹⁷. Hâl böyle olunca, çağrının toplantıdan haberdar olunmasını sağlayacak ve uyumsuzluk hâlinde ispatlanabilecek bir biçimde yapılması yeterlidir¹⁸. Çağrı için *telefon, telgraf, e-posta, mektup, noter, hazır bulunan üyeye sözlü olarak söyleme* gibi araçlardan hangisinin kullanılacağı hususunda ispata ilişkin sorunları da dikkate alarak çağrıyı yapacak kişi karar verecektir¹⁹. Yine çağrı, dürüstlük kuralına ve somut olayın özelliklerine uygun şekilde

¹⁰ Tek kişilik yönetim kurulunda karar alınabilmesi için ise toplantı yapılmasına ihtiyaç yoktur (**Çamoğlu/Poroy/Tekinalp**, s. 372).

¹¹ Terimler hususunda bkz. **Teoman**, s. 488-489; **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 489; **Pulaşlı**, Hasan (2018) Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 1321; **Çamoğlu/Poroy/Tekinalp**, s. 377.

¹² Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 490 vd.

¹³ **Çamoğlu/Poroy/Tekinalp**, s. 372; **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 483; **Tekinalp**, s. 266; **Pulaşlı**, Şerh C. II, s. 1313; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 221; **Şener**, Oruç Hami (2019) Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 402; **Bilgili/Demirkapı**, s. 287; **Hamamcıoğlu**, Esra (2021) 'Yargıtay Kararları Işığında Bir veya Birkaç Yönetim Kurulu Üyesine Toplantı Davetinin Hiç ya da Kararlaştırılan Usule Uygun Yapılmamasının Sonuçları', Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 197-198, C: 16, s. 126-127.

¹⁴ **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 483; **Tekinalp**, s. 266; **Şener**, Ortaklıklar, s. 401-402; **Hamamcıoğlu**, s. 126.

¹⁵ **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 483.

¹⁶ **Çamoğlu/Poroy/Tekinalp**, s. 373; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 221; **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 482, 486; **Bilgili/Demirkapı**, s. 288; **Tekinalp**, s. 266; **Akdağ Güney**, s. 247. Bu tercihin sebebinin toplantının yapılmasını şekil kurallarıyla zorlaştırmama olduğu yönünde bkz. **Tekinalp**, s. 266. Bu gerekçenin yanında bu durumun şirketlerin kendi ihtiyaçları ve özelliklerini dikkate alarak kendi usullerini belirlemelerinin daha isabetli olacağı tercihinden kaynaklanabileceği yönünde bkz. **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 482. Yine, TTK'da çağrı şekli konusunda özel bir hüküm bulunmamasının şirketlerin kendi ihtiyaçlarına uygun şekilde düzenleme yapmalarına imkân sağladığı yönünde bkz. **Akdağ Güney**, s. 247.

¹⁷ **Çamoğlu/Poroy/Tekinalp**, s. 373; **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 486; **Akdağ Güney**, s. 247.

¹⁸ **Çamoğlu/Poroy/Tekinalp**, s. 373; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 221; **Bilgili/Demirkapı**, s. 288.

¹⁹ **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 486.

belirlenecek bir süre öncesinden de yapılmalıdır²⁰. Bilindiği üzere, yönetim kurulu toplantılarında gündeme bağlılık ilkesi geçerli değildir²¹. Buna karşın, çağrıda gündem belirtilmelidir²².

Öte yandan ifade etmekte fayda vardır ki, çağrının yapılmamış olmasına karşın yönetim kurulu üyelerinin tamamının hazır bulunması ve bunlardan hiçbirinin itiraz etmemesi şartıyla toplantı - çağrısız genel kurulda (TTK m. 416) olduğu gibi çağrısız da yapılabilir²³.

Yönetim kurulu toplantısında her üyenin bir oy hakkı bulunmaktadır²⁴. Yönetim kurulu kararların geçerli olabilmesi için yazılıp imza edilmiş olmaları gerekir (TTK m. 390.5).

Bu arada eklemek gerekir ki, TTK m. 1527.1 hükmü ile anonim şirketlerde elektronik yönetim kurulu toplantısı yapma imkânı getirilmiştir²⁵.

Yönetim kurulunun toplantı ve karar yeter sayılarına gelince, esas sözleşmede aksine ağırlaştırıcı bir düzenleme bulunmadığı takdirde, yönetim kurulunun toplantı yetersayısı üye tam sayısının çoğunluğu, karar yetersayısı ise toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğudur (TTK m. 390.1, c. 1). Yönetim kurulunun elektronik ortamda yapılması durumunda da aynı yetersayılar geçerlidir (TTK m.

390.1, c. 2). Oylar eşit olursa o konu gelecek toplantıya bırakılır ve ikinci toplantıda da eşitlik olursa bu öneri reddedilmiş sayılır (TTK m. 390.3).

III. YÖNETİM KURULUNU TOPLANTIYA ÇAĞRIYA YETKİLİ OLAN/OLANLAR

A. YÖNETİM KURULU BAŞKANI VE BAŞKAN VEKİLİ

Yönetim kurulunu toplantıya çağırma yetkisi ilke olarak başkanda, başkanın bulunmadığı zamanlarda ise başkan vekilindedir; yönetim kurulu üyeleri başkandan kurulu toplantıya çağırmasını talep edebilirler (TTK m. 392.7). Dolayısıyla çağrı hususunda asıl yetkili olan yönetim kurulu başkanı, çağrıya ya kendi inisiyatifiyle ya da üyelerden birinin talebi üzerine yapar²⁶.

B. YÖNETİM KURULU ÜYELERİ

1. Üyelerin TTK m. 392.7 Bağlamında Toplantıya Çağrı Yapılmasını Talep Hakkı

Yönetim kurulu üyeleri ancak yönetim kurulu başkanına başvurmak, diğer bir deyişle

²⁰ Çamoğlu/Poroy/Tekinalp, s. 373; Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 221; Bilgili/Demirkapı, s. 288.

²¹ Çamoğlu/Poroy/Tekinalp, s. 375; Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, C. 1, s. 484; Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 221; Bilgili/Demirkapı, s. 287.

²² Çamoğlu/Poroy/Tekinalp, s. 375; Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, C. 1, s. 486; Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 221. Kural olarak toplantıya çağrıyı yapan, toplantının gündemini de belirler (Çamoğlu/Poroy/Tekinalp, s. 375; Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 221; Bilgili/Demirkapı, s. 287).

²³ Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, C. 1, s. 487. Çağrının yapılmış olup olmaması dikkate alınmaksızın yönetim kurulu üyelerinin tamamının fiziki veya elektronik ortamda katılımıyla yapılan toplantılarda alınan kararların geçersizliğinin ileri sürülemeyeceği yönünde bkz. Çamoğlu/Poroy/Tekinalp, s. 373.

²⁴ Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 221; Şener, Ortaklıklar, s. 404; Bilgili/Demirkapı, s. 288. Yönetim kurulu üyeleri birbirlerini temsilen oy kullanamayacakları gibi, toplantılara vekil vasıtasıyla da katılamazlar (TTK m. 390.2).

²⁵ TTK m. 1527.1, c. 1'e göre, "[ş]irket sözleşmesinde veya esas sözleşmede düzenlenmiş olması şartıyla, sermaye şirketlerinde yönetim kurulu ve müdürler kurulu tamamen elektronik ortamda yapılabileceği gibi, bazı üyelerin fiziken mevcut oldukları bir toplantıya bir kısım üyelerin elektronik ortamda katılması yoluyla da icra edilebilir." Bu durumlarda Kanunda veya esas sözleşmede öngörülen toplantı ve karar yeter sayılarına ilişkin hükümler aynen uygulanır (TTK m. 1527.1, c. 2).

²⁶ Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, C. 1, s. 483.

başkandan toplantı talebinde bulunmak suretiyle çağrı yapılmasını sağlayabilirler (TTK m. 392.7).

Yönetim kurulu üyelerinin başkandan kurul toplantıya çağrılmasını talep etme hakkı, TTK'nın "3. Bilgi alma ve inceleme hakkı" başlıklı 392. maddesinin yedinci fıkrasında düzenlenmiştir. TTK m. 392.7'ye göre "[h]er yönetim kurulu üyesi başkandan, yönetim kurulunu toplantıya çağırmasını yazılı olarak isteyebilir." Bu düzenleme tarzı öğretide, anılan hakkın bilgi alma ve inceleme hakkıyla doğrudan bir bağlantısının mevcut olmaması nedeniyle haklı olarak eleştirilere konu olmuştur²⁷. Bu bağlamda, söz konusu hakkın, *Kırca* ayrı bir maddede yahut 390. maddede düzenlenmesinin²⁸; *Şener* ise 390. maddeden önce yer almasının²⁹ daha isabetli olabileceğini dile getirmişlerdir.

TTK m. 392.7 hükmünün 6762 sayılı TTK'daki karşılığı ise "2. Azaların hakları:" başlıklı 331. maddenin ikinci fıkrasıydı. 6762 sayılı TTK m. 331'in birinci fıkrasında yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme hakkı hükme bağlanmışken, ikinci fıkrasında her üyenin yönetim kurulunun toplantıya çağrılmasını başkandan yazılı olarak talep edebileceği düzenlenmişti. TTK m. 392.7'nin gerekçesinde de vurgulandığı gibi, TTK m. 392.7'nin esas itibarıyla 6762 sayılı TTK m. 331.2'nin tekrarı olduğu açıktır. Ancak bu noktada farklılık olarak iki hükmün madde başlıklarına dikkat çekmekte fayda vardır. Hemen belirtelim ki, 6762 sayılı TTK m. 331'in başlığı "2. Azaların hakları:" iken, TTK m. 392'nin başlığı "3. Bilgi alma ve inceleme hakkı"dır.

Üyelerin başkandan yönetim kurulunun toplantıya çağrılmasını talep etme hakkı mehz

hukuk açısından ele alınacak olursa, 6762 sayılı TTK'nın "2. Azaların hakları:" başlıklı 331. maddesinin ikinci fıkrasının mehzarı olan 1936 tarihli İsvBK'nın üyelerin hakları başlıklı 713. maddesinin ikinci fıkrasında her yönetim kurulu üyesinin başkandan yönetim kurulunun toplantıya çağrılmasını yazılı olarak isteyebileceği düzenlenmişti. O hâlde anılan hükmün 6762 sayılı TTK m. 331.2'nin kaynağı olmasının yanı sıra bu hükmün -madde başlıklarındaki farklılık bir kenara bırakılırsa- TTK m. 392.7 ile de esas itibarıyla aynı olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Öte yandan, İsvBK'da 1991 yılında yapılan değişikliklerden sonra, bilgi alma ve inceleme hakkı m. 715a'da; üyelerin toplantıya çağrıyı talep hakkı ayrı bir maddede, çağrı hakkı başlıklı m. 715'te hükme bağlanmıştır. İsvBK m. 715'e göre, yönetim kurulunun her üyesi *sebeplerini bildirerek* başkandan *geciktirmeksizin* toplantıya çağrı yapmasını talep edebilir. 1991 yılındaki değişikliklerle, konuya ilişkin olarak üç hususta değişikliğe gidildiği göze çarpmaktadır. Şöyle ki, 1936 tarihli İsvBK m. 713.2'de üyenin toplantıya çağrı talebini başkana *yazılı olarak* ileteceği belirtilmişken, İsvBK m. 715'te *yazılı olarak* ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. 1936 tarihli İsvBK m. 713.2'den farklı olarak İsvBK m. 715'te üyenin toplantıya çağrı talebini *sebeplerini bildirerek* yapacağı hükme bağlanmıştır. Nihayet İsvBK m. 715'te üyenin başkandan *geciktirmeksizin/derhal* çağrı yapmasını talep edebileceği düzenlenmiştir.

Üyelerin toplantıya çağrıyı talep hakkı, onların özen ve bağlılık yükümlülükleri (TTK m. 369) ve sorumlulukları (TTK m. 453) ile bağlantılıdır³⁰.

²⁷ *Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat*, C. 1, s. 483, dpn. 263; *Şener*, Ortaklıklar, s. 401, dpn. 102.

²⁸ *Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat*, C. 1, s. 483, dpn. 263.

²⁹ *Şener*, Ortaklıklar, s. 401, dpn. 102.

³⁰ *Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat*, C. 1, s. 483-484; *Çoştan, Hülya* (2012) 'Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri, Oy Hakkı, Yetersayılar ve Toplantı Talep Hakkı', Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S: 3, C: XXVIII, s. 163; *Hamamcioğlu*, s.

Şöyle ki, yönetim kurulu üyesi, bu yükümlülüklerini yerine getirebilmek için tüm imkânlarla sahip olmalıdır; bunun için kurulda müzakere yapılmasını, karar alınmasını veya oylama yapılmasını gerekli görüyorsa, sorumluluk davalarından kurtulmak için yönetsel zorlaştırmalar olmadan ve zaman kaybetmeden yönetim kurulu toplantısı yapılmasını sağlama olanağına sahip olmalıdır³¹. Hâl böyle olunca, üyenin toplantıya çağrısı talep hakkı aynı zamanda bir görev olduğu için üye bu hakkından vazgeçemez³². Keza anılan hak kaldırılamaz³³ ve sınırlandırılmaz³⁴. Bu bağlamda, üyenin toplantıya çağrısı talep hakkına *belirli gündem maddelerinin mevcudiyetinde kullanma*³⁵, *belli sayıda üyenin birlikte kullanması*³⁶ veya *önemli sebeplerin mevcudiyetinde kullanma*³⁷ gibi sınırlandırmalar getirilebilmesi mümkün değildir.

Tereddüde mahal vermemek açısından vurgulamakta fayda vardır ki, üyenin toplantıya çağrısı talep hakkı, yapılacak toplantının gündemine madde eklenmesini talep hakkını da ihtiva eder³⁸.

TTK m. 392.7'de üyenin toplantıya çağrı talebini başkana yazılı şekilde iletileceği düzenlenmiştir³⁹. Talebin yazılı yapılmasının ispat bakımından önem arz ettiği, dolayısıyla talep sözlü yapıldığında başkanın bu talebin gereğini yerine getirmesinde hukuken hiçbir engel bulunmadığı söylenebilir⁴⁰ de talep başkana yazılı değil de sözlü olarak iletildiği takdirde başkanın bu talebi kabul etmek durumunda kalmayacağı, yani başkanın talebi Kanun hükmünü gerekçe göstermek suretiyle dikkate almama ihtimali ve imkânı da hesaba katılmalıdır⁴¹.

Öte yandan, TTK m. 392.7 hükmünde, üyenin başkana toplantıya çağrı talebini iletirken talebi gerekçelendirilmesinin veya toplantıda görüşülmesini istediği konuları belirtmesinin gerekli olduğu yönünde bir ifade bulunmamaktadır⁴². Buna karşılık öğretide, başkanın yönetim kurulunu toplantıya çağırırken işin niteliği gereği görüşülecek konuları bildirmesi nedeniyle, başkandan kurulun toplantıya çağrılmasını talep eden üyenin de çağrı talebinde toplantıda görüşülmesini istediği konuları

128. İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Wernli, Martin/Rizzi**, Marco A., Basler Kommentar Obligationenrecht II Art. 530-964 OR inkl. Schlussbestimmungen (Hrsg. Honsell/Vogt/Watter) (2016), 5. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, Art. 715, N. 3.

³¹ **Wernli/Rizzi**, Art. 715 N. 3.

³² **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 484; **Çoştan**, s. 163; **Hamamcioğlu**, s. 128.

³³ **Çoştan**, s. 163; **Hamamcioğlu**, s. 128.

³⁴ **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 484; **Çoştan**, s. 163; **Hamamcioğlu**, s. 128.

³⁵ **Çoştan**, s. 163; **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 484; **Hamamcioğlu**, s. 128-129.

³⁶ **Çoştan**, s. 163; **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 484.

³⁷ **Çoştan**, s. 163; **Hamamcioğlu**, s. 128-129.

³⁸ **Forstmoser**, Peter/**Meier-Hayoz**, Arthur/**Nobel**, Peter (1996) Schweizerisches Aktienrecht, Bern, Verlag Stämpfli, Cie AG, s. 355; **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 484; **Çoştan**, s. 163. Bu sonuca "*çoğun içinde az da*

vardır"kuralından varılabileceği hususunda bkz. **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 484. Bu hususta ayrıca bkz. ve karşı azınlığın yönetim kurulundan genel kurulu toplantıya çağırmasını veya zaten toplanacak genel kurulda karara bağlanmasını istedikleri konuları gündeme koymasını talep edebileceklerini açıkça belirten TTK m. 411.1, c. 1 hükmü.

³⁹ Bkz. ve karşı İsvBK m. 715. Bu hususta ayrıca bkz. ve karşı azınlığın yönetim kurulundan genel kurulu toplantıya çağırmasını yazılı olarak talep edebileceklerini düzenleyen TTK m. 411.1, c. 1 hükmü ve çağrı talebinin noter aracılığıyla yapılacağına ilişkin TTK m. 411.3 hükmü.

⁴⁰ **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 484.

⁴¹ **Şener**, Ortaklıklar, s. 402; **Hamamcioğlu**, s. 128. Ayrıca böyle bir durumda, yani başkan şartlar oluşmadığı için talebi reddettiğinde ve reddin de haklı olması koşuluyla üyenin bizzat yönetim kurulunu çağırma hakkının doğmacağı yönünde bkz. **Şener**, Ortaklıklar, s. 402.

⁴² Bkz. ve karşı İsvBK m. 715. Bu hususta ayrıca bkz. ve karşı azınlığın yönetim kurulundan genel kurulu toplantıya çağırmasını gerektirici sebepleri ve gündemi belirterek talep edebileceklerini düzenleyen TTK m. 411.1, c. 1 hükmü.

bildirmesinin yerinde olacağı belirtilmektedir⁴³. Hatta bazı yazarlar, üyenin talebinde toplantıda görüşülmesini istediği konuları ve/veya talebin gerekçesini belirtmesinin gerekli olduğu düşüncesindedirler⁴⁴.

Gerek çağrının gerekse toplantının, üyenin toplantıya çağrı talebinin başkan tarafından kabülünden itibaren hangi süre içerisinde yapılması gerektiği hususunda Kanunda bir düzenleme yer almamakla birlikte, dürüstlük kuralı ve somut olayın özellikleri çerçevesinde çağrının mümkün olduğu kadar çabuk, yine toplantının da uygun bir sürede yapılması gerekir⁴⁵.

Üyenin toplantıya çağrı talebini alan başkan, esasen talebin yerindeliğini, toplantının yapılmasına gerek olup olmadığını değerlendirmeye tabi tutmaksızın kurulu toplantıya çağırmalıdır⁴⁶. Bunun istisnası ise, talebin hakkın açıkça kötüye kullanılması (TMK m 2.2) teşkil ettiği durumlardır⁴⁷.

TTK m. 392 hükmünde, üyenin toplantıya çağrı talebinin başkan tarafından reddedildiği durumda başvurabileceği yollara ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır⁴⁸. Oysaki aynı maddede düzenlenen bilgi alma ve inceleme hakkı ile ilgili olarak, bilgi alma ve inceleme talebi reddedilen üyenin konuyu iki gün içinde yönetim kuruluna getireceği, kurulun toplanamaması veya bu istemi

⁴³ **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 484. *Çoştan*ise TTK m. 392.7 hükmünde üyenin başkana yapacağı toplantıya çağrı talebinde toplantı yapılmasını gerektiren sebeplere yer vermesinin şart koşulmadığını kabul etmekle birlikte, talebin gerekçeli olmasını gerektiren nedenleri saymaktadır (s. 164-165). 6762 sayılı TTK döneminde, üyelerin toplantı talep ettiklerinde *toplantının sebebini ve gündemini* yönetim kurulu başkanına verecekleri yönünde bkz. **Yasaman**, Hamdi (2002) 'Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Toplantıya Çağırılması ve Toplantı Yeter Sayısı', *Yaklaşım*, S: 117, Yıl: 10, s. 23.

⁴⁴ *Şener*, üyenin talebinde belirtilmesi gerekli husus olarak *nelerin görüşülmesi gerektiğinden/ gerektirici sebeplerden* bahsetmektedir (Ortaklıklar, s. 402). *Çamoğlu*, üyenin kural olarak talebinin gerekçesini ve toplantının gündemini belirtmesinin gerektiği, fakat gündemin belirtilmesi kaydıyla gerekçe gösterilmese dahi başkanın bu talebi yerine getirmek zorunda olduğu (**Çamoğlu/Poroy/Tekinalp**, s. 373), dolayısıyla üyenin talebinde *görüşülmesini istediği konuları (gündemi)* belirtmesinin gerekli olduğu (**Çamoğlu/Poroy/Tekinalp**, s. 375) düşüncesindedir. *Pulaşlı* ise, üyenin talebinde *toplantıda nelerin görüşüleceğini ve çağrının gerekçesini* belirtmesinin gerekli olduğunu belirtmektedir (Şerh C. II, s. 1313).

⁴⁵ **Çoştan**, s. 165. Bu hususta bkz. ve karşı. İsvBK m. 715. Yukarıda ifade edildiği gibi, İsvBK m. 715'te de belirli bir süre öngörülmemiş olmakla birlikte, üyenin başkandan *gecikmeksizin/derhal* çağrı yapmasını talep edebileceği düzenlenmiştir. Bu hususta ayrıca bkz. ve karşı. azınlığın genel kurulu toplantıya çağrı talebinin yönetim kurulu tarafından kabul edildiği takdirde genel kurulun en geç kırk beş gün içinde yapılacak şekilde toplantıya çağrılacağını, aksi durumda çağrının istem sahiplerince yapılacağını düzenleyen TTK m. 411.4 hükmü.

⁴⁶ **Çoştan**, s. 165-166; **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 485; **Hamamcioğlu**, s. 129. Gerekçe gösterilmemiş olsa

bile gündemin belirtilmesi şartıyla üyenin çağrı talebini başkanın yerine getirmek zorunda olduğu yönünde bkz. **Çamoğlu/Poroy/Tekinalp**, s. 373.

Aksi takdirde, başkanın sorumluluğu (TTK m. 553.1) gündeme gelebilecektir (**Çoştan**, s. 166; **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 485; **Hamamcioğlu**, s. 130). Keza toplantıyı savsaklaması nedeniyle şirketin zarara uğradığı hallerde başkanın TTK m. 553 vd. hükümleri çerçevesinde sorumluluğunun söz konusu olabileceği yönünde bkz. **Çamoğlu/Poroy/Tekinalp**, s. 373. Ayrıca başkanın bu husustaki çekince veya itirazlarını esasen toplantıda ifade etmesi gerektiği yolunda bkz. **Çoştan**, s. 166; **Hamamcioğlu**, s. 129.

Öte yandan, TTK m. 392.7'de "*Başkan yönetim kurulunu toplantıya çağırır.*" yolunda bir hükmün bulunmayışının, yönetim kurulu üyelerinin toplantı talebini başkanın takdirine bağlı bir "*temenni*"ye indirgelediği yönünde bkz. **Moroğlu**, Erdoğan (2016) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (Başlangıç Hükümleri, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak ve Son Hükümler), Değerlendirme ve Öneriler, 8. Baskı, İstanbul, Onikilevha, s. 201.

⁴⁷ **Çoştan**, s. 166; **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 485; **Hamamcioğlu**, s. 129. Hakkın açıkça kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilecek durumlar için ayrıca bkz. **Çoştan**, s. 166. Toplantıya çağrı talebinin kötüye kullanıldığı durumlarda talepte bulunan üyenin sorumluluğu doğabilecektir (**Çoştan**, s. 166, dph. 56).

⁴⁸ Başkanın çağrı hususundaki yetkisini ve görevini kötüye kullanması, özellikle toplantı talebini yerine getirmemesi durumunda ne yapılabileceği konusunda Kanunda olumsuz bir boşluk olduğu ve bu boşluğun üyelere çekişmesiz yargı yolu ile toplantı kararı alabilme olanağını verecek bir kanuni düzenlemeyle doldurulması gerektiği yönünde bkz. **Çamoğlu/Poroy/Tekinalp**, s. 373.

reddetmesi durumunda ise üyenin şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine başvurabileceği (f. 4) hükme bağlanmıştır⁴⁹. Hâl böyle olunca, üyenin toplantıya çağrı talebi reddedildiğinde hangi yollara başvurulabileceği hususunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bu konuda ileri sürülen görüşleri esas itibarıyla üç grup altında toplamak mümkündür.

Birinci görüş, böyle bir durumda talebi reddedilen üyenin kendisinin kurulu toplantıya çağırabileceği yönündedir⁵⁰.

İkinci görüşe göre, toplantıya çağrı talebi başkan tarafından reddedilen üye mahkemeye başvurabilir⁵¹. Bu görüş taraftarlarından *Coştan*, çağrı talebi başkan tarafından reddedilen üyenin bu talebin yerine getirilmesini sağlamak üzere eda davası açması gerektiği görüşünü paylaşmaktadır⁵². Yazara göre, bu dava sonunda hâkim, başkanın çağrıyı yapmakla yükümlü olduğuna karar vermeli, gerekli gördüğü hallerde ise TTK m. 412'yi kıyasen uygulayarak çağrıyı yapması için kayyım atayabilmelidir⁵³.

Bizim de katıldığımız üçüncü görüş ise, bu durumda TTK m. 390.4'teki olanaktan yararlanılabileceği, öneriye yazılı onay alınmak suretiyle, yani

toplantı yapılmaksızın karar alınabileceği yönündedir⁵⁴. Ayrıca red durumunda üyeler *-esas sözleşmede başkan ve başkan vekilinin seçimi hususunda genel kurulun yetkilendirilmesi durumu hariç olmak üzere-* anılan yöntemle başkan veya başkan vekilini azlederek yenisini de seçebileceklerdir, zira bu yolda önemli olan azledilecek kişinin red oyu vermesi değil de TTK m. 390.4'teki koşullara uyulmuş olmasıdır⁵⁵.

2. Üyelerin Doğrudan Toplantıya Çağrı Yapıp Yapamayacağı ve Üyelere Doğrudan Çağrı Yetkisinin Tanınıp Tanınmayacağı Meseleleri

Yukarıda ayrıntılarıyla ele alındığı üzere, yönetim kurulu üyeleri kural olarak ancak yönetim kurulu başkanına başvurmak, diğer bir deyişle başkandan toplantı talebinde bulunmak suretiyle çağrıyı sağlayabilirler (bkz. TTK m. 392.7). O hâlde, yönetim kurulu üyelerinin kural olarak yönetim kurulu doğrudan toplantıya çağrı yetkisi bulunmamaktadır.

Bu başlık altında incelenecek birinci mesele, yönetim kurulu üyelerinin doğrudan çağrı hakkının doğabileceği istisnai durumların söz konusu olup olmayacağıdır.

⁴⁹ Bu hususta ayrıca bkz. ve karş. pay sahiplerinin genel kurulu toplantıya çağrı talebinin yönetim kurulu tarafından reddedildiği veya talebe yedi iş günü içinde olumlu cevap verilmediği takdirde, aynı pay sahiplerinin başvurusu üzerine genel kurulun toplantıya çağrılmasına şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinin karar verebileceğini düzenleyen TTK m. 412.1 hükmü.

⁵⁰ **Pulaşlı**, Şerh C. II, s. 1315; **Şener**, Ortaklıklar, s. 403; **Turanlı**, Hüsnü (2013) 'Yeni Türk Ticaret Kanunu Işığında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1-2, C: XVII, s. 944. 6762 sayılı TTK döneminde bu görüş için bkz. **Arsılanlı**, Halil (1960) Anonim Şirketler, II-III Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul, Fakülteler Matbaası, s. 117.

⁵¹ **Coştan**, s. 168-173; **Yüce**, Aydın Alber (2018) Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 69. 6762 sayılı TTK döneminde, yönetim kurulu üyesinin kurulu toplantıya çağrı talebinin başkan

tarafından reddedilmesi halinde, her üyenin TTK m. 412'nin 6762 sayılı TTK'daki karşılığı olan m. 367 hükmüne kıyasen kurulu toplantıya çağrı yetkisinin kendisine verilmesini mahkemeden talep edebileceği yönünde bkz. **İmregün**, Oğuz (1989) Anonim Ortaklıklar, 4. Baskı, İstanbul, Yasa Yayınları, s. 210.

⁵² **Coştan**, s. 168-173.

⁵³ **Coştan**, s. 173. Aynı yönde bkz. **Yüce**, s. 69.

⁵⁴ **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 221; **Akdağ Güney**, s. 249; **Hammacıoğlu**, s. 130. *Kırca* ise farklı gerekçelerle yukarıda zikredilen ilk iki görüşün de savunulabileceğini, bu konuda Yargıtay'ın oluşturacağı içtihadın yönetim kurulu üyelerine yol gösterici olacağını belirttiikten sonra, ikinci görüşe üstünlük tanınması durumunda üyenin bunun yerine TTK m. 390.4'teki olanaktan yararlanabileceğini ifade etmektedir (**Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 485).

⁵⁵ **Akdağ Güney**, s. 249.

Yukarıdaki başlık altında yönetim kurulu üyesinin toplantı talebinin başkan tarafından reddi hâlinde başvurulabilecek yollar bağlamında, aslında istemi reddedilen üye bakımından kurulu doğrudan toplantıya çağrı hakkının doğup doğmayacağı meselesine de değinilmiş ve böyle bir hâlde TTK m. 390.4'teki olanaktan yararlanılabileceği, yani toplantı yapılmaksızın karar alınabileceği yönündeki görüşe katıldığımız ifade edilmiştir. Diğer taraftan bu durumda yönetim kurulunun TTK m. 390.4 çerçevesinde karar alabilmesi için gerekli şartlardan *üyelerden hiçbirinin toplantı yapılması isteminde bulunmaması* koşulunun sorun teşkil edebileceği düşünülebilir. Şöyle ki TTK m. 390.4'teki olanağa başvurulduğunda üyelerden biri toplantı yapılması yönünde itirazda bulunur ve başkan da toplantı çağrısını yapmamakta direnirse ne olacaktır? Yukarıda da belirtildiği üzere çağrı talebinin reddi durumunda üyeler *-esas sözleşmede başkan ve başkan vekilinin seçimi hususunda genel kurulun yetkilendirilmesi durumu hariç olmak üzere-* TTK m. 390.4'teki yöntemle başkan veya başkan vekilini azledip yeniisini de seçebileceklerine göre başkanı değiştirmek suretiyle anılan sorunu çözebilirler. Ancak eğer başkanın seçimi ile ilgili olarak TTK m. 390.4 çerçevesinde yapılan öneriye karşı da yine toplantı yapılarak karar alınması itirazı gündeme gelirse, bu durumda bu konuyla sınırlı olmak üzere üyenin doğrudan toplantıya çağrı hakkının doğabileceği ileri sürülebilir.

Bu noktada, red haricindeki bazı durumlarda üyelerin yönetim kurulunu doğrudan

toplantıya çağrı hakkının doğup doğmayacağı sorunu ele alınmalıdır.

6762 sayılı TTK döneminde *Domaniç*, başkan ve başkan vekilinin beraber veya birbirini takiben başkan ve başkan vekilliğinden veya yönetim kurulu üyeliğinden ayrılmaları yahut üye olmalarına mâni bir hâlin gerçekleşmesi (6762 sayılı TTK m. 315.2) gibi durumlarda, yeni başkan ve başkan vekilini seçmek ve gereğinde boşalan üyelikleri doldurmak için herhangi bir üyenin yönetim kurulunu toplantıya çağırmasının mümkün olduğu düşünce-sindeydi⁵⁶.

Bu görüşe paralel şekilde *Çoştan*, başkan ve başkan vekilinin birlikte veya birbirlerini takiben görevlerinden ayrılmaları yahut yönetim kurulu üyeliğine engel teşkil eden bir hâlin (TTK m. 363.2) ortaya çıkması neticesinde başkan ve başkan vekilliğinin boşalması durumunda boşalan üyelikleri doldurmak için herhangi bir yönetim kurulu üyesinin yönetim kurulunu toplantıya çağırabileceğini belirtmektedir⁵⁷. Yazar anılan sonuca, yönetim kurulu üyeliğinin herhangi bir nedenle boşalması hâlinde kanuni şartları taşıyan birini geçici olarak yönetim kurulu üyeliğine seçip ilk genel kurulun onayına sunmanın yönetim kurulunun görevi olmasından (TTK m. 363.1) yola çıkarak varmaktadır⁵⁸.

İltibasa yol açmamak açısından vurgulamakta fayda vardır ki, burada üyelerin yönetim kurulunu doğrudan toplantıya çağrı hakkının doğması açısından asıl belirleyici olan üyeliğin boşalmasından ziyade başkan ve başkan vekilliğinin boşalması olsa gerektir. Gerçi üyeliğin boşalması da başkan ve

⁵⁶ **Domaniç**, Hayri (1988) Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi – II, İstanbul, Temel Yayınları, s. 587. Yine 6762 sayılı TTK döneminde, başkan veya vekilinin olması durumunda üyenin de yönetim kurulunu toplantıya çağırabileceği yönünde bkz. **Eriş**, Gönen (2004) Açıklamalı – İtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret

Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, Cilt: 2, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 1830 dpn. 2.

⁵⁷ **Çoştan**, s. 160-161.

⁵⁸ **Çoştan**, s. 161.

başkan vekilliğinin boşalmasına neden olan durumlardan biri olsa da, başkan ve başkan vekilinin birlikte veya birbirlerini takiben bu görevlerinden (başkan ve başkan vekilliğinden) ayrılmaları da anılan sonucu ortaya çıkaracak başka bir sebeptir ki bu durumda üyeliğin boşalması söz konusu olmaz⁵⁹. Böyle bir durum için üyelerin yönetim kurulunu doğrudan toplantıya çağrı hakkının doğmasını üyeliğinin herhangi bir nedenle boşalması hâlinde kanuni şartları taşıyan birini geçici olarak yönetim kurulu üyeliğine seçip ilk genel kurulun onayına sunmanın yönetim kurulunun görevi olmasına (TTK m. 363.1) dayandırılabilmesi güç görünmektedir.

Diğer taraftan hemen belirtmek gerekir ki, - esas sözleşmede başkan ve/veya başkan vekilinin seçimi hususunda genel kurulun yetkilendirilmesi durumu hariç- başkan ve/veya başkan vekilini belirlemek de yönetim kurulunun görevi dahilindedir (TTK m. 366.1). Ayrıca yönetim kurulu üyelikleri devam etmekle birlikte başkan ve başkan vekilinin beraber veya birbirini takiben başkan ve başkan vekilliğinden ayrılmaları hâlinde üyelerin doğrudan çağrı hakkının doğmayacağı kabulü yönetim kurulunun toplantıya çağrılmasını, dolayısıyla en azından başkanı ve başkan vekilini belirleyebilmek için toplantı yapılmasını neredeyse imkânsız hâle getireceği söylenebilir. Gerçekten böyle bir hâlde üyelerin toplantıya çağrı için başvurabilecekleri başkan ve başkan vekili olmadığı için çağrıyı nasıl gerçekleştirebilecekleri sorunu ortaya çıkacaktır. Öte yandan bu durumda üyelerin TTK m. 390.4'teki imkândan yararlanabilmeleri olanak dahilindedir⁶⁰. Nitekim -esas sözleşmede başkan ve/veya başkan vekilinin seçimi hususunda genel kurulun yetkilendirilmesi durumu hariç- bu yolla başkan ve/veya

başkan vekili belirlenebileceği gibi belli konuda öneride bulunup karar da alınabilir. Bu nedenle, böyle bir durumda Kanunda öngörülmüş başka bir yola başvurabilmek mümkünken Kanunda açıkça öngörülmüş olmayan bir imkânın zorlanması yoluyla üyelerin doğrudan çağrı hakkının doğduğunu ileri sürmek güç görünmektedir.

Aynı gerekçelerle, başkan ve başkan vekilinin beraber veya birbirini takiben yönetim kurulu üyeliğinden ayrılmaları yahut yönetim kurulu üyeliğine engel teşkil eden bir hâlin (TTK m. 363.2) ortaya çıkması neticesinde üyeliğin, dolayısıyla başkan ve başkan vekilliğinin boşalması durumunda boşalan üyelikleri doldurmak için herhangi bir üyenin yönetim kurulunu doğrudan toplantıya çağırabileceği düşüncesine katılmak da güç görünmektedir.

Diğer taraftan, yönetim kurulunun TTK m. 390.4 çerçevesinde karar alabilmesi için gerekli şartlar dikkate alındığında özellikle başkan ve başkan vekilinin beraber veya birbirini takiben yönetim kurulu üyeliğinden ayrılmaları yahut yönetim kurulu üyeliğine engel teşkil eden bir hâlin (TTK m. 363.2) ortaya çıkması neticesinde üyeliğin, dolayısıyla başkan ve başkan vekilliğinin boşalması durumunda boşalan üyelikleri doldurmak için TTK m. 390.4 çerçevesinde karar alınabilmesi için *üyelerden birinin karar şeklinde yazılmış önerisine en az üye tam sayısının çoğunluğunun yazılı onayının alınmasının zorunlu olması* karşısında üye sayısı itibarıyla boşalan üyelikler de dahil edildiğinde bu nisaba hiç bir şekilde ulaşlamama ihtimalinin söz konusu olabileceği durumlar ortaya çıkabilir. Şöyle ki üç üyeli, iki üyeden birinin başkan diğerinin başkan vekili olduğu bir yönetim kurulunun mevcudiyeti

⁵⁹ Nitekim üyeliğin herhangi bir nedenle son bulması durumunda başkan ve vekillik sıfatlarının da sona ereceği, üyelik sıfatı devam etmekle birlikte sadece başkanlık veya

vekillikten istifanın da mümkün olduğu yönünde bkz. **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 476.

⁶⁰ **Akdağ Güney**, s. 249.

varsayımda başkan ve başkan vekilinin beraber veya birbirini takiben yönetim kurulu üyeliğinden ayrılmaları yahut yönetim kurulu üyeliğine engel teşkil eden bir hâlin (TTK m. 363.2) ortaya çıkması neticesinde üyeliğin, dolayısıyla başkan ve başkan vekilliğinin boşalması durumunda başkan ve başkan vekilinin üyelik sıfatları da ortadan kalmış olacağı için üye tam sayısının çoğunluğu olan iki üyenin yazılı onayının alınması imkânsız hâle gelecektir. Aslında böyle bir durumda toplantı yetersayısının da üye tam sayısının çoğunluğu (TTK m. 390.1, c. 1) olması karşısında bu nisap da hiçbir şekilde sağlanamayacağı için, yönetim kurulunun toplantı yapmak suretiyle dahi TTK m. 363.1 yoluyla geçici bir seçim yapabilmesi veya herhangi bir konuda karar alabilmesi mümkün olmayacağından boşalan üyelikleri doldurmak için genel kurulda seçim yapılması gerekecektir. Aksi durum zaten yönetim kurulunun karar alamaması yoluyla kilitlenmesi neticesini ortaya çıkarır ki bu durumun sonu da şirketin feshine kadar gidebilir (TTK m. 530, 531)⁶¹.

Esasen burada, yani başkan ve başkan vekilinin birlikte veya birbirlerini takiben başkan ve başkan vekilliğinden veya yönetim kurulu üyeliğinden ayrılmaları yahut yönetim kurulu üyeliğine engel oluşturan bir hâlin (TTK m. 363.2) ortaya çıkması neticesinde başkan ve başkan vekilliğinin boşalması durumunda yeni başkan ve başkan vekilini seçmek ve gereğinde boşalan üyelikleri doldurmak için yönetim kurulunun TTK m. 390.4 çerçevesinde karar alabilmesi için gerekli şartlardan *üyelerden hiçbirinin toplantı yapılması isteminde bulunmaması* koşulu sorun teşkil edebilir. Şöyle ki üyelerden biri toplantı yapılması talebinde bulunduğu takdirde,

çağrı hususunda yetkili olan başkan ve başkan vekilinin mevcut olmaması karşısında toplantıya çağrıyı kim yapacaktır? Böyle bir durumda çağrıyı yapacak başkan ve vekili bulunmadığı için bu hâlde ancak üyenin doğrudan toplantıya çağrı hakkının doğabileceği söylenebilir.

Bu başlık altında ele alınacak ikinci sorun ise, kural olarak başkana (başkanın bulunmadığı zamanlarda başkan vekiline) ait olan yönetim kurulunu doğrudan toplantıya çağrı yetkisinin yönetim kurulu üyelerine tanınıp tanınmayacağıdır.

Öncelikle İsviçre öğretisinde ileri sürülen görüşler ele alınacak olursa, *Bürgi*'ye göre, kural olarak başkana (başkanın bulunmadığı zamanlarda başkan vekiline) ait olan yönetim kurulunu toplantıya çağrı yetkisi, esas sözleşme veya iç yönergeyle murahhas üyeye kimi zaman müdüre dahi tanınabilir ve bu durumda çağrıyı yapanın çağrı hususunda öncelikle başkanla anlaşması gerekir⁶².

Wernli/Rizzi'ye göre, toplantıya doğrudan çağrı yetkisinin esas sözleşmeyle yönetim kurulu üyesine tanınabilmesi mümkündür, esas sözleşme veya iç yönergeyle başkan dışında bir yönetim kurulu üyesi çağrı hususunda yetkili kılındığı takdirde bu kişi her zaman başkana danışmalıdır⁶³.

Wibmer de aksi esas sözleşmede öngörülmemişse yönetim kurulu başkanın çağrıya yetkili olduğunu belirttiikten sonra yönetim kurulu üyelerine yönetim kurulunu doğrudan toplantıya çağrı yetkisinin esas sözleşmeyle de öngörülebileceğini ve esas sözleşme veya iç yönergeyle başkan dışında bir yönetim kurulu üyesinin çağrı hususunda yetkili

⁶¹ Bu hususta bkz. TTK m. 410.2; **Şener**, Ortaklıklar, s. 464-465, 466.

⁶² **Bürgi**, F. Wolfhart (1969) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft b/2: Art. 698-738, Zürich,

Schulthess & CO AG, Art. 713 N. 21. Yazar Kanunun amacıyla bağdaşmadığını belirtmekle birlikte başkanın görevlerinin devredilerek asgariye indirildiği durumlara dikkat çekmektedir (**Bürgi**, Art. 714 N. 8).

⁶³ **Wernli/Rizzi**, Art. 715 N. 6, 8.

kılındığı takdirde bu kişinin başkanla anlaşması gerektiğini ifade etmektedir⁶⁴.

Vischer/Endrass, esas sözleşme veya iç yönergeyle farklı şekilde düzenlenmemişse yönetim kurulunu doğrudan toplantıya çağrı yetkisinin münhasıran yönetim kurulu başkanına ait olduğunu ifade etmektedirler⁶⁵.

Müller, aksine esas sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde yönetim kurulu üyelerinin kural olarak doğrudan toplantıya çağrı yetkisinin olmadığını ifade etmektedir, dolayısıyla yazar esas sözleşmeyle yönetim kurulu üyelerine doğrudan toplantıya çağrı yetkisi tanınabileceği düşüncesindedir⁶⁶.

Hungerbühler, İsvBK m. 715 gereğince kural olarak başkana ait olan toplantıya çağrı yetkisinin iç yönergeyle başkanın yanında başka bir üyeye veya tek başına bir üyeye tanınabileceği, bu durumda

çağrıyı yapanın çağrı hususunda öncelikle başkanla anlaşması gerektiği görüşündedir⁶⁷.

Erb'e göre, çağrı hakkına ilişkin İsvBK m. 715'te başkanın en azından kısmen idari nitelikte bir yetkisi söz konusu olduğu için bu yetkisi devredilebilir⁶⁸. Ayrıca yazara göre, düzenlemeyle çağrı yetkisi başkan veya başkan vekili dışında başka bir üyeye devredilse bile Kanunun lafzına uygun şekilde talep başkana iletilebilir ve bu durumda başkan şirket düzenlemesinde çağrıya yetkili kılınan kişiye çağrıyı yapabilmesi için doğrudan haber vermedir⁶⁹. Yazara göre, kanun koyucunun hedeflediği mümkün olduğunca basit ve hızlı hareket tarzına uygun olması için, iç yönergeyle talebin başkan yerine doğrudan çağrıya yetkili kişiye yönlendirilebileceği de öngörülebilir⁷⁰.

Bühler, iç yönergede farklı bir düzenleme bulunmadığı takdirde üyelerin kural olarak yönetim kurulunu toplantıya bizzat çağırma yetkisi olmadığını ifade ederek⁷¹ esasen iç yönergeye hüküm

⁶⁴ **Wibmer**, Jeannette K., Aktienrecht Kommentar Aktiengesellschaft, Rechnungslegensrecht, VegüV, GeBüV, VASR, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch) (Hrsg. Wibmer) (2016), Orell Füssli Verlag AG, Art. 715 N. 2, 3.

⁶⁵ **Vischer**, Markus/**Endrass**, Yves (2009) 'Die Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrats', Aktuelle Juristische Praxis, s. 407.

⁶⁶ **Müller**, Roland (2011) 'VR-Sitzung: Vorbereitung, Einberufung, Durchführung, Beschlussfassung, Protokollierung', Schweizerische Juristen-Zeitung 107, s. 47. Keza esas sözleşmede öngörülüşe murahas üyenin yönetim kurulunu toplantıya çağırabileceği yönünde bkz. **Müller**, Roland/**Lipp**, Lorenz/**Plüss**, Adrian (2014) Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Schulthess Juristische Medien AG, s. 112.

⁶⁷ **Hungerbühler**, Ivo W. (2003) Der Verwaltungsratspräsident, Zürich-Basel-Genf, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Band/Nr. 219, Schulthess Juristische Medien AG, s. 62. Yazar, yönetim kurulu başkanlığı makamının Kanunda zorunlu bir şekilde ihdas edilmiş olmasından ve başkana ait görevlerin devrinin Kanunun amacını boşa çıkaracağından hareketle, yönetim kurulu başkanının görev ve yetkilerinin tamamen ve süresiz olarak başka bir yönetim kurulu üyesine veya üçüncü bir kişiye devredilemeyeceği, ancak sınırlı bir çerçevede devredilebileceği düşüncesindedir (**Hungerbühler**, s. 191-193).

Yine tamamen bir devrin, genel kurulun başkanı seçmek suretiyle yönetim kurulunun çalışma biçimine etki etme hakkına (İsvBK m. 712.2) da zarar vereceği yönünde bkz. **Hungerbühler**, s. 191. Yazara göre, başkanın İsvBK m. 715a'daki münferit görevleri, somut durumda toplantı yönetimi ve yönetim kurulu içerisindeki daha ziyade idari görevleri devredilebilirdir (**Hungerbühler**, s. 192-193).

⁶⁸ **Erb**, Catrina 'Die richterliche Einberufung von Verwaltungsratsitzungen': (Hrsg. Zindel/Peyer/Scott) (2008) Wirtschaftsrecht in Bewegung Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich/St. Gallen, s. 5, dpn. 11.

⁶⁹ **Erb**, s. 5.

⁷⁰ **Erb**, s. 5.

⁷¹ **Bühler**, Christoph B. (2018) Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, Art. 698-726 und 731b OR, 3. neu bearbeitete Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Art. 715 N. 17, 18, s. 754. Yine, yazar, İsvBK m. 715 hükümünün emredici nitelikte olmadığını vurgulayarak başkanın toplantıya çağrı yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde ikincil olarak her yönetim kurulu üyesinin bizzat doğrudan yönetim kurulunu toplantıya çağırabilmesinin öngörülmesi suretiyle çağrı hakkının genişletilebilmesinin

konulmak suretiyle üyelere yönetim kurulunu toplantıya bizzat çağırma yetkisi tanınabileceğini kabul etmektedir. Ayrıca yazar, iç yönergeyle çağrıyı yapma yetkisinin başka bir yönetim kurulu üyesine veya murahhasa devredildiği durumda dahi üyelerin toplantıya çağrı talebini başkana iletme durumunda olduğu ve başkanın da çağrıya yetkili kişiyi bu konuda bilgilendirerek -çağrı talebi açıkça hakkın kötüye kullanılması teşkil etmediği sürece- çağrıya yönlendirmesi gerektiği düşüncesindedir⁷².

Stach de her yönetim kurulu üyesinin yönetim kurulunu doğrudan toplantıya çağırabileceğinin iç yönergede düzenlenebileceği düşüncesini paylaşmaktadır⁷³. Ayrıca yazar, çağrıyı yapma yetkisinin başkanda olmadığı durumda dahi üyelerin toplantıya çağrı talebini başkana iletme durumunda olduğu ve başkanın da çağrıya yetkili kişiyi talep konusunda haberdar etmesi gerektiğini ifade etmektedir⁷⁴.

Forstmoser'e göre, her yönetim kurulu üyesine doğrudan toplantıya çağrı hakkı iç yönergeyle tanınabilir⁷⁵. Ayrıca yazara göre, her durumda yönetim kurulu başkanının (veya başkanın bulunmadığı zamanlarda başkan vekilinin) çağrı yükümlülüğünü uygun bir zaman içerisinde yerine getirmedeği takdirde ikincil bir hak olarak her üyeye çağrı hakkı tanınması amaca uygundur⁷⁶.

Buraya kadar anlatılanlardan da anlaşılacağı üzere İsviçre hukuku bakımından asıl netleştirilmesi gereken sorun, yönetim kurulu üyelerine yönetim kurulunu toplantıya çağrı yetkisinin

tanınması konusunda hangi organın yetkili olduğu, dolayısıyla bu yetkinin iç yönerge ve/veya esas sözleşme ile tanınıp tanınamayacağıdır. Bu mesele temelde başkanlık görevlerinin devri konusunda hangi organın/organların yetkili olduğu, dolayısıyla bu devrin iç yönerge ve/veya esas sözleşme ile mümkün olup olmadığı sorunu ile iç içedir.

Hungerbühler, esas sözleşmeyle genel kurula yönetim kurulu başkanını belirleme hakkı tanınabileceği (İsvBK m. 712.2) için genel kurulun devir yetkisinin baştan reddedilebilir görünmediğini, yani tamamını yapabilenin (yönetim kurulu başkanının belirlenmesi) azını da (sadece belli görevleri tanıma) yapabileceği sonucuna varılabileceğini belirtmekle birlikte, İsvBK m. 712.2'de yönetim kurulunun kendi organizasyonunu kendisinin belirlemesi ilkesinin istisnasının söz konusu olduğu ve istisnai hükümlerin de dar yorumlanması gerektiği gerekçesiyle genel kurula başkanını belirlemenin ötesinde bir hak tanınamayacağı ve başkanın bizatihi kendi görevi söz konusu olduğu için bu konuda başkanın yetkisinin gündeme geleceği sonucuna varmaktadır. Ayrıca yazar, İsvBK m. 712.1'de öngörüldüğü gibi başkanın seçimi hususunda yetkili olduğu durumda yönetim kurulunun da başkanlık görevlerinin devri konusunda yetkili olacağı düşüncesindedir⁷⁷. Hatta yazara göre, başkan genel kurul tarafından seçiliyor olsa bile başkanlık makamının şekillendirilmesinin yönetim kurulunun İsvBK m. 716a.1.2 gereğince organizasyon yetkisi ile sıkı bir şekilde bağlantılı olması nedeniyle, yönetim kurulu belirli sınırlar dahilinde başkanlık görevlerini

mümkün olduğu (ancak yönetim kurulunun bunu sadece iç yönergeyle yapabileceği) görüşünü paylaşmaktadır (*Bühler*, Art. 715 N. 2, 3, s. 749-750).

⁷² *Bühler*, Art. 715 N. 12, s. 752-753.

⁷³ *Stach*, Patrick, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht OFK – Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch) (Hrsg. Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser) (2016), 3. überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Art. 715 N. 4.

⁷⁴ *Stach*, Art. 715 N. 4.

⁷⁵ *Forstmoser*, Peter (2011) Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Rechtliche Ordnung und Umsetzung in der Praxis, Zürich, Basel, Genf, Schulthess, § 11 N. 29, s. 256.

⁷⁶ *Forstmoser*, Organisation, § 11 N. 29, s. 256.

⁷⁷ *Hungerbühler*, s. 193.

devredilebilir. Sonuç olarak yazar bu şekildeki organizasyon düzenlemelerinin iç yönergeyle yapılmasının daha isabetli olduğu görüşüne katıldığını ifade etmektedir⁷⁸. Buna paralel şekilde yazar, yönetim kurulu toplantılarına çağrıya ilişkin düzenlemelerin esas sözleşmede de öngörülebileceği yönündeki görüşe katılmadığını, toplantıya çağrı yetkisinin başkanın yanında başka bir üyeye veya tek başına bir üyeye *sadece* iç yönergeyle tanınabileceği görüşünü paylaştığını ifade etmektedir⁷⁹.

Erb, bu görüşe paralel şekilde yönetim kurulu başkanının yönetim kurulu tarafından seçildiği durumda devir yetkisinin hem yönetim kurulu başkanına hem de yönetim kuruluna ait olduğunu kabul etmekle birlikte, farklı olarak başkanın genel kurul tarafından seçildiği hâlde yönetim kurulunun başkanı kısmen görevden alma hususunda yetkisinin olmadığı gerekçesiyle, sadece yönetim kurulu başkanının devre yetkili olduğu düşüncesindedir⁸⁰.

Bühler, İsvBK m. 715 hükmünün yedek hukuk kuralı niteliğinde olduğunu ve bu hükümden ayrılan düzenlemelerin ancak iç yönergeyle öngörülebileceğine ilişkin görüşe katıldığını ifade etmektedir⁸¹. Buna göre, çağrı hakkında yönetim kurulunun İsvBK m. 716a.1.2 çerçevesinde organizasyonunu belirlemesine ilişkin çekirdek yetkisine dahil olan yönetim kurulu üyelerinin elinden alınamaz bireysel bir hakkı söz konusudur ve bu nedenle genel kurulun etkisi tamamen elinden alınmıştır. Bu nedenle çağrı hakkını yedek kanuni düzenleme

karşısında genişleten esas sözleşmesel düzenlemeler de caiz değildir⁸². İsvBK m. 715 hükmündeki düzenlemeye karşı bir genişletmeyi yönetim kurulu sadece iç yönergede öngörebilir, yönetim kurulu bu yolla yönetim kurulu başkanının toplantıya çağrı yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde ikincil olarak her yönetim kurulu üyesinin bizzat doğrudan yönetim kurulunu toplantıya çağırabilmesini öngörebilir⁸³. *Bühler*, iç yönergede farklı bir düzenleme bulunmadığı takdirde üyelerin kural olarak yönetim kurulunu toplantıya bizzat çağırma yetkisi olmadığını ifade ederek⁸⁴ de esasen iç yönergeye hüküm konulmak suretiyle üyelere yönetim kurulunu toplantıya bizzat çağırma yetkisi tanınabileceğini kabul etmektedir.

Forstmoser'e göre, her yönetim kurulu üyesine doğrudan toplantıya çağrı hakkı iç yönergeyle tanınabilir, böyle bir hakkın esas sözleşmeyle de öngörülebileceği yönündeki görüş kabul edilmemelidir, zira bu görüşün kabulü yönetim kurulunun öz örgütlenme/kendi organizasyonunu belirleme hakkıyla çatışır⁸⁵.

İsviçre öğretisinde diğer bir kısım yazarlar ise, başkan veya başkan vekili dışındaki yönetim kurulu üyelerine toplantıya çağrı yetkisi tanınmasının

⁷⁸ *Hungerbühler*, s. 194.

⁷⁹ *Hungerbühler*, s. 62 dpn. 8 ve s. 62.

⁸⁰ *Erb*, s. 5, dpn. 11.

⁸¹ *Bühler*, Art. 715 N. 2, 3, s. 749.

⁸² *Bühler*, Art. 715 N. 3, s. 749. Öte yandan yazar, çağrı hakkına ilişkin yedek kanuni düzenlemenin değiştirilmeden esas sözleşmeye konulmasının sorun teşkil etmeyeceği düşüncesindedir (*Bühler*, Art. 715 N. 3, s. 749).

⁸³ *Bühler*, Art. 715 N. 3, s. 749-750.

⁸⁴ *Bühler*, Art. 715 N. 17, 18, s. 754.

⁸⁵ *Forstmoser*, Organisation, § 11 N. 29, s. 256. Yazar, yönetim kurulunun kendi organizasyonunu belirleme yetkisinin İsvBK m. 716a.1.2 çerçevesinde yönetim kurulunun devredilemez yetkileri kapsamında olduğu, İsvBK m. 716a.1'in lafzına uygun şekilde sadece devredilemez değil aynı zamanda yönetim kurulunun elinden alınamaz nitelikte olduğu, dolayısıyla genel kurulun esas sözleşmeyle yönetim kurulunun organizasyonunu belirleme imkânı olmadığını görüşündedir (*Forstmoser*, Organisation, § 8 N. 31, s. 161).

iç yönerge yanında esas sözleşme ile de öngörülebileceği düşüncesindedirler⁸⁶.

Son iki meseleye ilişkin olarak Türk öğretisinde ileri sürülen görüşlere gelince; öncelikle emredici hükümler ilkesini hükme bağlayan TTK m. 340 benzeri bir düzenlemenin bulunmadığı 6762 sayılı TTK döneminde, esas sözleşmeyle her üyeye yönetim kurulunu toplantıya çağrı yetkisinin tanınabileceği savunulmaktaydı⁸⁷. Bu görüş taraftarlarından *Domaniç*'e göre, Kanunda başkana şirketi yönetim ve temsil hususunda özel bir yetkinin verilmiş olması ve yönetim ve temsil işlerini kanunen yüklenmiş olan yönetim kurulunun toplantılarının kolay ve düzenli yapılmasının şirketin yararına olması nedeniyle, yönetim kurulunun başkan veya başkan vekili tarafından toplantıya çağrılacağına ilişkin Kanun hükmünün esas sözleşmeyle değiştirilebilmesinin kabul edilmesi gerekirdi⁸⁸. *Dural* ise yönetim kurulu başkanının ve başkanın bulunmadığı hâllerde başkan vekilinin kurulu toplantıya çağrı yetkisinin esas sözleşmeyle kaldırılamayacağı, (TTK m. 392.7'nin 6762 sayılı TTK'daki karşılığı olan) 331. maddenin ikinci fıkrasının bu açıdan emredici nitelikte olduğunu, ancak başkan veya başkan vekili dışındaki diğer üyelere de doğrudan toplantıya çağrı yetkisi tanıyan esas sözleşmesel düzenlemelerin öngörülebileceği düşüncesinde olduğunu

ifade etmekteydi⁸⁹. Yazar bu sonuca 6762 sayılı TTK m. 331.2'nin yedek hukuk kuralı niteliğinde olması, Kanunda bu yönde bir düzenleme öngörülmesini yasaklayan bir hükmün mevcut olmaması, başkana ve başkan vekiline tanınan çağrı yetkisinin dolaylı olarak hükme bağlanmış olması, bu yönde bir düzenleme getirilmesinin yönetim kurulunun kilitlenmesini önleyici nitelikte olacağı gerekçeleriyle varmaktaydı⁹⁰. *İmregün*, üyenin kurulu toplantıya çağrı talebinin başkan tarafından yerine getirilmemesi halinde her üyeye kurulu toplantıya çağrı yetkisi sağlayan bir hükmün esas sözleşmeyle getirilebileceği, esas sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmadığında ise -daha önce de değinildiği gibi⁹¹- her üyenin 6762 sayılı TTK m. 367 hükmüne kıyasen kurulu toplantıya çağrı yetkisinin kendisine verilmesini mahkemeden talep edebileceği görüşündeydi⁹². Öte yandan *Arslanlı*, esas sözleşmede bu yönde bir düzenlemenin bulunması gereğinden söz etmeksizin -yukarıda da bahsedildiği üzere⁹³- toplantıya çağrı talebinin başkan tarafından reddedilmesi hâlinde üyelerin resen kurulu toplantıya çağrılabilirliği düşüncesindeydi⁹⁴.

6102 sayılı TTK dönemine bakılacak olursa; *Kırca*, yönetim kurulu toplantılarına çağrı usulüne ilişkin düzenlemelerin -çıkarılacaksa- iç yönergede (TTK m. 367.1) yer almasının en uygun

⁸⁶ **Bürgi**, Art. 713 N. 21; **Wernli/Rizzi**, Art. 715 N. 6, 8; **Wibmer**, Art. 715 N. 2, 3; **Vischer/Endrass**, s. 407. Yukarıda da ifade edildiği üzere, *Müller* aksine esas sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde yönetim kurulu üyelerinin kural olarak doğrudan toplantıya çağrı yetkisinin olmadığını belirterek, esas sözleşmeyle yönetim kurulu üyelerine doğrudan toplantıya çağrı yetkisinin tanınabileceği düşüncesinde olduğunu kabul etmektedir (**Müller**, s. 47); aynı şekilde esas sözleşmede öngörülmüşse murahhas üyenin yönetim kurulunu toplantıya çağırabileceği hususunda bkz. **Müller/Lipp/Plüss**, s. 112.

⁸⁷ **Domaniç**, s. 587-588; **Dural**, H. Ali (2005) 'Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Kilitlenmesi ve Hukuki Sonuçları' (Doktora), Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 67-69.

⁸⁸ **Domaniç**, s. 588. *Domaniç*, 6762 sayılı TTK m. 319'un da bu görüşünü desteklediğini ifade etmektedir (s. 588). Yine yazar, esas sözleşmeyle her üyeye yönetim kurulunu toplantıya çağrı yetkisi tanınabileceği gibi üyenin öncelikle başkan veya vekiline başvuracağı ve bundan sonuç alamazsa toplantıya çağrıya yetkili hâle geleceği gibi değişik alternatifli olanakların tanınabileceğini belirtmektedir (s. 587).

⁸⁹ **Dural**, s. 67.

⁹⁰ **Dural**, s. 67-69.

⁹¹ Bkz. yuk. dpn. 49.

⁹² **İmregün**, s. 210.

⁹³ Bkz. yuk. dpn. 48.

⁹⁴ **Arslanlı**, s. 117.

çözümlerden biri olduğunu, anılan yönde düzenlemelerin esas sözleşmeyle getirilmesinin de düşünülebileceği, fakat yönetim kurulu ile genel kurul arasındaki işlev ayrılığı nedeniyle kanunda belirtilenlerin dışında yönetim kurulunun çalışma usulüne ilişkin hükümlerin esas sözleşmede öngörülmesinin genel kurulun yönetim kurulunun yetkilerine izin verilmeyen şekilde müdahalesi manasına geleceği yönündeki görüşün⁹⁵ de dikkate alınmasının faydalı olacağı düşüncesindedir⁹⁶. Ayrıca yazara göre, üyelerin başkandan kurulu toplantıya çağırmasını talep etmelerinin (TTK m. 392.7) hem bir hak hem de bir görev olması nedeniyle, üyeler bu hakkından vazgeçemeyeceği gibi hakkın sınırlandırılması da mümkün olmamakla birlikte, hakkın üyelere başkandan talepte bulunmalarına gerek olmaksızın kurulu doğrudan toplantıya çağrı yetkisi tanınması suretiyle genişletilebilmesi mümkündür⁹⁷. Yazar hem bu gerekçeyle hem de yönetim kurulunun işleyişine katkı sağlaması sebebiyle şirketin yararına olması gibi nedenlerle anılan türden ek olanakların getirilmesinin TTK m. 340'ta düzenlenen emredici hükümler ilkesine aykırılık oluşturmaması gerektiği düşüncesindedir. Yazar, özellikle iç yönergeyle üyelere doğrudan toplantıya çağrı yapabilmeleri gibi ek olanakların getirilebilmesi gerektiği kanaatinde-dir⁹⁸.

TTK m. 392.7 hükmünün emredici nitelikte olmadığını görüşündeki *Çoştan*, yönetim kurulunu

toplantıya çağrı yetkisinin iç yönergeyle yönetim kurulu üyelerine veya yönetim yetkisinin devredildiği üçüncü kişilere bırakılabilmesi gerektiği düşüncesindedir⁹⁹. Yazara göre, TTK m. 367'de iç yönergeyle devir yapılmasına müsaade eden düzenlemelere esas sözleşmelerde yer verilebilmesine açıkça izin verilmiş olması nedeniyle, TTK m. 340'ta düzenlenen emredici hükümler ilkesine bir aykırılık da gündeme gelmeyecektir¹⁰⁰. Ayrıca yazar, başkana şirketin yönetimi ve temsili hususunda Kanunda özel bir yetkinin tanınmamış olmasının ve yönetim kurulu toplantılarının kolay ve düzenli bir biçimde yapılmasının şirketin menfaatine olmasının toplantıya çağrı hususunda üyelere yetki verilebilmesini haklı çıkardığı düşüncesindedir¹⁰¹.

Tekinalp'e göre ise, esas sözleşmeyle yönetim kurulu toplantılarına ilişkin düzenlemeler yapılabilmesi mümkün olmakla birlikte, bu konuda yönetim kurulunun toplantıya ancak başkan -başkanın bulunmadığı zamanlarda başkan vekili- tarafından çağrılacağı anlaşıldığı TTK m. 392.7 hükmü emredici niteliktedir¹⁰².

Akdağ Güney, emredici hükümler ilkesini düzenleyen TTK m. 340 hükmü nedeniyle, her bir üyeye yönetim kurulunu toplantıya çağrı yetkisi tanıyan düzenlemelerin getirilemeyeceği düşüncesindedir¹⁰³. Yazar, esas sözleşmeyle başkanın ve/veya başka vekilinin seçiminin genel kurula bırakılabileceği yolundaki TTK m. 366.1'den farklı olarak TTK

⁹⁵ Anılan görüş için bkz. **Forstmoser**, Peter (1994) 'Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates – Möglichkeiten und Grenzen', SZW/RSDA 66 (4/94), s. 173-174. *Forstmoser*, İsvBK m. 716a.1.2 hükmünü esas almak suretiyle, -kanunda düzenlenen istisnalar hariç olmak üzere- yönetim kurulunun kendi organizasyonunu belirlemekle yetkili ve yükümlü olduğu, genel kurulun yönetim kurulunun organizasyonunu ve çalışma usulünü belirleme yetkisinin olmadığı, bu nedenle yönetim kurulu toplantısına çağrıya ilişkin esas sözleşmede yer alan düzenlemelerin hüküm ifade etmeyeceği düşüncesinde olduğunu belirtmektedir (Kompetenzbereich, s. 173-174).

⁹⁶ **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 482-483.

⁹⁷ **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 484.

⁹⁸ **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 483.

⁹⁹ **Çoştan**, s. 161 ve s. 161, dpn. 30.

¹⁰⁰ **Çoştan**, s. 161.

¹⁰¹ **Çoştan**, s. 161.

¹⁰² **Tekinalp**, s. 266.

¹⁰³ **Akdağ Güney**, s. 248-249.

m. 392.7’de sapmaya açıkça izin verilmiş olmaması nedeniyle esas sözleşmede bahsi geçen yönde hükümlere yer verilemeyeceği görüşündedir¹⁰⁴. Yazara göre, İsviçre hukukundan farklı olarak Türk hukukunda emredici hükümler ilkesinin benimsenmiş olması nedeniyle, İsviçre öğretisindeki her bir üyeye yönetim kurulunu toplantıya çağrı yetkisi tanıyan düzenlemelerin getirilebileceği yönündeki görüşler Türk hukuku bakımından kabul edilemez¹⁰⁵.

Hamamcıoğlu, çağrı yetkisinin esas sözleşme veya iç yönergeyle yönetim kurulu üyelerine bırakılabilmesinin mümkün olup olmadığı sorusuna farklı gerekçelerle olumlu veya olumsuz yanıt verilebileceğine işaret ettikten sonra, TTK m. 392.7’nin aksinin, bu bağlamda her bir üyenin başkandan talepte bulunma hakkının ve başkanın toplantıya çağrı yetkisini haiz olmasının aksinin esas sözleşmeyle düzenlenemeyeceğini, fakat bu hak ve yetkilere ek tamamlayıcı düzenlemelerin öngörülebileceğinin kabul edilebileceğini ifade etmektedir¹⁰⁶. Yazar devamla, her bir yönetim kurulu üyesine yönetim kurulunu doğrudan toplantıya çağrı yetkisinin tanınmasına ilişkin bir düzenlemenin şirketin işleyişinin kesintiye uğramamasını sağlayabilecek olması karşısında üyelerin yönetim faaliyetini etkin ve verimli bir biçimde yerine getirebilmeleri için bu yönde bir düzenlemenin esas sözleşme veya iç yönergeyle getirilebileceğinin düşünülebileceğini, fakat TTK m. 392.7 ve TTK m. 340 hükümlerinin esas sözleşme veya iç yönergede bu türden düzenlemeler öngörülmesini oldukça tartışmalı hale soktuğunu, yine gerek yönetim kurulunun her yıl üyeleri arasından bir başkan ve bulunmadığı zamanlarda ona vekâlet etmesi için en az bir başkan vekili seçeceğini

düzenleyen TTK m. 366.1 hükmünün gerekse toplantıya çağrı yetkisini başkan veya başkan vekiline tanıyan TTK m. 392.7 hükmünün, başkan ve/veya vekiline yönetimin işleyişinde oldukça önem verildiğini gösterdiğini ifade etmektedir¹⁰⁷.

Fikrimizce bu konuda karar vermeden önce açıklığa kavuşturulması gereken husus TTK m. 392.7’nin emredici niteliğidir.

TTK m. 392.7’ye göre “[h]er yönetim kurulu üyesi başkandan, yönetim kurulunu toplantıya çağırmasını yazılı olarak isteyebilir.”

TTK m. 340.1 uyarınca “[e]sas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.”

“2. Emredici hükümler” başlıklı TTK m. 340.1 gereğince TTK’nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden kural olarak sapılamaz. Anonim şirketler hukuku bakımından *Emredici Hükümler İlkesini* kabul eden TTK m. 340 gereğince TTK’nın anonim şirketlere ilişkin hükümleri kural olarak emredicidir¹⁰⁸. Bu kuralın istisnası ise, Kanunda buna açıkça izin verilmiş olmasıdır. Dolayısıyla TTK’nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ayrılan esas sözleşme hükümlerinin öngörülebilmesi için Kanunda açıkça buna izin verilmiş olması gereklidir.

Emredici hükümler ilkesi çerçevesinde bir hükümden esas sözleşmeyle sapabilme olanağının Kanunun lafzından açıkça anlaşılabilirdiği

¹⁰⁴ Akdağ Güney, s. 249.

¹⁰⁵ Akdağ Güney, s. 248-249.

¹⁰⁶ Hamamcıoğlu, s. 130-131.

¹⁰⁷ Hamamcıoğlu, s. 132.

¹⁰⁸ Şehirli Çelik/Kırca/Manavgat, C. 1, s. 157; Karasu, Rauf (2015) Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 45; Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 131.

durumlarda hükümden sapılabileceği hususunda bir kuşku bulunmamakla birlikte, bir hükümden esas sözleşmeyle sapabilme imkanının Kanunun lafzından açıkça anlaşılmadığı hâllerde amacından hareketle hükümden sapılabilmesinin mümkün olup olmadığı konusu öğretilerde tartışmalıdır.

TTK m. 340'ın gerekçesinde bu soru olumlu yanıtlanmaktadır. Şöyle ki, hükmün gerekçesinin ilgili kısmı aynen şu şekildedir: «*Hükümdeki “kanunda açıkça izin verilmişse” ibaresi, maddenin lafzından “sapabilme” imkânının açıkça anlaşılmadığı durumlarda, amaca uygun düşen, metodoloji öğretisine aykırı olmayan, tatmin edici gerekçelere dayanan, sonuçları adil olan ve menfaatler dengesini gözetilen bir yorumla “sapabilme”nin haklılık kazandığı varsayımları da kapsamaktadır. Kanununun somut olay hakkında sustuğu hallerde kanunî boşluğun doldurulmasına ilişkin metodoloji kuralları uygulanır.*»

Öğretilerde bazı yazarlar, hükmün gerekçesindeki bu ifadelerle uyumlu şekilde görüş açıklamışlardır¹⁰⁹.

Bizim de katıldığımız karşı görüşe göre ise, TTK m. 340'ın lafzına sadık kalınmalı, dolayısıyla maddenin gerekçesi değil de metni dikkate alınmalı, bir hükümden esas sözleşmeyle sapabilme imkânı sadece Kanunun lafzından bu olanağın açıkça anlaşılabilirdiği durumlarda mümkün olmalıdır¹¹⁰. Zira maddenin lafzı ile gerekçesinin çelişki içinde olduğu aşikardır¹¹¹. Ayrıca aksi görüşün kabulü, TTK m.

340 hükmünün getirilmiş olmasını anlamsız kılacaktır¹¹². Gerçekten de TTK'nın 340. maddesi olmasaydı, emredici veya düzenleyici niteliği madde metninden açıkça anlaşılabilir hükümler bakımından bir farklılık olmayacak, ancak emredici mi yoksa düzenleyici mi nitelikte olduğu madde metninden açıkça anlaşılabilen hükümlerin emredici mi yoksa düzenleyici mi nitelikte olduğu yorum yoluyla tespit edilebilecekti, TTK m. 340'ın getirilmiş olması ikinci grup hükümlerin emredici nitelikte olduğunun tespitini mümkün hâle getirmiştir¹¹³.

Bu açıklamalar ışığında, TTK m. 392.7'nin emredici nitelikte bir hüküm olduğu söylenebilir. Kanunda bu konuda bir izin verilmemiş olması nedeniyle daha önce de vurgulandığı üzere her yönetim kurulu üyesinin başkandan yönetim kurulunu toplantıya çağırmasını talep edebilmesinin aksi esas sözleşmeyle düzenlenemez, dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin başkandan toplantıya çağırma talepli hakkı esas sözleşmeyle ne kaldırılabilir ne de sınırlandırılabilir.

Burada tereddüt uyandırabilecek husus ise TTK m. 340 hükmü karşısında esas sözleşmeyle yönetim kurulu üyelerinin başkandan toplantıya çağırma talepli hakkını genişleten, örneğin üyelere başkana başvurmadan doğrudan toplantıya çağrı yapabilme hakkı veren esas sözleşmesel düzenlemelerin öngörülüp öngörülemeyeceğidir.

¹⁰⁹ Karasu, s. 50 vd.; Pulaşlı, Hasan (2017) Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 284-285; Pulaşlı, Hasan (2018) Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 727-728; Şener, Ortaklıklar, s. 307; Bilgili/Demirkapı, s. 197; Korkut, Ömer (2012) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı, Adana, Karahan Kitabevi, s. 91.

¹¹⁰ Şehirali Çelik/Kırca/Manavgat, C. 1, s. 160-162; Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 132, 133; Eminoğlu, Cafer (2014) Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance),

İstanbul, Onikilevha, s. 136-137; İlbasmış Hızlısoy, Özlem (2016) Anonim Şirketin Haklı Sebep Feshi, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 43-44.

¹¹¹ Bahtiyar, Mehmet (2005) 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili ile Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 61, Yıl: 18, s. 71; Bahtiyar, Ortaklıklar, s. 132; Şehirali Çelik/Kırca/Manavgat, C. 1, s. 160; Eminoğlu, s. 136.

¹¹² Şehirali Çelik/Kırca/Manavgat, C. 1, s. 160-162.

¹¹³ Şehirali Çelik/Kırca/Manavgat, C. 1, s. 160-162.

Bu konuda karar vermeden önce TTK m. 340'ta geçen *sapma* ifadesinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Daha önce de belirtildiği gibi, TTK m. 340 gereğince TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden sapan esas sözleşme hükümlerinin öngörülebilmesi için Kanunda açıkça buna izin verilmiş olması gereklidir. Burada *sapma* ile kastedilen mevcut bir Kanun hükmünden farklı, ona aykırı düzenleme yapılabilmesidir¹¹⁴.

Öte yandan TTK m. 340 incelendiğinde, madde metninde TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerini tamamlayıcı esas sözleşmesel düzenlemelerin öngörülüp öngörülemediği hususunda bir açıklığın bulunmadığı anlaşılır¹¹⁵. Buna karşın, tamamlayıcı hükümlerin kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil etmemesi, onlardan “sapmaması”, sadece mevcut kanun hükümlerini somutlaştıran hükümler olması nedeniyle, bu konuda Kanunda bir açıklık bulunmasa da tamamlayıcı esas sözleşmesel düzenlemelerin öngörülemediği sonucuna varılamaz¹¹⁶. Ayrıca TTK'nın tamamlayıcı düzenleme yapma yetkisini açıkça tanıyan bazı hükümleri (m. 360.1 gibi) mevcut olmakla birlikte, Kanunda esas sözleşmeyle düzenleme yapma yetkisi açıkça tanınmış olmasa da *-emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla ve Kanunda esas sözleşmeyle düzenleme yapma yetkisinin özellikle tanınmadığı hâller hariç olmak üzere-* tamamlayıcı hüküm öngörülebilir¹¹⁷.

Bu açıklamalar ışığında, esas sözleşmeyle yönetim kurulu üyelerinin başkandan toplantıya çağrını talep etme hakkını genişleten, örneğin üyelere

başkana başvurmadan doğrudan toplantıya çağrı yapabilme yetkisi veren esas sözleşmesel düzenlemelerin tamamlayıcı hüküm niteliğinde olacağı, buna dayalı olarak öngörülebilmesinin TTK m. 340 hükmüne aykırılık teşkil etmeyeceği ve üyelere yönetim kurulunu doğrudan toplantıya çağrı yetkisinin iç yönergeyle tanınmasının daha uygun olacağı, ancak esas sözleşmeyle tanınabilmesinde de herhangi bir sakıncanın söz konusu olmadığı düşünce-sindeyiz.

IV. YETKİSİZ KİŞİLERCE YAPILAN ÇAĞRI ÜZERİNE TOPLANAN YÖNETİM KURULUNDA ALINAN KARARLAR

Yönetim kurulunu toplantıya çağrı konusunda yetkinin belirlenmesinden sonra, yetkili olmayan kişilerce yapılan çağrı üzerine toplanan yönetim kurulunda alınan kararların hukuki akıbetinin ne olacağı, bu kapsamda bu kararların butlanla mı yoksa yoklukla mı malul olacağı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekir.

Bu hususta öncelikle Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin kararları incelenecek olursa, 11. HD.'nin aşağıda yer verilen 2018 tarihli kararı, çağrının yönetim kurulu başkanı tarafından yapılmadığı toplantıda alınan kararın batıl olduğu yönündedir.

¹¹⁴ **Şehirli Çelik/Kırca/Manavgat**, C. 1, s. 164-165.

¹¹⁵ Karş. AktG m. 23.5, c. 2. Bu hükümde, kanunda sınırlayıcı bir düzenleme bulunmadığı takdirde tamamlayıcı esas sözleşmesel düzenlemelerin öngörülebileceği açıkça belirtilmiştir.

¹¹⁶ **Şehirli Çelik/Kırca/Manavgat**, C. 1, s. 165; **Karasu**, s. 61. **Karasu**, TTK m. 340'ın gerekçesindeki bazı ifadelerin de bu

görüşü desteklediğini ifade etmektedir (s. 61 ve s. 61 dpn. 62). Aynı yönde bkz. **Eminoğlu**, s. 134.

¹¹⁷ **Şehirli Çelik/Kırca/Manavgat**, C. 1, s. 165-167. Bu hususta ayrıca bkz. **Şehirli Çelik/Kırca/Manavgat**, C. 1, s. 167-168 ve TTK m. 340'ın gerekçesi. Keza bkz. **Karasu**, s. 60-62. Öte yandan bkz. ve karş. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 133.

Yargıtay 11. HD.'nin 21.03.2018 tarihli ve 2016-9409/2154 sayılı kararının ilgili kısmı şu şekildedir¹¹⁸:

“... Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; davacının yönetim kurulu başkanı olduğu, ancak davalı şirket yönetim kurulunun 06.01.2015 tarih ve 04 nolu kararıyla davacının katılımı olmaksızın iki üye ile toplanarak yönetim kurulu başkanlığına dava dışı ...'ü başkan vekilliğine de dava dışı ...'ü oybirliği [ile] seçmiş olduğu, toplantıya çağrının kanunda herhangi bir şekle tabi tutulmadığı, ancak tüm yönetim kurulunun toplantıdan haberdar edilmesinin asıl amaç olduğu, yönetim kurulunu toplantıya çağırmanın başkanın görevi olduğu ve başkanın bulunmadığı zamanlarda başkan vekilinin de yönetim kurulunu toplantıya çağırabileceği yönündeki hükmün emredici olduğu, yönetim kurulu başkanı olan davacının görevini yerine getirmeye engel bir durumda olduğuna dair herhangi bir somut delil bulunmadığı gibi başkan olan davacıdan [TK] m. 392/7'ye uygun şekilde toplantı yapılmasının talep edildiğine ve başkan tarafından da bu talebin reddedildiğine ilişkin de herhangi bir

belge bulunmadığı, davacının da kasten toplantıya çağrılmaksızın karar alındığı gerekçesiyle davanın kabulü ile davalı şirketin yönetimi kurulunun 06/01/2015 tarihinde 2015/4 nolu yönetim kurulu kararının batıl olduğunun tespitine karar verilmesi yerindedir...”

Buna karşılık, Yargıtay 11. HD.'nin aşağıda yer alan 2019 tarihli kararı ise çağrının yönetim kurulu başkanı tarafından yapılmadığı toplantıda alınan kararın yok hükmünde olacağı yönündedir¹¹⁹.

Yargıtay 11. HD.'nin 16.04.2019 tarihli ve 2017-4046/3005 sayılı kararının ilgili kısmı şu şekildedir¹²⁰:

“...[D]ava konusu yönetim kurulu toplantısına daveti yapan yönetim kurulu başkanı olmayıp, 6102 sayılı TTK'nın 392/7 maddesi uyarınca yönetim kurulu başkanı tarafından çağrı yapılmadan alınan yönetim kurulu kararı yoklukla malul ise de, bu yönetim kurulu kararı gereğince yapılması gereken olağanüstü genel kurul toplantısı yapılmadığından hukuki yarar şartının ortadan kalmış olmasına göre, yapılan istinaf başvurusunun esasın reddine ilişkin karar [yerindedir]...”

¹¹⁸ Kendigelen, Abuzer/Soykan, İsmail Cem/Aydinalp, Yasemin/Oğuz, Elif/Şanda, Onur (2019) Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları (2018), İstanbul, Onikilevha, s. 197-198.

¹¹⁹ Ayrıca bkz. ve inc. bu hususta yokluğa işaret edildiği söylenebilecek olan Y.11.HD.'nin 15.06.2015 tarihli ve 3013/8295 sayılı kararı [Nomer Ertan, N. Füsün, 'Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Toplantı ve Kararları': (Kendigelen, Abuzer/Soykan, İsmail Cem/Uzel, Necdet/Evlek, Müge/Yıldız, Nurgül), Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar), 12 Ekim 2018, İstanbul, Onikilevha, s. 56 vd.]. 11. HD., anılan karara konu olan davalı anonim şirketin üç üyeden müteşekkil yönetim kurulunun -yönetim kurulu başkanı olan davacının toplantıda mevcut

olmaksızın ve toplantıdan haberdar edildiğine ilişkin bir delil bulunmaksızın- iki üyenin oyuyla karar aldığı somut olayda önce TTK m. 390.4 gereğince çağrısız yönetim kurulu toplantısı yapılabilmesinin mümkün olduğunu, ancak bu durumda önerinin tüm üyelere yapılmasının alınacak kararın geçerlilik şartı olduğunu belirtmekte, devamında ise TTK m. 390.4'ün yanında m. 392.7 hükmünü de zikrederek “... TTK'nın 390/4 ve 392/7. maddeleri dikkate alınmak suretiyle yönetim kurulu kararının yok hükmünde olup olmadığının tartışılması, ...”gerektiğini vurgulamaktadır [bkz. Nomer Ertan, s. 56-57].

¹²⁰ Kaya, Arslan/Zengin, İbrahim Çağrı/Sorkun, A. Furkan/Yıldız, Nurgül/Yıldız, M. Enes/Oğuz, Elif (2020) Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları (2019), İstanbul, Onikilevha, s. 172.

Yargıtay 11. HD. aşağıda yer verilen 2016 tarihli kararında ise, önce mahkemenin somut olayda butlanla sakat olduğu belirtilen kararların alındığı yönetim kurulu toplantılarının yönetim kurulu başkanın çağrısı üzerine değil de toplantıya çağrı yetkisi olmayan üyelerin çağrısı üzerine yapılması hususunun anonim şirketin temel yapısına aykırı olduğu ve TTK m. 391.1.b gereğince alınan bu yönetim kurulu kararlarının butlanı sonucunu doğurduğu gerekçesini zikretmekte, ancak neticede mahkemece yönetim kurulunda alınan kararların yok hükmünde olduklarının tespitine karar verilmesinin yerinde olduğu sonucuna ulaşmaktadır.

Yargıtay 11. HD.'nin 26.01.2016 tarihli ve 2015-3129/804 sayılı kararının ilgili kısmı şu şekildedir¹²¹:

“... Mahkemece ... davalı anonim şirketin yönetim kurulunun 5 üyeden oluştuğu, davacı ...'ın yönetim kurulu başkanı olduğu, **anonim şirketlerde yönetim kurulunu toplantıya davet yetkisinin açıkça yönetim kurulu başkanına verildiği, bu yetkinin emredici nitelikte olduğu, somut olayda butlanla sakat olduğu belirtilen kararların alındığı yönetim kurulu toplantılarının ise yönetim kurulu başkanın daveti üzerine değil, toplantıya davet yetkisi olmayan üyelerin**

daveti üzerine yapıldığı, bu hususun anonim şirketin temel yapısına uymadığı ve TTK'nın 391/1-b maddesi uyarınca alınan bu yönetim kurulu kararlarının butlanı sonucunu doğurduğu, iptali istenen genel kurul toplantısının da butlanla sakat yönetim kurulu kararına dayalı olarak yapıldığı, ayrıca bu toplantıda alınan şirketin tasfiyesine ilişkin kararın sermayenin en az %75'ini oluşturan pay sahiplerinin onayı ile alınmadığı, karar nisabının sağlanmadığı, dolayısıyla genel kurul toplantısında alınan kararın da yoklukla malul bulunduğu gerekçesiyle ... yönetim kurulunda alınan kararlar ile ... genel kurulda alınan şirketin tasfiyesine kararın yok hükmünde olduklarının tespitine karar verilm[esi yerindedir]...”

Öğretide hâkim diyebileceğimiz görüş, çağrının başkan tarafından yapılmadığı yönetim kurulu toplantısında alınan kararının yoklukla malul olduğudur¹²².

Bilindiği üzere, -6762 sayılı TTK'da olduğu gibi- 6102 sayılı TTK'da da yönetim kurulu kararlarının yokluğunu düzenleyen özel bir hüküm bulunmamakla birlikte, -6762 sayılı TTK döneminde olduğu gibi şimdi de- genel hükümler çerçevesinde yönetim kurulu kararlarının yokluk yaptırımına

¹²¹ **Kendigelen**, Abuzer/**Zengin**, İ. Çağrı/**Tokcan**, F. Pelin/**Sönmez**, Numan S./**Güney**, Zehra (2018) Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları (2015-2016), İstanbul, Onikilevha, s. 292-293.

¹²² Nomer Ertan, s. 49, 59; **Şener**, Oruç Hami (2020) Yeni TTK Döneminde Anonim ve Limited Ortaklıklara İlişkin Verilen Yargıtay Emsal Kararlarının Değerlendirilmesi, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 120, 122, 124; Hamamcıoğlu, s. 152-153, 154; **Şeker**, Hakan (2020) 'Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 149, Y: 33, s. 212.

Keza genel kurulu toplantıya çağrıya yetkili olanlar dışındaki kişi/kişiler tarafından yapılan çağrı ile toplanan genel kurulda alınan kararların yok hükmünde olduğu yönünde

bkz. **Kırca**, İsmail/**Şehirali Çelik**, Feyzan Hayal/**Manavgat**, Çağlar (2016) Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 2/2, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 7-8; **Bah-tiyar**, Ortaklıklar, s. 198; **Bilgili/Demirkapı**, s. 251; **Pulaşlı**, Genel Esaslar, s. 388; **Saka**, Zafer (2004) Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 230. Bu durumun istisnası ise TTK m. 416'daki çağrısız genel kurula ilişkin şartların mevcut olmasıdır (**Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, C. 2/2, s. 8; **Bilgili/Demirkapı**, s. 251, dpn. 321). Buna karşılık, yetkisiz kişiler tarafından yapılan çağrı üzerine toplanan genel kurulda alınan kararların iptal edilebilir olduğu yönünde bkz. **Üçışık**, Güzin/**Çelik**, Aydın (2013) Anonim Ortaklıklar Hukuku, I. Cilt, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 338.

tabi olabileceği kabul edilmektedir¹²³. Buna karşılık yönetim kurulu kararlarının butlanı, 6102 sayılı TTK'nın -6762 sayılı TTK'da karşılığı olmayan 391. madde hükmüyle özel olarak düzenlenmiştir.

Öte yandan, butlan ve yokluk yaptırımları arasındaki ayrımın net bir şekilde yapılamadığı, birbirleri yerine kullanıldığı hâllere rastlanmaktadır¹²⁴. Esasen gerek yokluk durumunda gerekse butlanla maluliyet hâlinde, hukuki işlem (yönetim kurulu kararı) baştan itibaren hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacak ve her iki durum da hâkim tarafından resen göz önünde tutulması gerekecektir¹²⁵. Buna karşılık iki yaptırım türü arasındaki farklılık olarak vurgulanabilir ki, yok hükmündeki bir hukuki işleme herhangi bir hukuki sonuç bağlanabilmesi mümkün değilken, batıl bir hukuki işleme konverسیون yoluyla hukuki sonuç bağlanabileceği gibi; bir hukuki işlemin butlanla malul olduğu TMK m. 2'de

düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı şekilde ileri sürülemezken, yani butlanın ileri sürülmesinin TMK m. 2 anlamında hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilmesi mümkünken, yokluk durumunda anılan hukuki imkân hiçbir şekilde¹²⁶ söz konusu olamaz¹²⁷.

En genel ifadeyle, kurucu unsurlarda bir eksiklik bulunduğu takdirde yokluk gündeme gelir¹²⁸. Dolayısıyla, şekil şartlarına uyulmadan, yani kurucu/şekli nitelikteki emredici hükümlere aykırı biçimde alınan yönetim kurulu kararları yok hükmündedir¹²⁹. Bu bağlamda, TTK'nın 390 ve 1527. maddelerinde belirtilen usullere uygun şekilde alınan, yani üyelerin fiziken ve/veya elektronik ortamda katılımlarıyla yapılan toplantıda yahut toplantı yapılmaksızın ancak TTK m. 390.4'teki şartlara uygun şekilde alınan bir karar mevcut olmadığı takdirde, yönetim kurulu kararlarının yokluğu

¹²³ **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 510; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 225.

¹²⁴ **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 510.

¹²⁵ **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 511 dph. 355. Bu durumun yokluk-butlan ayrımındaki özensizliğin sebebi olduğu yönünde bkz. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 225; **Bahar Sayın**, Hediye (2017) Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, 2. Baskı, İstanbul, Onikilevha, s. 63; genel kurul kararları bakımından aynı yönde bkz. **Moroğlu**, Erdoğan (2017) Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 8. Baskı, İstanbul, Onikilevha, s. 35. Gerek bu durumun gerekse yokluk-butlan ayrımı konusundaki zorlukların yokluk-butlan ile ilgili terminoloji sorununu mazur gösterir nitelikte olduğu yönünde bkz. **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 510-511.

¹²⁶ Hemen eklemek gerekir ki, yokluğun ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edememesi hususuna ilişkin olarak, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin bu doğrultuda verdiği kararları bulunmakla birlikte [bkz. Y. 11. HD., T: 6.5.2013, E: 2012/10429, K: 2013/9175 (Lexpera, s.e.t. 8.12.2021)], aksi yönde kararlarına rastlamak da mümkündür. Şöyle ki 11. HD. genel kurul kararının yokluğunun tespiti ile ilgili olarak bir kararında [Y.11.HD., T: 18.12.2018, E: 2017/1702, K: 2018/8018 (Lexpera, s.e.t. 8.12.2021)], "yokluk gerektiren hususun öğrenilmesinden sonra uzun süre sessiz kalıp dava açmayan ilgililer yönünden TMK'nın 2. maddesi uyarınca dava açma hakkının düşüp düşmediğinin de değerlendirilmesi gerek[tüğünü]" belirtmiştir. Yine,

11. HD.'nin yönetim kurulu kararı bakımından yokluğun uzun bir süre geçtikten sonra ileri sürülmesinin TMK m. 2 çerçevesinde dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği yolundaki mahkeme kararını onadığı bir kararı için bkz. Y. 11. HD., T: 7.3.2013 E: 2011/3387 K: 2013/4278 (Lexpera, s.e.t. 23.4.2021).

¹²⁷ **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip (2014) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt 1, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, (**Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**), 5. Baskıdan Tıpkı 6. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 579; **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 511 dph. 355; **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 36-37; Bahar Sayın, s. 63. Ayrıca sözleşmenin varlığı ihtilaflı olduğu takdirde ispat yükünün davacıda olacağı, var olan bir sözleşmenin batıl olduğu iddiasında davalının ispat yükü altına gireceği yönünde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 580; **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 511 dph. 355.

¹²⁸ **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 511; **Bahar Sayın**, s. 63.

¹²⁹ **İmregün**, s. 214; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 225.

Keza kurucu/şekli nitelikteki emredici hükümlere/kararın meydana gelişini düzenleyen emredici kanun hükümlerine aykırı genel kurul kararları, diğer bir deyişle kurucu unsurları bulunmayan genel kurul kararlarının yok hükmünde olduğu yönünde bkz. **Moroğlu**, Hükümsüzlük, s. 32-38; **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, C. 2/2, s. 4 vd.; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 198; **Pulaşlı**, Genel Esaslar, s. 387-388; **Şener**, Ortaklıklar, s. 531; **Bilgili/Demirkapı**, s. 250.

gündeme gelebilecektir¹³⁰. Butlan ise kurucu unsurlar mevcut olmakla birlikte konu/içerik bakımından (maddi nitelikteki) emredici hükümlere aykırılıkların, geçerlilik şartlarının eksikliğinin bulunduğu durumlarda söz konusu olur¹³¹.

Hâl böyle olunca, yönetim kurulu toplantısına çağrının başkan tarafından yapılmadığı hâlde şekli nitelikteki kurucu unsurlara aykırılık söz konusu olduğu için, böyle bir toplantıda alınan kararların yok hükmünde olacağı yönündeki görüşün isabetli olduğu düşüncesini paylaşmaktayız.

V. SONUÇ

Yönetim kurulunun toplantı yaparak karar alması durumunda yönetim kurulunu toplantıya çağrı yetkisi ilke olarak başkanda, başkanın bulunmadığı zamanlarda ise başkan vekilindedir; yönetim kurulu üyeleri ise ancak başkandan kurulu toplantıya çağırmasını talep edebilirler (bkz. TTK m. 392.7).

Yönetim kurulu üyelerinin doğrudan toplantıya çağrı hakkının doğabileceği istisnai durumların söz konusu olup olamayacağı hususunda, yönetim kurulu üyesinin toplantı talebinin başkan tarafından reddi hâlinde talebi reddedilen üye için kural olarak kurulu doğrudan toplantıya çağrı hakkının doğmayacağı, bu durumda TTK m. 390.4'teki olanaktan yararlanılabileceği yönündeki görüşe katılmaktayız. TTK m. 390.4'teki imkâna başvurulduğunda ise üyelerden biri toplantı yapılması yönünde itirazda bulunur ve başkan da toplantı çağrısını yapmamakta direnirse, TTK m. 390.4'teki yöntemle bu kez başkan veya başkan vekilinin azledilip yenisinin seçilmesi suretiyle sorunun çözülebileceği

görüşünü paylaşmaktayız. Ancak eğer yeni başkanın seçimine ilişkin olarak yapılan öneriye karşı da toplantı yapılarak karar alınması itirazı gündeme gelirse ancak bu durumda bu konuyla sınırlı olmak üzere üyenin doğrudan toplantıya çağrı hakkının doğabileceği düşüncesindeyiz.

Başkan ve başkan vekilinin birlikte veya birbirlerini takiben başkan ve başkan vekilliğinden veya yönetim kurulu üyeliğinden ayrılmaları yahut yönetim kurulu üyeliğine engel oluşturan bir hâlin (TTK m. 363.2) ortaya çıkması neticesinde başkan ve başkan vekilliğinin boşalması durumunda yeni başkan ve başkan vekilini seçmek ve gereğinde boşalan üyelikleri doldurmak için esasen yönetim kurulunun TTK m. 390.4 çerçevesinde karar alabileceği görüşüne katılmakla birlikte, bunun için gerekli koşullardan *üyelerden hiçbirinin toplantı yapılması isteminde bulunmaması* şartının sorun oluşturabileceği, üyelerden biri toplantı yapılması isteminde bulunduğu takdirde çağrı hususunda yetkili olan başkan ve başkan vekilinin mevcut olmaması karşısında toplantıya çağrıyı kimin yapacağı konusunun sorun teşkil edeceği ve böyle bir durumda ancak toplantıya çağrı yetkisinin doğrudan üyelere geçtiğinin kabulünün mümkün olabileceği kanaatini taşımaktayız.

Yönetim kurulu üyelerine kurulu doğrudan toplantıya çağrı yetkisinin iç yönerge ve/veya esas sözleşme ile tanınıp tanınmayacağı hususunda ise, TTK m. 340 hükmü karşısında TTK m. 392.7'nin emredici nitelikte olduğu, ancak esas sözleşmeyle yönetim kurulu üyelerinin başkandan kurulu toplantıya çağrıyı talep hakkını genişleten, dolayısıyla üyelere başkana başvurmadan doğrudan toplantıya çağrı yapabilme hakkı veren esas sözleşmesel düzenlemelerin tamamlayıcı hüküm niteliğinde

¹³⁰ **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 511-512.

¹³¹ **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, C. 1, s. 513; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 225.

olacağı ve bu nedenle öngörülebilmesinin TTK m. 340 hükmüne aykırılık oluşturmayacağı, nihayet üyelere yönetim kurulunu doğrudan toplantıya çağrı yetkisinin daha yerinde olarak iç yönergeyle tanınabileceği, ancak esas sözleşmeyle tanınabilmesinde de herhangi bir sakıncanın bulunmadığı görüşündeyiz.

Yönetim kurulu toplantısına çağrı başkan tarafından yapılmadığı takdirde alınan kararların, diğer bir deyişle yetkisiz kişilerce yapılan çağrı üzerine toplanan yönetim kurulunda alınan kararların hukuki akıbetinin ne olacağı sorununa ilişkin olarak ise, bu durumda şekli nitelikteki kurucu unsurlara aykırılığın gündeme geleceği gerekçesiyle, böyle bir toplantıda alınan kararların yok hükmünde olacağı görüşüne katılmaktayız.

KAYNAKÇA

- Akdağ Güney**, Necla (2016) Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Arslanlı**, Halil (1960) Anonim Şirketler, II-III Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul, Fakülteler Matbaası.
- Bahar Sayın**, Hediye (2017) Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, 2. Baskı, İstanbul, Onikilevha.
- Bahtiyar**, Mehmet (2005) 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili İle Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 61, Yıl: 18, s. 47-106.
- Bahtiyar**, Mehmet (2020) Ortaklıklar Hukuku, 14. Baskı, İstanbul, Beta (Ortaklıklar).
- Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan (2020) Şirketler Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Bursa, Dora.
- Bühler**, Christoph B. (2018) Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, Art. 698-726 und 731b OR, 3. neu bearbeitete Auflage, Schulthess Juristische Medien AG.
- Bürgi**, F. Wolfhart (1969) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft b/2: Art. 698-738, Zürich, Schulthess & CO AG.
- Çoştan**, Hülya (2012) 'Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri, Oy Hakkı, Yetersayılar ve Toplantı Talep Hakkı', Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S: 3, C: XXVIII, s. 155-192.
- Domaniç**, Hayri (1988) Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi – II, İstanbul, Temel Yayınları.
- Dural**, H. Ali (2005) 'Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Kilitlenmesi ve Hukuki Sonuçları' (Doktora), Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Eminoğlu**, Cafer (2014) Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance), İstanbul, Onikilevha.
- Erb**, Catrina 'Die richterliche Einberufung von Verwaltungsratsitzungen': (Hrsg. Zindel/Peyer/Scott) (2008) Wirtschaftsrecht in Bewegung Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich/St. Gallen.
- Eriş**, Gönen (2004) Açıklamalı – İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, Cilt: 2, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Forstmoser**, Peter (1994) 'Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrates – Möglichkeiten und Grenzen', SZW/RSDA 66 (4/94), s. 169-177 (Kompetenzbereich).
- Forstmoser**, Peter (2011) Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Rechtliche Ordnung und Umsetzung in der Praxis, Zürich, Basel, Genf, Schulthess (Organisation).
- Forstmoser**, Peter/**Meier-Hayoz**, Arthur/**Nobel**, Peter (1996) Schweizerisches Aktienrecht, Bern, Verlag Stämpfli+Cie AG.
- Hamamcıoğlu**, Esra (2021) 'Yargıtay Kararları Işığında Bir veya Birkaç Yönetim Kurulu Üyesine Toplantı Davetinin Hiç ya da Kararlaştırılan Usule Uygun Yapılmamasının Sonuçları', Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 197-198, C: 16, s. 119-158.

Hungerbühler, Ivo W. (2003) Der Verwaltungsratspräsident, Zürich-Basel-Genf, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Band/Nr. 219, Schulthess Juristische Medien AG.

İlbasmış Hızlısoy, Özlem (2016) Anonim Şirketin Haklı Sebep Feshi, Ankara, Adalet Yayınevi.

İmregün, Oğuz (1989) Anonim Ortaklıklar, 4. Baskı, İstanbul, Yasa Yayınları.

Karasu, Rauf (2015) Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Kaya, Arslan/**Zengin**, İbrahim Çağrı/**Sorkun**, A. Furkan/**Yıldız**, Nurgül/**Yıldız**, M. Enes/**Oğuz**, Elif (2020) Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları (2019), İstanbul, Onikilevha.

Kendigelen, Abuzer/**Zengin**, İ. Çağrı/**Tokcan**, F. Pelin/**Sönmez**, Numan S./**Güney**, Zehra (2018) Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları (2015-2016), İstanbul, Onikilevha.

Kendigelen, Abuzer/**Soykan**, İsmail Cem/**Aydinalp**, Yasemin/**Oğuz**, Elif/**Şanda**, Onur (2019) Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları (2018), İstanbul, Onikilevha.

Kırca, İsmail/**Şehirali Çelik**, Feyzan Hayal/**Manavgat**, Çağlar (2013) Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (C. 1).

Kırca, İsmail/**Şehirali Çelik**, Feyzan Hayal/**Manavgat**, Çağlar (2016) Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 2/2, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (C. 2/2).

Kocayusufpaşaoğlu, Necip (2014) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt 1, Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), 5. Baskıdan Tıpkı 6. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.

Korkut, Ömer (2012) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı, Adana, Karahan Kitabevi.

Moroğlu, Erdoğan (2016) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (Başlangıç Hükümleri, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak ve Son Hükümler), Değerlendirme ve Öneriler, 8. Baskı, İstanbul, Onikilevha.

Moroğlu, Erdoğan (2017) Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 8. Baskı, İstanbul, Onikilevha (Hükümsüzlük).

Müller, Roland (2011) 'VR-Sitzung: Vorbereitung, Einberufung, Durchführung, Beschlussfassung, Protokollierung', Schweizerische Juristen-Zeitung 107, s. 45-53.

Müller, Roland/**Lipp**, Lorenz/**Plüss**, Adrian (2014) Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Schulthess Juristische Medien AG.

Nomer Ertan, N. Füsün, 'Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Toplantı ve Kararları': (Kendigelen, Abuzer/Soykan, İsmail Cem/Uzel, Necdet/Evlek, Müge/Yıldız, Nurgül), Yürürlüğünün 6. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Tebliğler ve Tartışmalar), 12 Ekim 2018, İstanbul, Onikilevha.

Poroy, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin (2019) Ortaklıklar Hukuku I, 14. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Pulaşlı, Hasan (2017) Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi (Genel Esaslar).

Pulaşlı, Hasan (2018) Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Pulaşlı, Hasan (2018) Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi (Şerh C. II)

Saka, Zafer (2004) Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Stach, Patrick, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht OFK – Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch) (Hrsg. Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser) (2016), 3. überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag AG.

Şeker, Hakan (2020) 'Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 149, Y: 33, s. 209-223.

Şener, Oruç Hami (2019) Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Seçkin (Ortaklıklar).

Şener, Oruç Hami (2020) Yeni TTK Döneminde Anonim ve Limited Ortaklıklara İlişkin Verilen Yargıtay Emsal Kararlarının Değerlendirilmesi, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.

Tekinalp, Ünal (2015) Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Teoman, Ömer (2001) Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Toplantı Yapmaksızın Karar Alması (TTK. m. 330, f. 2), Otuz Yıl Ticaret Hukuku -Tüm Makalelerim-, Cilt: II, 1982-2001, İstanbul, Beta.

Turanlı, Hüsnü (2013) 'Yeni Türk Ticaret Kanunu Işığında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1-2, C: XVII, s. 939-960.

Üçışık, Güzin/Çelik, Aydın (2013) Anonim Ortaklıklar Hukuku, I. Cilt, Ankara, Adalet Yayınevi.

Vischer, Markus/Endrass, Yves (2009) 'Die Einberufung einer Sitzung des Verwaltungsrats', Aktuelle Juristische Praxis, s. 405-414.

Wernli, Martin/Rizzi, Marco A., Basler Kommentar Obligationenrecht II Art. 530-964 OR inkl. Schlussbestimmungen (Hrsg. Honssell/Vogt/Watter) (2016), 5. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag.

Wibmer, Jeannette K., Aktienrecht Kommentar Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch) (Hrsg. Wibmer) (2016), Orell Füssli Verlag AG.

Yasaman, Hamdi (2002) 'Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Toplantıya Çağırılması ve Toplantı Yeter Sayısı', Yaklaşım, S: 117, Yıl: 10, s. 22-25.

Yüce, Aydın Alber (2018) Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: *The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.*

Contributions Statement: *Author has contributed 100% into preparing and writing this study.*

Statement for Support and Appreciation If Any: *None.*

Statement for Conflict of Interest: *None.*

Dr. Öğr. Üyesi Meltem KARATEPE KAYA** & Dr. Öğr. Üyesi Serkan KAYA***

ÖZ

Dünya Sağlık Örgütü tarafından COVID-19 salgınının 11 Mart 2020 tarihinde dünya çapında bir salgın (küresel pandemi) olarak duyurulmasıyla birlikte bütün dünyada hayat hızla değişti. Ülkelerin almış oldukları sokağa çıkma yasakları, dönüşümlü ya da evden çalışma, sınırların kapatılması ya da yabancılara karantina uygulanması gibi tedbirler salgının hızını yavaşlatsa da kesin bir çözüm olduğunu söylemek mümkün değildir. 2020 yılı başlarında kısa bir süre içerisinde dünyayı etkisi altına almasına rağmen etkisini uzun süredir devam ettiren COVID-19 salgını önleyebilmek için şu an elimizde bulunan en etkili ilaç COVID-19 aşılardır. Aralık 2020 sonu itibarıyla aşıya erişebilen ülkelerde öncelikli gruplardan başlanmak üzere aşılamaya başlamıştır. 16 Aralık 2021 tarihi itibarıyla dünya genelinde 8.47 milyar doz aşı yapıldığı görülmektedir. Bazı ülkeler iki doz aşı hedefine ulaşmaya çalışırken ülkemizde de olduğu gibi bazı bölgelerde üçüncü doz aşılama yapılmıştır. Yemen, Mali gibi ülkelerde bu oran oldukça düşükken gelişmiş bazı ülkelerde ise henüz tek doz dahi aşı uygulanmamıştır. Korona virüsün hızlı mutasyon geçiren yapısı göz önünde bulundurulduğunda dünya genelinde eş zamanda aşılamaya ulaşılmadan salgının bitmeyeceği ve sektörler üzerindeki olumsuz etkisini daha yıllarca sürdüreceği ortadadır. Bu nedenle, Dünya Ticaret Örgütü ve bazı dünya liderlerinin açıklamalarıyla birlikte COVID-19 aşıları ve tedavileri için ilaç şirketlerinin patent yükümlülüklerinden feragat etmesinin mümkün olup olmayacağı hususunda tartışmalar gündeme gelmiştir. Zira, içinde bulunduğumuz bu olağanüstü dönemde TRIPS Anlaşması kapsamında patent hakkının ilaç şirketlerine sağlanmış olduğu yasal koruma ile insanların temel haklarından olan ilaçlara erişim hakkı arasında bir denge kurulması gerekmektedir. Bu çalışmada, COVID-19 aşı ve ilaçlarından patent korumasının kaldırılıp kaldırılamayacağı hususu benzer örnekler dikkate alınarak ve analiz edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: COVID-19 salgını, COVID-19 aşısı, patent hakkından feragat, TRIPS Anlaşması, zorunlu lisanslama.

ABSTRACT

On March 11, 2020, the World Health Organization (WHO) declared the COVID-19 outbreak a worldwide epidemic (global pandemic). WHO cautioned governments that the outbreak constitutes an unprecedented global economic and health threat with this announcement. Although countries have attempted to prevent the pandemic by implementing measures such as curfews at various levels, working from home, closing borders, and imposing a quarantine on foreigners, it cannot be said that these measures have been successful because the measures taken by the countries do not end the epidemic but only slow it down. Therefore, the most effective medicine we have at present to avoid the COVID-19 pandemic, which has been impacting the globe for a short period at the beginning of 2020 but has been going on for a long time, is COVID-19 vaccinations. Some nations that can reach injections have started vaccinating susceptible populations at the end of December 2020. As of December 16, 2021, 8.47 billion vaccine doses have been produced over the globe. On the one hand, while some nations are attempting to achieve two vaccine doses, others, like our own, have turned to third dosage immunization in specific places. However, in particular, not even a single dosage of vaccination has been delivered in emerging nations, such as Haiti. Given the coronavirus's fast mutation, it is clear that the pandemic will not be stopped unless everyone is vaccinated at the same time all across the globe. Moreover, it will have a long-term detrimental influence on the industries. As a result of the International Trade Organization's and certain world leaders' pronouncements, questions have emerged over whether pharmaceutical corporations will be able to renounce their patent requirements for COVID-19 vaccines and treatments. Because, in this unusual moment, a balance must be established between the legal protection offered to pharmaceutical firms by the patent right under the TRIPS Agreement and the right of people to access pharmaceuticals, which is one of their fundamental rights. As a result, this research will investigate whether or whether a waiver of pharmaceutical patent duties for COVID-19 vaccines is possible, based on similar occurrences from throughout the globe.

Keywords: COVID-19 outbreak, COVID-19 vaccines, waiver of the pharmaceutical patent obligations, TRIPS Agreement, compulsory licencing.

* (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 20.07.2021 / Kabul Tarihi: 12.04.2022).

** İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı (e-mail: meltemkaratepe.kaya@medeniyet.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-3428-0293).

*** Boğaziçi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı (e-mail: serkan.kaya@boun.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-2507-3372).

Atıf/Citation: **Karatepe Kaya, Meltem/ Kaya, Serkan** (2022), "Pandemi Aşıları ve İlaçlarında Patent Korumasının Değerlendirilmesi", TFM, C:8, S:1, s. 143-165.

I. GİRİŞ

Her ne kadar buluşlar için hukuki koruma sağlayan ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m.27’de düzenlenen patent hakkı ve Beyannamenin m.25’te düzenlenen temel insan hakkı olan sağlık hakkı birbirinden bağımsız gelişen kavramlar olsalar da bazı durumlarda bu iki kavram arasında bir denge sağlanması gerekebilmektedir.¹ Özellikle Fikir Mülkiyeti Haklarının Ticari Niteliklerine İlişkin Anlaşma’nın (TRIPS)² kabulünden sonra ilaçlar için alınan patentlerin kişilerin sağlık hakkı ve ilaçlara erişim hakkı üzerindeki etkisi daha tartışılabilir hale gelmiştir. Nitekim birer buluş niteliğinde olan ilaçları piyasaya süren buluş sahiplerinin korunması için alınan patentlerin, ilaçlar üzerindeki gün geçtikçe artan etkisi ilaçlara erişim hakkını koruyan insan hakları hükümlerinin yeniden yorumlanmasını gerektirmiştir. 2018 yılında hazırlanan “İlaçlara Erişim Endeksi Raporu”³ dünya çapında yaklaşık 2

milyar insanın ihtiyaç duyduğu ilaçlara erişemediğini ortaya koymaktadır. 2015 yılında dünya genelinde yaklaşık 5,9 milyon çocuk önlenebilir hastalıklardan ölmüştür.⁴ Dünya üzerinde çocuk, yetişkin ya da yaşlı fark etmeksizin milyonlarca insan, tedavi için ilaçların bulunabilirliği, erişilebilirliği ve satın alınmaması nedeniyle hayatını kaybetmektedir.⁵

Daha yakın bir tarihe baktığımızda 7 Mart 2022 tarihi itibarıyla COVID-19 salgınına dayalı dünya genelinde 6,021,523 vefat kaydedilmiştir.⁶ Bunun yanında sağlık durumu ciddiyetini koruyan birçok hasta bulunmaktadır.

İlaça erişim hakkına yönelik sorunlar COVID pandemisi ile birlikte başlamamıştır. Zira COVID-19 pandemisi başlamadan önce de HIV/AIDS, verem ve sıtma gibi pandemilerde görüldüğü gibi ilaca erişim konusu genel olarak yaşam hakkını ve özelde tedaviye erişim ve sağlık hakkını önemli ölçüde etkilemektedir. Gelişmemiş

¹ **Holger**, Hestermeyer (2008) Human Rights and the WTO: The Case of Patents and Access to Medicines, 1. Baskı, Oxford, s. 43; Konuya ilişkin diğer insan hakları beyannameleri için bkz. **Özkök Gökmen**, Başak (2021) ‘COVID-19 Aşıları Üzerindeki Patent Hakkının Kapsamının Kamu Sağlığı Açısından Değerlendirilmesi’ Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C:25, S:3, s. 167.

² TRIPS Anlaşması, fikri mülkiyet alanında en kapsamlı uluslararası anlaşma olarak kabul edilmektedir. Gerçekten de TRIPS Anlaşması, Paris ve Bern Anlaşmalarına atıfta bulunmakta ve bu anlaşmalarda bırakılan boşlukları da doldurma işlevi görerek kapsam-yaptırım açısından daha geniş düzenlemeler içermektedir. Bu anlaşma ile uluslararası ticaretteki engellerin kaldırılarak düzensizliklerin azaltılması hedeflenmekte ve böylelikle fikri mülkiyet haklarının uygulanması için alınan önlemlerin ticaret için bir engel teşkil etmemesinin sağlanması amaçlanmaktadır. TRIPS Anlaşması’nda, firmaların fikri mülkiyet haklarının tanınarak gerekli korumanın sağlanması vurgulanmıştır. Ayrıca Anlaşma ile üye ülkelerin kendi iç hukuklarında ve uluslararası hukukta birbirlerine ait fikri mülkiyet haklarını korumak için asgari standartların belirlenmesi gibi konularda mutabık kalmıştır. Anlaşmaya üye olan ülkeler kendi iç hukuklarında TRIPS Anlaşması ile çizilen çerçeveye uygun olarak düzenleme yapma yükümlüdür. Yani, TRIPS Anlaşması bir çerçeve anlaşması olarak kabul edilmektedir.

³ **Ozawa**, Sachiko et al (2019), ‘Access to Medicines Through Health Systems in Low- and Middle-Income Countries’

Health Policy and System Research Journal S:34, C:3, s. 1, s. 2; ayrıca bkz. ‘2018 Access To Medicine Index (2018 İlaça Erişim Endeksi)’ (accessstomedicinefoundation.org, 2018) <<https://accessstomedicinefoundation.org/publications/2018-access-to-medicine-index>> s.e.t. 4.05.2021.; ‘Access to medicines: making market forces serve the poor (ilaçlara erişim: piyasa güçlerinin yoksullara hizmet etmesini sağlamak)’ (who.int) <https://www.who.int/publications/10-year-review/chapter-medicines.pdf> > s.e.t. 04.05.2021.

⁴ Report by UN Inter-Agency Group for Child Mortality Estimation (BM Kuruluşlar Arası Tahmini Çocuk Ölümleri Raporu), ‘Levels and Trends in Child Mortality’ (2015) <https://childmortality.org/files_v20/download/IGME%20Report%202015_9_3%20LR%20Web.ppt> s.e.t. 12.05.2021.

⁵ Joint United Nations Program on HIV/AIDS (HIV/AIDS üzerine Birleşik Milletler Birleştirilmiş Programı) (UNAIDS), ‘Global Report: UNAIDS on the Global AIDS Epidemic (2013) 4-6; ayrıca bkz. **Lee**, Joo-Young (2015), ‘A Human Rights Framework for Intellectual Property’ Innovation and Access to medicines, s. 121.

⁶ ‘COVID Live Update: 446,816,289 Cases And 6,021,523 Deaths From The Coronavirus - Worldometer’ (Worldometers.info, 2021) <<https://www.worldometers.info/coronavirus/>> s.e.t. 7.03.2022.

ülkelerde HIV/AIDS, tüberküloz, sıtma ve diğer hastalıklar nedeniyle yaşanan büyük acılar ve can kayıplarının artık sadece bir trajedi olarak kabul edilmesi ve herhangi bir adım atılmadan beklenilmesi doğru değildir. Aksine bu durumun bir adaletsizlik doğurduğunun kabul edilmesi ve buna ilişkin önlemlerin alınması gerekmektedir⁷ TRIPS Anlaşmasının ilaçlara erişim üzerindeki olası etkisine ilişkin endişeler, Anlaşmanın müzakereleri, kabulü ve daha sonra yürürlüğe girmesi sırasında giderilmeye çalışılmıştır. Ancak ifade etmeliyiz ki, TRIPS Anlaşması her ne kadar ilaçlar için minimum patent koruma standartları getirirse de ilaca erişim üzerindeki etkisi açıktır. Artık fikri mülkiyet haklarının buluşlara sağladığı korumanın özellikle ilaçlar bakımından insan haklarıyla uyumlu hale getirilmesini ve sağlık hakkı gözetilerek korumanın sağlanmasını gerekmektedir.

Dünya Sağlık Örgütü (DTÖ) 11 Mart 2020 tarihinde COVID-19 virüsünün meydana getirdiği sağlık krizini dünya çapında bir salgın, bir diğer tabirle küresel pandemi olarak duyurdu.⁸ DSÖ, bu duyuru ile ülkeleri, salgının küresel ekonomide ve sanayi, lojistik, eğitim, turizm gibi birçok sektörde görülmemiş bir kesintiyi temsil ettiği konusunda uyardı. Kısa sürede dünyayı etkisi altına almasına rağmen etkisini uzun süredir devam ettiren COVID-19 pandemisi ile birlikte bu konunun

önemi artmış ve özellikle COVID-19 aşılı için firmaların patent hakkından feragat etmesinin mümkün olup olmayacağı hususunda tartışmalar gündeme gelmiştir.⁹ Konuyla ilgili en son tartışma, COVID-19 aşılarının mevcudiyeti üzerine ortaya çıkmıştır. Mevcut durumda COVID-19 aşılarının bu salgının önlenmesi için insanlığın elinde bulunan etkin mücadele araçlarından biri olduğu düşünülmektedir. Her ne kadar özellikle yüksek aşılama oranlarına rağmen varyantlar değişkenlik gösterdikçe vaka sayıları yükselse de ölüm oranlarının aşılama öncesi döneme kıyasla az olması dünyanın "eski normale" dönmesi için ümitleri arttırmıştır. Ancak virüsün hızlı yayılma ve mutasyona uğrama özelliği göz önüne alındığında aşılama ya da bulunan yeni ilaçlı tedavilere erişim küresel düzeye ulaşmadıkça virüsün olumsuz etkilerinin bitmeyeceği öngörülebilir. Bu sebeple, DSÖ, COVID-19 pandemisinin ilanından sonra Dünya Ticaret Örgütü'ne (DTÖ) üye bazı gelişmekte olan ülkeler, özellikle Hindistan ve Güney Afrika, TRIPS Konseyi'nden DTÖ Genel Konseyine, COVID-19'un önlenmesi, yayılmasının önüne geçilmesi ve tedavisi için TRIPS anlaşmasındaki farmasötik patent yükümlülüklerinden feragat edilmesini tavsiye etmesini istedi.¹⁰

Bu bağlamda, bu makalede, sadece COVID-19 pandemisinde yaşanan süreç göz önünde bulundurularak, pandemi aşı ve ilaçları için patent

⁷ **Yamin**, Alicia (2003), 'Not Just a Tragedy: Access to Medications as a Right under International Law' Boston University International Law Journal, s. 370.

⁸ 'WHO Declares COVID-19 Outbreak a Pandemic' (Pharmaceutical Technology, 12 March 2020) < https://www.pharmaceutical-technology.com/news/who-declares-covid-19-pandemic/?utm_source=Army%20Technology&utm_medium=website&utm_campaign=Must%20Read&utm_content=Image > s.e.t. 12.05.2021.

⁹ 'WTO Members Discuss TRIPS Waiver Request, Exchange Views on IP Role Amid a Pandemic(DTÖ Üyeleri TRIPS Anlaşmasından Feragat Talebini Tartışıyor, Bir Pandeminin Ortasında Fikri Mülkiyetin Rolüne İlişkin Görüşleri Değişiyor)' (WTO, 23 February 2021)

<https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/trip_23feb21_e.htm> s.e.t. 12.05.2021.

¹⁰ Waiver From Certain Provisions of the Trips Agreement For The Prevention, Containment and Treatment of Covid-19, 2 October 2020, IP/C/W/669/Rev.1 (WTO 2021) < <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/IP/C/W669R1.pdf&Open=True> > s.e.t. 14.12.2021; **Haugen**, Hans Morten (2021), 'Does TRIPS (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) prevent COVID- 19 vaccines as a global public good?' The Journal of World Intellectual Property, S:1, C:26, 1-26, s. 6.

hakkından feragat edilmesi 3 ana başlık altında incelenecektir. İlk bölümde bir fikri mülkiyet hakkı olarak patent hakkı ve bu hakka ilişkin uluslararası düzenlemeler değerlendirilecektir. Çalışmamızın ikinci kısmında ise insanların ilaçlara erişim hakkı ve TRIPS Anlaşması arasındaki bağlantı analiz edilecektir. Üçüncü kısımda dünyanın salgın karşısındaki mevcut durumu analiz edilirken pandemi aşırıları ve ilaçları için fikri mülkiyet korumasından feragat üzerinde durulacak ve son kısımda ise pandemi aşırıları, ilaçları, teşhisleri ve diğer ilgili yöntemleri ile ilgili TRIPS Anlaşması'nda belirtilen fikri mülkiyet haklarından, özellikle de patentleri koruma yükümlülüğünden feragat edilmesi için kullanılabilecek hukuki yollar üzerinde durulacaktır.

II. FİKRİ MÜLKİYET HAKKI OLARAK PATENT HAKKI

A. PATENT HAKKININ KORUNMASININ TARİHÇESİ

Son yıllarda bilim, sanat ve özellikle teknoloji alanlarında görülen gelişmeler insanların kendi fikri ürünleri üzerindeki haklarını koruma ihtiyacı ile birleşmiş ve ortaya fikri mülkiyet hakları kavramı çıkmıştır. Mülkiyetin sadece elle tutulur, gözle görülür mallar üzerinde değil gayri maddi fikir ve

sanat eserleri üzerinde de kurulabiliyor olması neticesinde bir hukuk dalı olarak fikri mülkiyet haklarını konu alan fikri mülkiyet hukuku ortaya çıkmıştır. Günümüzde, fikri mülkiyet hukuku kapsamında düzenleme altına alınan fikri mülkiyet haklarına marka, patent, coğrafi işaretler, entegre devrelerin topografileri ve faydalı modelleri, endüstriyel tasarımları, benzeri işaret ve sembol ve logoları ile sınai tasarımlar örnek verilebilir¹¹ Konusunu insan zihninin ürünü olan zihni yaratımlar oluşturan fikri mülkiyet hakları, kural olarak gayri-maddi soyut mallar üzerinde kurulabilen,¹² kural olarak¹³ herkese karşı ileri sürülebilir ve sahibine tekel niteliğinde geniş yetkiler veren mutlak haklardır.¹⁴ Patent hakkı da sahibine bir takım yetkiler tanıyan fikri mülkiyet haklarından biridir.¹⁵ Nitekim patent hakkı sahibine hakkın konusunu oluşturan buluş üzerinde inhisarı yetkiler sağlamaktadır. Patent hakkı sahibi buluşunun yasal mevzuat kapsamında korunduğundan emin olmaktadır.¹⁶ Bir buluşun patentine sahip olmak hak sahibine o buluş üzerinde mutlak yetki vermekte ve bu yetkinin patent belgesi ile ispat edebilmesi mümkün olmaktadır.¹⁷

Daha genel bir ifade ile patentler, "buluşların hukuken korunması için kullanılan araçlardır" demek mümkündür. Patentler, "başkalarının buluşlarını lisans veya izin olmadan yapmasını, satmasını,

¹¹ **Tekinalp**, Ünal (2021), Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul, Vedat, s. 1 vd.

¹² Fikri mülkiyete konu olan haklar dış dünyaya özgün bir ürün, çizgi, şekil, renk, kompozisyon, tınılar, şiir ya da hikâye olarak yansır.

¹³ Her ne kadar örneğin telif hakkı, icatlar üzerindeki patent hakkı ya da ticari marka hakkı gibi fikri mülkiyet hukuku kapsamında koruma altına alınan haklardan birçoğu mutlak hak olarak kabul edilse de bu durumun bazı istisnaları vardır. Örneğin, coğrafi işaretler üzerindeki fikri mülkiyet hakkı mutlak nitelikte değildir ve sahibine inhisari yetkiler kazandırmaz.

¹⁴ Bu haklar mutlak hak kapsamında olsalar da fikri mülkiyete konu haklardan bir kısmı 5 yıllık, 10 yıllık gibi süreler ile sınırlı olabilmektedir.

¹⁵ Kaya makalesinde patent hakkını; "*buluş sahibinin yaratıcı düşüncesinin belirli bir zaman dilimi içinde yasal hükümler çerçevesinde koruma altına alındığını gösteren belge*" şeklinde tanımlamaktadır. Bknz; **Kaya**, Arslan (1997), "Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar" İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S:55, C:4, s. 173.

¹⁶ **Kaya**, s. 173.; **Şehirli**, Feyzan Hayal (1998), Patent Hakkının Korunması, 1. Baskı, Ankara, Turhan, s. 7; **Chapman**, Audrey R. (2001), 'Approaching Intellectual Property as a Human Right: Obligations Related to Article 15 (1) (c)' Copyright Bulletin, Unesco Publishing, S:3, C:35, s. 6.

¹⁷ **Kaya**, s. 173; **Tekinalp**, s. 153.

dağıtmasını, ithal etmesini veya kullanmasını önlemek için mucitlere verilen münhasır haklar" olarak da tanımlanabilir.¹⁸ Hangi ürün ve usullere patent verilebileceği konusunda bir sınırlama bulunmamaktadır. Ancak hayatın olağan akışında varlığını sürdüren fikirlerin ve halihazırda doğada var olan materyallerin patenti alınmaz.¹⁹ Buluşların patentinin alınabilmesi için belli tescil şartlarının yerine getirilmesi gerekmektedir.²⁰ Dolayısıyla buluşlar için patent alınması eserlerin ortaya konulduğu andan itibaren telif hakkına sahip olabilmesi gibi değildir.²¹

1. Paris Sözleşmesi

Bir buluş üzerinde patent alınarak o buluşun korunması ülke ile sınırlıdır. Yani buluş sahibi eğer birden fazla ülkede buluşunu korumak istiyorsa o ülkelerde patent hakkına sahip değildir. Dolayısıyla dünya patenti diye bir şey olmadığı söylenebilir.²² Ancak özellikle sanayi devrimi sonrası teknolojik gelişme ve buluşların artması ve ticari küreselleşmenin bir sonucu olarak tek bir ülkede alınan patent hakkı ile buluşun farklı ülkelerde de korunabilmesi gündeme gelmiştir.²³ Bu nedenle, ABD ve Avrupa

ülkeleri, fikri mülkiyet haklarına uluslararası bir koruma sağlayabilmek için bir yol aramaya başladılar.²⁴ Buluşların koruma altına alınması amacıyla uluslararası bir düzenleme ortaya çıkarmak için 1878 ve 1880 yılları arasında müzakereler yapan ülkelerin ilk icraatı 1883'te Sınai Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Paris Sözleşmesi'nin²⁵ kabul edilmesidir.

Sınai hakların korunmasını amaçlayan ve patent korumasının bir parçası olduğu ilk çok taraflı anlaşma olarak kabul edilen Paris Sözleşmesi, 1979 yılına kadar birçok değişikliğe uğramıştır. Sözleşmeye ilişkin sorunların giderilmesi amacıyla 'Sınai Mülkiyetin Korunması için Paris Birliği' adlı uluslararası bir örgüt kuruldu. Daha sonra ise yönetim organı, Birleşmiş Milletler'in uzmanlaşmış kuruluşlarından biri kabul edilen WIPO (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü) oldu. Paris Sözleşmesi'nin konusunu, marka, patent, faydalı model, tasarım, ticaret ünvanı, coğrafi işaret ve haksız rekabet oluşturmaktadır.²⁶ Sözleşme her ne kadar uluslararası alanda patentlerin korunması için atılan ilk adım olsa da ulusal patent yasalarının uyumlu hale getirilmesi

¹⁸ Commission on Intellectual Property Rights, Innovation and Public Health, *Public health, Innovation and Intellectual Property Rights* (WHO Geneva 2006) 194 <<http://www.who.int/intellectualproperty/documents/therport/ENPublicHealthReport.pdf>> s.e.t. 04.07.2021.

¹⁹ **Correa**, Carlos M. (2000), *Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries: The TRIPS Agreement and Policy Options*, 1. Baskı, Londra, Zed Books, s. 52.

²⁰ **Bently**, Lionel&**Sherman**, Brad (2014) *Intellectual Property Law*, 4. Baskı, Oxford, Oxford University Press, s. 375.

²¹ **Karapapa**, Stavroula& **McDonagh**, Luke (2019), *Intellectual Property Law*, 1. Baskı, Oxford, Oxford University Press, s.15.

²² **Öztürk**, Özgür (2021), 'Fikri Mülkiyet Sistemi ve COVID-19 Aşısına Erişim' (sarkac.org, 2021) <<https://sarkac.org/2020/04/fikri-mulkiyet-sistemi-ve-covid-19-asi-sina-erisim/>> s.e.t. 16.07.2021.

²³ **Gökovalı**, Ümmühan & **Bozkurt**, Kurtuluş (2006), 'Fikri Ve Sınai Mülkiyet Hakkı (Fsmh) Olarak Patentler: Dünya Ve

Türkiye Açısından Tarihsel Bir Bakış' Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S:17, C:135, s. 139.

²⁴ **Lee**, Joo-Young (2016), *A Human Rights Framework for Intellectual Property, Innovation and Access to Medicines*, 1. Baskı, Londra, Routledge, s. 11-12.

²⁵ Paris Convention for the Protection of Industrial Property(Sınai Mülkiyet için Paris Sözleşmesi); Bknz. Paris Convention for the Protection of Industrial Property (adopted 20 March 1883, entered into force 7 July 1884) 21 UST 1583, 828 UNTS 305 (Paris Sözleşmesi).

²⁶ Sözleşme 1979 yılına kadar altı kez (1900 tarihinde Brüksel, 1911 tarihinde Washington, 1925 tarihinde La Hey, 1934 tarihinde Londra, 1958 tarihinde Lizbon, 1967 tarihinde Stockholm ve 1979 tarihinde Paris) değişikliğe uğramıştır. Ayrıntılı bilgi için bknz. **Aplin**, Tanya& **Davis**, Jennifer (2013) *Intellectual property Law: Text, Cases and Materials*, 2. Baskı, Oxford, Oxford University Press, s. 546.; **Gökovalı**, Ümmühan & **Bozkurt**, Kurtuluş (2006), 'Fikri Ve Sınai Mülkiyet Hakkı (Fsmh) Olarak Patentler: Dünya Ve Türkiye Açısından Tarihsel Bir Bakış' Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S:17, 135, s. 139.

için etkili olamamıştır. Dolayısıyla bir buluş için birden fazla devlette patent alınması ihtiyacı devam etmiştir ve bu maliyeti arttırmıştır. Ayrıca Paris Sözleşmesi geliştirmekte olan ülkelerin ilaca erişimi hususunda büyük bir engel ortaya çıkarmıştır. Teknolojik yetersizlik nedeniyle buluş yapılamayan Hindistan ve Brezilya gibi ülkelere ilaçların ya da diğer patentli ürünlerin üretilmesi de zorlaşmıştır. Patent ile korunan ürünlerin, patenti veren geliştirmekte olan ülkelere üretilmemesi nedeniyle, geliştirmekte olan bu ülkelere teknoloji transferi mümkün olmamıştır.²⁷ Dahası Paris Sözleşmesinde patentler için Paris Sözleşmesi fikri ve sınai hakların korunması adına devletler için ulusal uygulama yükümlülüğünü sağlayamamış ve Sözleşmenin ihlali halinde ciddi bir yaptırım ortaya koyamamıştır.²⁸

Farklı ülkelere prosedürlerin takip edilerek resmi işlemlerin ayrı ayrı yapılmasını ve her ülke için ayrı bir patent başvurusunda bulunulmasını engellemek amacıyla 1970 yılında Patent İşbirliği Antlaşması (PCT)²⁹ imzalanmıştır. Bu anlaşmada, uluslararası uzman bir kuruluş olarak WIPO'ya (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü'ne) uluslararası patent başvurusu yapılması halinde bu başvurunun bütün üye ülkelerde hüküm ve sonuç doğurması ve dolayısıyla bütün üye ülkelerde patent başvurusu yapılmış sayılması kararlaştırılmıştır.³⁰ Bu Anlaşma her ne kadar buluş üzerindeki patentin uluslararası korunması için önemli bir gelişme olsa da yine de patent hakkının küresel olarak korunması için eksik

kalmıştır. Çünkü PCT anlaşması başvuru aşamasındaki işlemlerin tek elden yürütülmesi için sadece merkezi bir başvuru sistemi olarak öngörülmüştür. PCT anlaşması kapsamında, buluş sahibinin buluşunu ulusal aşamada koruması için, tek tek patent almak istediği ülkelere gitmesi ve o ülkelerin prosedürünü uygulaması ve patent hakkının yetkili mercilerce onaylanması gerekmektedir. Ulusal aşamada her ülkenin ayrı bir patent mevzuatının olması ve bu mevzuatlarda tam bir yeknesaklığın olmaması sebebiyle Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması'nın (TRIPS Anlaşması)³¹ kabul edilmiş, bu TRIPS anlaşması ile patentlenebilir konular ve koruma şartları bakımından yeknesak düzenlemeler öngörülmektedir.³²

2. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşma (TRIPS Anlaşması)

Patent hakkının küresel olarak korunması ve ülkelerin ulusal mevzuatlarını uluslararası patent mevzuatına uyumlu hale getirebilmeleri için yapılan uluslararası anlaşmalardan en fonksiyoneli ve en kapsamlısı TRIPS Anlaşması'dır. Anlaşma, kendisinden önce yapılan uluslararası düzenlemelere atıfta bulunarak onların çözüme ulaştırmadığı yaptırım gibi bazı spesifik konularda düzenlemeler içermektedir. Paris Anlaşmasından farklı olarak patentler, telif hakları, markadan doğan haklar, coğrafi işaretler ve tasarımlar gibi diğer fikri mülkiyet

²⁷ **Vaitsos**, Constantine (1972), 'Patents Revisited: Their Function in Developing Countries' The Journal of Development Studies, S:9, C:1, s. 80-81.

²⁸ **Matthews**, Duncan (2011), Intellectual Property, Human Rights and Development: The Role of NGOs and Social Movements, 1. Baskı, Cheltenham, Edward Elgar, s. 16; **Abbott**, Frederick M., (1989) 'Protecting First World Assets in the Third World: Intellectual Property Negotiations in the GATT Multilateral Framework' Vanderbilt Journal of Transnational Law S:22, C:4, s. 703-704.

²⁹ Patent Cooperation Treaty –PCT

³⁰ **Öztürk**, Özgür (2021), 'Fikri Mülkiyet Sistemi ve COVID-19 Aşısına Erişim' (sarkac.org, 2021) <<https://sarkac.org/2020/04/fikri-mulkiyet-sistemi-ve-covid-19-asi-sina-erisim/>> s.e.t. 16.07.2021.

³¹ Fikir Mülkiyet Haklarının Ticari Niteliklerine İlişkin Anlaşma (Agreement On Trade-Related Aspects Of Intellectual Property Rights) (TRIPS Anlaşması 1994), madde 33.

³² TRIPS Antlaşması yukarıda bahsedilen ve patent başvuru sürecine ilişkin usul kuralları getiren Paris Antlaşması ve PCT'den farklı olarak hakkın içeriğine ilişkin olan konuları düzenlemiştir.

haklarına ilişkin sadece usul kurallarını değil esasa ilişkin hususları da düzenlemektedir.

1986 ve 1994 seneleri arasında gerçekleştirilen Uruguay müzakereleri esnasında DTÖ'nün kurucu anlaşmasına ek bir şekilde kabul edilen TRIPS Anlaşması, DTÖ üyesi devletlerde fikri mülkiyet haklarına ilişkin yasal düzenlemeleri uyumlu hale getirerek küresel bir bakış oluşturmayı amaçlamaktadır.³³ Anlaşma tüm DTÖ üyelerini kapsamaktadır. Tüm üyeler fikri mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin iç hukuk mekanizmalarını Anlaşmaya uyumlu hale getirmekle yükümlüdür. Anlaşmaya uymayan ülkeler DTÖ içerisinde uyumsuzluk çözme mekanizmasına tabi olacaklardır.³⁴ TRIPS Anlaşmasına aykırı olarak bir uyumsuzluk çıkması halinde uyumsuzluğun Dünya Ticaret Örgütü temyiz organlarına getirilmesi mümkündür.³⁵

TRIPS Anlaşması ayrıca uluslararası ticaretteki çarpık düzenin önüne geçerek küresel ticareti serbestleştirmeyi ve teknolojik yenilikleri teşvik ederek teknolojiyi yayma ve transfer etmeyi amaçlamaktadır. TRIPS Anlaşması öncesinde ülkelerde patent verilmeyen ilaçların eşdeğerlerinin ya da benzerlerinin Hindistan, Brezilya gibi ülkelerde seri olarak üretilmesi yasal olarak sorun oluşturmamaktaydı. Bu durum da yeni buluşların ortaya konulması için bir engel oluşturmaktaydı. Örneğin, bir ilaç şirketi büyük Ar-Ge yatırımları yaparak hastalıkları önleyen bir ilaç bulduğunda bu ilacın

patentine sahip olmadığı ülkelerde ilacın başka şirketlerce üretilmesine karşın başvurabileceği pek fazla yol yoktu. Bu da özellikle ilaç firmalarının Ar-Ge alanında büyük yatırımlar yapmalarına engel oluyordu. TRIPS Anlaşması diğer DTÖ anlaşmalarından farklı olarak ülkelerin çıkarlarını değil fikri mülkiyet hakkı sahiplerinin yani bireylerin ve şirketlerin çıkarlarını öncelikle korumaktadır.³⁶

TRIPS Anlaşması, fikri mülkiyet haklarının küresel düzeyde korunmasını sağlamayı amaçlarken, bazen Anlaşmadan kaynaklı özellikle ilaçlara yönelik patent koruması gibi haklar insan haklarıyla karşı karşıya gelmesi mümkündür. Nitekim aşağıda daha detaylı değinileceği gibi insan hakları savunucuları, TRIPS Anlaşmasının insan haklarına özellikle insanların ilaçlara erişim hakkına aykırı hükümler içerdiğini savunmaktadırlar.

III. İLAÇLARA ERİŞİM HAKKI VE TRIPS ANLAŞMASI

Bireylerin yaşamlarının devamı için gerekli olan ilaçlara erişim haklarının engellenmesi küresel bir sorundur. Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Hedeflerinden biri "*herkes için güvenli, etkili, kaliteli ve uygun fiyatlı temel ilaçlara ve aşılarla erişimin sağlanması*"³⁷ olmasına rağmen, dünya çapında yaklaşık 2 milyar insanın uzun süreli hastalıklara, acılara ve ölümlere neden olan uygun fiyatlı ilaçlara erişiminin olmadığı görülmektedir.³⁸

³³ 'WTO | Intellectual Property - Overview Of TRIPS Agreement' (Wto.org) <https://www.wto.org/english/tra-top_e/trips_e/intel2_e.htm> s.e.t. 17.07.2021.

³⁴ **Arewa**, Olufunmilayo (2006), 'TRIPS and Traditional Knowledge: Local Communities, Local Knowledge and Global Intellectual Property Frameworks', *Marquette Intellectual Property Law Review*, S:10, C:2, s.156.

³⁵ Paris Sözleşmesi çerçevesinde böyle bir yaptırım mercii bulunmamaktadır.

³⁶ **Stillwell**, Matthew and **Tuerk**, Elisabeth (2001), 'Towards a Full Review of the WTO'S TRIPS Agreement Under Article

71.1' Centre for International Environmental Law Research Paper, s. 12 <https://www.ciel.org/wp-content/uploads/2015/03/Assessment_Trips_article711.pdf> s.e.t. 17.07.2021.

³⁷ 'Sustainable Development Goals: Goal 3. Target 3.8 (WHO, 2016) <<https://apps.who.int/iris/handle/10665/208286>> s.e.t. 07.07.2021.

³⁸ **Ozawa**, Sachiko et al (2019), 'Access to Medicines Through Health Systems in Low- and Middle-Income Countries' *Health Policy and System Research Journal*, S:34, C:3 1, s. 2.

İlaçlara erişim ifadesi ile kastedilen insan sağlığı için gerekli olan kalitesi yüksek, kanıtlanmış ilaçların bulunabilmesi ve satın alınabilmesidir. Her ne kadar ilaca erişim hakkı temel bir hak olarak ifade edilse de gelişmemiş ve gelişmekte olan ülkelerdeki birçok birey yüksek fiyatlar nedeniyle sağlıkları için gerekli olan temel ilaçlara erişim konusunda sorun yaşamaktadır.³⁹ Bu ülkelerde bireylerin ilaçlara erişim noktasında sorun yaşamalarının en temel sebebi ilaç firmalarının fikri mülkiyet haklarını korumak amacıyla aldıkları ilaçlar üzerindeki patentlerdir.

Özellikle TRIPS Anlaşması'nın⁴⁰ kabulü ile birlikte Dünya Ticaret Örgütü, üye ülkeleri yapılan buluşlar için başvurudan itibaren başlamak suretiyle hesaplanan yirmi yıllık bir süre patent koruması sağlayan hükümleri ulusal mevzuatlarına dahil etmeye mecbur etti.⁴¹ TRIPS Anlaşması, patent sahiplerine, patent süresi boyunca buluşu patent sahibinin rızasını almaksızın yapmaktan, kullanmaktan, satışa sunmaktan, satmaktan veya ithal etmekten alıkoymak için bir tekel hakkı vermektedir.⁴² İlaç şirketleri pazarda münhasır satıcı olma hakkını elde etmek amacıyla kendi buluşları olan ilaçları patent korumasına almaktadırlar. Söz konusu münhasır yetki ilaç şirketlerine kendi buluşları olan ilaçlar üzerinde istedikleri gibi kararlar alma ve

fiyatlandırma yapmalarına olanak sağlamaktadır.⁴³ İşte bu noktada patent hakkı ile ilaca erişilebilmesini kolaylaştırmaya çalışan kamu yararı arasında bir çatışma ortaya çıkmaktadır.⁴⁴

Kamu yararı bireylerin kolayca temel ihtiyaçları olan ilaçlara erişmesine olanak sağlanmasını gerektirirken, ilaç şirketleri bu duruma ticari yaklaşmakta ve sahip oldukları patentler sayesinde ilaçlar üzerinden daha fazla para kazanmayı amaçlamaktadır. Dünya Ticaret Örgütü üyesi devletler de TRIPS Anlaşması kapsamındaki yükümlülükleri ile bireylere sağlamaları gereken temel sağlık hakkı arasında kalmaktadır. TRIPS Anlaşması kapsamında korunan farmasötik patentlerin ilaç sektöründe rekabeti kısıtlamak ve temel ilaçların fiyatlarının olması gerekenden daha yüksek tutmak için kullanıldığı ilaçlara erişimi zor olan ülkeler ve insan hakları savunucuları tarafından savunulmaktadır. Nitekim patent süresi boyunca patentli ilaçların alternatifinin başka firmalarca üretilmesi mümkün değildir. Sonuç olarak eğer bir hasta patentli bir ilaca ulaşmak istiyorsa, bu durum hayati önem arz etse dahi ya ücretini bizzat ödemeli ya da kamusal sağlık sigortasına güvenmelidir.⁴⁵ Dünya üzerinde en çok hastalıklara rastlanan ve dolayısıyla ilaçlara talebin yüksek olduğu ülkeler, ne yazık ki,

³⁹ **Wirtz**, Veronika J. et al (2016), 'Access to medications for Cardiovascular Diseases in Low- and Middle-Income Countries' *Circulation* 2016, S:133, C:21, s. 2077-2081; **Hunt**, Paul & **Khosla**, Rajat (2008), 'The human right to medicines' *SUR International Journal of Human Rights*, S:5, C:8, s. 99, 100; **Ozawa**, Sachiko et al (2019), 'Access to Medicines Through Health Systems in Low- and Middle-Income Countries' *Health Policy and System Research Journal*, S:34, C:3 1, s. 3.

⁴⁰ Fikir Mülkiyet Haklarının Ticari Niteliklerine İlişkin Anlaşma (Agreement On Trade-Related Aspects Of Intellectual Property Rights) (TRIPS Anlaşması 1994), madde 33.

⁴¹ **Ahmadiani**, Saeed & **Nikfar** Shekoufeh (2016), 'Challenges of Access to Medicine and the Responsibility of Pharmaceutical Companies: A Legal Perspective' *Daru Journal of pharmaceutical Sciences* S:24, C:13, s. 3.

⁴² Fikri Mülkiyet Haklarının Ticari Niteliklerine İlişkin Anlaşma (Agreement On Trade-Related Aspects Of Intellectual Property Rights) (TRIPS Anlaşması 1994), madde 28; **Karapapa**, Stavroula & **McDonagh**, Luke (2019), *Intellectual Property Law*, 1. Baskı, Oxford, Oxford University Press, s. 16-18.

⁴³ **Gurgula**, Olga & **Lee**, Wen Hwa (2021), 'COVID-19, IP and Access: Will the Current System of Medical Innovation and Access to Medicines Meet Global Expectations?' *Brunel University Research Paper*, s. 3.

⁴⁴ **Gurgula**, Olga (2017), 'Monopoly v. Openness; Two Sides of IP Coin in the Pharmaceutical Industry' *World Intellectual property Journal* S:20, C:206, s. 214.

⁴⁵ **Joseph**, Sarah (2013), *Blame it on the WTO*, 1. Baskı, Oxford, Oxford University Press, s. 214; **Ahmadiani** & **Nikfar**, s. 2.

gelişmemiş ya da gelişmekte olan ülkelerdir. Bu durum göz önünde bulundurulduğunda, hastaların ve ülkelerin ekonomik durumunu düşünüldüğünde patentli ilaçlara erişimin devletlere büyük bir mali yük oluşturduğu ve hayati durumlarda dahi zor olduğu ortadadır.⁴⁶ Bu durum da hastalık kaynaklı ölüm oranlarını arttırmaktadır.⁴⁷

Gelişmekte olan ülkeler ve insan hakları savunucuları TRIPS Anlaşması dayanak gösterilerek ilaçlara verilen patentlerin esnetilerek, maddi imkânı kısıtlı olan insanların da özellikle hayati ilaçlara erişiminin kolaylaştırılmasını savunsa da⁴⁸ ilaç şirketlerinin desteğini arkasına alan patent hakkı savunucuları böyle düşünmemektedir. Nitekim ilaçlara sağlanan patentlerden feragat edilmesi ya da esnetilmesi sonucunda ilaç şirketleri zarar görecektir. İhtiyacı olan insanlara ilaç sağlamak ne kadar insani bir görev olsa da ilaç şirketleri için ilaç geliştirmenin ve pazarlamanın ekonomik bir faaliyet olduğu unutulmamalıdır. Zira ekonomik amaç gütmeyen bir şirketin araştırma ve geliştirme (Ar-Ge) yatırımları da azalacak ve yeni ilaçların buluşu mümkün olmayacaktır.⁴⁹ Bu durumun en göz önündeki örneklerinden biri onlarca yıldır özellikle Afrika'daki gelişmemiş ülkelerde aktif olan Ebola virüsü için aşı bulunamazken, Coronavirus için çok kısa sürede aşı geliştirilmiş olması olabilir.⁵⁰ Öyle ki aşı çıkar çıkmaz ekonomik olarak gücü yeten bütün ülkeler

aşılı sipariş edebilmek için adeta bir yarışa girmişlerdir.⁵¹

Bu duruma bir diğer örnek de İngiliz ilaç şirketi Burroughs Welcome tarafından, HIV/AIDS'e karşı keşfedilen Azidotimidin (AZT) adlı ilaç ve bu ilaca erişim noktasında gerçekleşmiştir. Burroughs Welcome şirketi Azidotimidin adlı ilacın patentini alarak Ar-Ge'ye harcanan yüksek maliyetli yatırımlarını telafi etmek amacıyla yılda hasta başına 10.000 dolardan daha yüksek bir fiyat belirlemiştir. Bu HIV/AIDS'ten mustarip birçok insanın karşılamayacağı kadar yüksek olan ilaç fiyatı nedeniyle birçok sosyal toplum kuruluşu ve insan hakları savunucusu harekete geçmiştir. Zira söz konusu ilaç onlarca yıldır insanları mustarip eden iki tehlikeli virüse karşı hastaların hayatını kurtarıcı fonksiyona sahiptir ancak maddi imkansızlıklar nedeniyle hastalar bu ilaca erişememektedir. İnsan hakları savunucuları ilacın fiyatının düşürülmesi için çağrıda bulunsa da Burroughs Welcome şirketi ilacın bulunması için yapılan yüksek Ar-Ge harcamalarını gerekçe göstererek bu çağrılarını reddetmiştir.⁵² Bu tek örnek değildir. Kuş gribi, şarbon ya da kanser gibi hastalıklarla mücadele için bulunan birçok ilaç için ilaç firmaları yüksek fiyatlar talep etmekte ve hastalar bu ilaçlara erişememektedir.⁵³

Patent hakkından kaynaklanan maddi imkânı olmayan insanların ilaçlara erişememesi

⁴⁶ **Doorslaer**, Eddy van et al. (2007), 'Catastrophic Payments for Health Care in Asia' Health Economics, S:16, s. 1159.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ **Joseph**, s. 214.

⁴⁹ **Lee**, s. 28; **Gurgula & Lee**, s. 3; **Gurgula**, s. 208.

⁵⁰ **Hensley**, Scott, 'Would A Prize Help Speed Development Of Ebola Treatments?' (Wbur.org, 2021) <<https://www.wbur.org/npr/341894957/would-a-prize-help-speed-development-of-ebola-treatments>> s.e.t. 19.07.2021.

⁵¹ Monash University and others, 'How COVID Vaccines Are Being Divvied Up Around The World' (Nature.com, 2021)

<<https://www.nature.com/articles/d41586-020-03370-6>> s.e.t. 17.07.2021.

⁵² **Liedtka**, Jeanne (2008), Burroughs Wellcome and the Pricing of Azt (a), Darden Case No. UVA-E-0074, s. 2; **Yamane**, Hiroko (2011), Interpreting TRIPS: Globalization of Intellectual Property Rights and Access to Medicines, 1. Baskı, Oxford, Hart Publishing, s. 263.

⁵³ **Eppich**, Christopher K. (2002), 'Patenting Dilemma: Drugs for Profit Versus Drugs for Health', Santa Clara Law Review, S:43, C:1, s. 290; **Gabble**, Ravinder&**Kohler**, Jillian Clare (2014), 'To Patent or Not to Patent? The Case of Novartis' Cancer Drug Glivec in India', Globalization and Health, S:10, C:3, s.4.

durumu TRIPS Anlaşması ile daha çok gündeme gelmiştir. Çünkü TRIPS Anlaşması'nın kabulünden önce gelişmekte olan ülkeler, fikri mülkiyet haklarına yönelik olarak iç hukuk sistemlerini ülkenin sosyo-ekonomik ihtiyaçlarına göre uyarlama konusunda belirli bir takdir hakkına sahiplerdi. Nitekim bu ülkeler küresel ilaç şirketleri tarafından üretilen ilaçlar için yüksek ilaç ücretleri ödemekten kaçınmak için bu ilaçların eşdeğerlerini daha düşük ücretlere üretebiliyor ya da başka ülkelerden satın alabiliyorlardı.⁵⁴ TRIPS Anlaşmasına yönelik eleştirilerin önüne geçebilmek için gelişmekte olan ve en az gelişmiş ülkelere, patentler dahil tüm fikri mülkiyet alanlarındaki TRIPS yükümlülüklerini ertelemeleri ve kendilerini Anlaşmaya adapte etmeleri için geçiş süreleri verildi. Bu süre gelişmekte olan ülkeler için 1 Ocak 2005'te sona erdi ve bu ülkeler TRIPS Anlaşmasının hükümlerini tam olarak uygulamak zorundalardır.⁵⁵ 1 Ocak 2005 itibarıyla⁵⁶ Dünya Ticaret Örgütü'ne üye ülkeler, TRIPS'in minimum patent koruma standartlarını benimsemekle yükümlüdür. Ancak gelişmemiş ülkeler için, ilaçla ilgili olarak geçiş dönemi 1 Ocak 2016'ya, ardından 1 Ocak 2033'e kadar uzatılmış ve bu ülkelere yardımcı olabilmek adına geçiş döneminde gelişmiş ülkeler bu ülkelere teşvik sağlamak zorunda bırakılmıştır.⁵⁷

Üye ülkeler, kendi iç hukukunu kurgularken yaparken ya da mevcut hükümlerde değişiklik yaparken kamu sağlığının korunması ve toplumun beslenmesinin kesintisiz sağlanması için gerekli düzenlemeleri yapabilir. Ayrıca üye devletlerin sosyo-ekonomik ve teknolojik gelişim için yaşamsal önem taşıyan sektörlerde kamu yararını sağlamak adına gerekli önlemleri alabilmeleri de mümkündür. Ancak bu önlemler de TRIPS Anlaşma hükümlerine uygun olmalıdır.⁵⁸ Üye devletlere insanlar ile hayvanlar üzerinde hastalığın teşhisi, tedavisi ve cerrahi yöntemler gibi bazı buluşları patent korumasının dışında tutma hakkı verilmiştir. Ancak sayılanlar dışında kalan buluşların patent koruması kapsamında olacağı da kabul edilmiştir. Bu buluşlara günümüzün en önemli gündem maddelerinden biri olan COVID-19 aşılı da dahildir ve her ülkede aşığı bulan firma adına patent koruması altındadır.⁵⁹

IV. COVID-19 AŞILARI VE İLAÇLARI İÇİN FİKRİ MÜLKİYET KORUMASINDAN FERAGAT

Dünya Sağlık Örgütü tarafından küresel bir salgın olarak ilan edilen ve insanların hayatı için risk oluşturan COVID-19 virüs salgını,⁶⁰ çok kısa

⁵⁴ Hindistan, Güney Afrika ve Brezilya gibi ilaç üretim kapasitesine sahip diğer gelişmekte olan ülkeler, halklarının ihtiyaçlarını korumak ve diğer ülkelere düşük fiyatlı ilaçlar ihraç etmek için orijinal ilaçlara ucuz jenerik alternatifler üretme konusunda serbestliğe sahiptiler. Bu nedenle, jenerik ilaç endüstrisini kısıtlayacak herhangi bir önlem almayı reddettiler. Bu tür ülkeler, patentleri ve fikri mülkiyet haklarını genel olarak "tüm insanlara ait olan ortak mirasın bir parçası" olarak kabul ettiler. Bknz; Lee, s. 15.

⁵⁵ Fikir Mülkiyet Haklarının Ticari Niteliklerine İlişkin Anlaşma (Agreement On Trade-Related Aspects Of Intellectual Property Rights) (TRIPS Anlaşması 1994), madde 65.

⁵⁶ Bu tarihten sonra artık ülkeler, milyarlarca ilaç üretme kabiliyetine sahip olsalar bile patent hakkına sahip olmadıkları hiçbir ilacı ya da jenerik eşdeğerini üretememişlerdir.

⁵⁷ TRIPS Anlaşması, ek madde 66.1; Extension of the Transition Period Under Article 66.1 of the Trips Agreement for Least Developed Country Members for Certain Obligations With Respect to Pharmaceutical Products, IP/C/73 (WTO, 2015) <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/IP/C/73.pdf&Open=True>> s.e.t. 10.12.2021.

⁵⁸ TRIPS Anlaşması, madde 8.

⁵⁹ Öztürk, Özgür (2021), 'Fikri Mülkiyet Sistemi ve COVID-19 Aşısına Erişim' (sarkac.org, 2021) <<https://sarkac.org/2020/04/fikri-mulkiyet-sistemi-ve-covid-19-asi-sina-erisim/>> s.e.t. 16.07.2021.

⁶⁰ 'WHO Declares COVID-19 Outbreak a Pandemic' (Pharmaceutical Technology, 12 March 2020) <<https://www.pharmaceutical-technology.com/news/who-declares-covid-19-pandemic/>>

sürede tüm dünyayı etkilemiştir.⁶¹ Bu salgın sadece sağlık adına bir tehdit olmakla kalmayıp aynı zamanda birçok alanda ulusal ve uluslararası düzeyde çeşitli hukuki sorunlara da neden olmaktadır. Her gün salgının bitimine biraz daha yaklaşıyoruz diye umut etsek de hala bir salgının ortasında olduğumuz için uzun vadeli etkilerini tahmin etmek kolay değildir ve bu durum süreci zorlaştırmaktadır.

Küresel bir salgına sebebiyet veren koronavirüsün yayılmasını kontrol altına alabilmek için ülkeler eve kapanma, dönüşümlü ya da evden çalışma, sokağa çıkma yasakları ve çeşitli seviyelerde karantina uygulamaları yapmaktadır.⁶² Virüsle mücadele etmek için alınan önlemlerin de etkisiyle, COVID-19 salgını sadece sağlığı etkileyen bir durum olmakla kalmamış aynı zamanda son yılların en büyük ekonomik ve sosyal krizlerinden birine sebebiyet vermiştir.⁶³ İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı'na (OECD) göre COVID-19 salgınının dünya ekonomisi üzerinde sebep olduğu zarar şimdiden küresel 2008 yılı finansal krizinden çok daha büyüktür.⁶⁴

COVID-19 virüsünün sebep olduğu salgını kontrol altına almak için alınan tedbirlerin hafifletilmesi ve yılın ilk yarısında çöken işletmelerin

yeniden açılmasının ardından ekonomik performans hızla toparlansa da ekonomilerin gelişme hızı ivme kaybetmiştir.⁶⁵ COVID-19 salgınına karşı şimdilik elimizde bulunan en değerli çözüm aşılardır. Aşının kısa sürede bulunması salgının bitimine ve eski normale dönüşe ilişkin bir umut olmuştur. Ancak İngiltere, ABD ve İsrail gibi ülkelerde yüksek aşı oranlarına ulaşılmasına rağmen yeni mutasyonlarla vaka sayılarının artmakta olması aşılama küresel düzeyde gerçekleşmedikçe salgının bitmeyeceğini göstermektedir.⁶⁶ Salgının bir süre daha devam etmesi ise birçok şirket için sonun başlangıcı anlamına gelmektedir.

COVID-19 aşıları kısa sürede bulunmuş olsa da üretimi ve dağıtımı o kadar kolay olmamıştır. Zira ekonomisi güçlü ülkeler bile COVID-19 aşısına erişimde sorun yaşarken, gelişmemiş ülkelerin aşuya erişiminin ne kadar zor olduğu ortadadır. Aralık 2020 sonu itibarıyla aşuya erişebilen ülkelerde öncelikli gruplardan başlanmak üzere aşılama başlamıştır. 17 Temmuz 2021 tarihi itibarıyla dünya genelinde 3,573,625,156 doz aşı yapıldığı görülmektedir.⁶⁷ Bazı ülkeler iki doz aşı hedefine ulaşmaya çalışırken ülkemizde de olduğu gibi bazı bölgelerde üçüncü doz aşılama geçmişlerdir. Yemen, Mali gibi ülkelerde bu oran oldukça düşükken Haiti gibi

19-pandemic/?utm_source=Army%20Technology&utm_medium=website&utm_campaign=Must%20Read&utm_content=Image> s.e.t. 17.07.2021.

⁶¹ 'COVID-19 and World Trade' (WTO) <https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/covid19_e.htm> s.e.t. 17.07.2021.

⁶² **Enriques**, Luca (2020), 'Pandemic-Resistant Corporate Law: How To Help Companies Cope With Existential Threats And Extreme Uncertainty During The Covid-19 Crisis', *European Company and Financial Law Review* S:17, s. 3.

⁶³ **Karatepe Kaya**, Meltem (2021), 'Impact of the COVID-19 Outbreak on Minority Shareholder Protection' *Business Law Review*, S:42, C:2, s. 68.

⁶⁴ 'Global Economy Will Suffer For 'Years To Come' (*BBC News*, 2020) <<https://www.bbc.com/news/business-52000219>> s.e.t. 17.07.2021.

⁶⁵ 'OECD Economic Outlook, Interim Report September 2020' (OECD, 2020) <<http://www.oecd.org/economic-outlook/>> s.e.t. 17.07.2021.

⁶⁶ 'COVID-19 UK: D&O Liabilities and Risk Management Relating To Coronavirus' (*Clydeco.com*, 2020) <https://www.clydeco.com/en/insights/2020/04/covid-19-do-potential-liabilities-and-risk-managem> s.e.t. 17.07.2021.

⁶⁷ 'Covid-19 Vaccine Tracker: The Global Race To Vaccinate' (*Ig.ft.com*, 2021) <<https://ig.ft.com/coronavirus-vaccine-tracker/?areas=gb&areas=isr&areas=usa&areas=eue&areas=can&areas=chn&areas=ind&cumulative=1&doses=total&populationAdjusted=1>> s.e.t. 17.07.2021.

bazı gelişmemiş ülkelerde ise henüz tek doz dahi aşı uygulanmamıştır. Türkiye'nin de dahil olduğu bazı ülkeler aşıya erişimi olmayan ülkelere aşı bağışında bulunsun da⁶⁸ ne yazık ki dünya nüfusu göz önünde bulundurulduğunda bu ülkelerde yeterli oranda aşılamanın yapılmasının sadece bağışlarla olmayacağı açıktır. Aşıya erişimi kısıtlı olan ülkeler de bağıştan ziyade patent sahipleri tarafından dava edilecekleri endişesinden bağımsız olarak kendi aşılarını geliştirme ve yapma hakkı istemektedir.⁶⁹ Bir çözüm olarak COVID-19 aşılarının üretimi için ülkelerin TRIPS yükümlülüklerini yerine getirme zorunluluğundan feragat yani DTÖ'nün bu şekilde hareket eden ülkelere bir yaptırım uygulamaması gündeme getirilmiştir. Bu durum DSÖ ve bazı dünya liderleri tarafından da desteklenmekte ve COVID-19 salgınının olağanüstü küresel bir sağlık krizi olması nedeniyle olağanüstü önlemler gerektirdiği dile getirilmektedir.⁷⁰

TRIPS Konseyi, aşı krizini küresel bir acil durum kabul ederek COVID-19 salgınına önlemek ve kontrol altına almak amacıyla DTÖ Genel Konseyine TRIPS anlaşmasındaki farmasötik patent yükümlülüklerinden feragat edilmesini önerdi.⁷¹ DTÖ, küresel talebe cevap verebilmek ve yeterli miktarda aşının uygun fiyatlarla hızlı bir şekilde

bulunmasını sağlamak için üye devletlerin iş birliği yapması gerektiğini belirtmiştir.⁷²

V. COVID-19 AŞISINDA VE İLAÇLARINDA PATENT YÜKÜMLÜLÜKLERİNDEN FERAGAT EDİLMESİ İÇİN KULLANILABİLECEK HUKUKİ YOLLAR

Hayati önem taşıyan aşılar, aşıyı geliştiren ilaç şirketlerinin fikri mülkiyet hakkının korunmasından feragat edilmesi yeni bir tartışma konusu değildir. Örneğin, 2000li yılların başlarında, Hintli bir şirket olan Cipla, insan hakları savunucularının çabaları sonucu Güney Afrika'dan patent alan antiretroviralleri daha ucuza üretmiş ve böylelikle Afrika'da o dönem HIV salgınının kontrol altına alınmasına katkı sağlamıştır.⁷³ Ancak özellikle 2000'li yıllardan sonra şirketlerin daha güçlü fikri mülkiyet korumalarına sahip olduğu ve dolayısıyla patent hakkından feragatin pek mümkün olmadığını belirtmek gerekmektedir.⁷⁴ Antiretrovirallere daha kolay erişim sağlanması için patent koruması zorunlu lisanslama yoluyla aşılmıştır.

TRIPS Anlaşması, buluş sahiplerinin fikri mülkiyetten doğan haklarını koruyarak onları daha

⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. 'Türkiye'nin Hibe Ettiği Kovid-19 Aşıları Bosna Hersek'e Ulaştı' (Aa.com.tr, 2021) <<https://www.aa.com.tr/tr/koronavirus/turkiyenin-hibe-ettiği-kovid-19-asilari-bosna-herseke-ulasti/2190616>> s.e.t. 17.07.2021.

⁶⁹ Springer Nature and others, 'A Patent Waiver On COVID Vaccines Is Right And Fair' (Nature.com, 2021) <<https://www.nature.com/articles/d41586-021-01242-1>> s.e.t. 18.07.2021.

⁷⁰ **Macias**, Amanda, **Breuninger**, Kevin & **Franck**, Thomas (2021), 'U.S. Backs Waiving Patent Protections For Covid Vaccines, Citing Global Health Crisis' (cnbc.com) <<https://www.cnbc.com/2021/05/05/us-backs-covid-vaccine-intellectual-property-waivers-to-expand-access-to-shots-worldwide.html>> s.e.t. 17.07.2021.

⁷¹ DTÖ TRIPS Konseyi, Hindistan ve Güney Afrika'dan COVID-19'un Önlenmesi, Muhafaza Edilmesi ve Tedavisine İlişkin

TRIPS Anlaşmasının Bazı Hükümlerinden Feragat Edilmesine İlişkin Tebliğ (2 Ekim 2020); 'Members Discuss TRIPS Waiver Request, Exchange Views on IP Role Amid a Pandemic' (WTO, 23 February 2021) <https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/trip_23feb21_e.htm> s.e.t. 17.07.2021.

⁷² DTÖ TRIPS Konseyi, Hindistan ve Güney Afrika'dan COVID-19'un Önlenmesi, Muhafaza Edilmesi ve Tedavisine İlişkin TRIPS Anlaşmasının Bazı Hükümlerinden Feragat Edilmesine İlişkin Tebliğ (2 Ekim 2020).

⁷³ **Ellen 't**, Hoen & **Berger**, Jonathan & **Calmy**, Alexandra & **Moon**, Suerie (2011), 'Driving a decade of change: HIV/AIDS, patents and access to medicines for all', Journal of the International AIDS Society, S:14, C:1, s.15.

⁷⁴ **Sariola**, Salla (2021), 'Intellectual Property Rights Need To Be Subverted To Ensure Global Vaccine Access', BMJ Global Health, S:6, C:4.

çok Ar-Ge yatırımı yapmaya teşvik etmektedir. Anlaşma aynı zamanda kamusal sağlıkla ve insan haklarıyla, fikri mülkiyet hakları arasındaki dengeyi kurabilmek için de bazı düzenlemeler içermektedir. Nitekim, 20 Kasım 2001 tarihinde yayınlanan TRIPS Anlaşması ve Kamu Sağlığı Hakkındaki Doha Bildirgesi ile Anlaşmanın 31. maddesinde düzenlenmiş olan ülkelerin zorunlu lisanslama hakkına vurgu yapılmıştır.⁷⁵ Buna göre, TRIPS Anlaşması'nın 31. maddesinde anılan birtakım şartların varlığında patent hakkı ile kamu sağlığı ve dolayısıyla insan hakları arasındaki dengeyi kurabilmek adına patent sahibinin bazı haklarının göz ardı edilmesi ve devletlerin farmasötik tedaviler için zorunlu lisans verebilmesi mümkündür. Bu lisans aracılığıyla devletler patent sahibinin rızası aranmaksızın söz konusu ilacın üretim ve dağıtımını yapabilirler.⁷⁶ TRIPS Anlaşması 31. madde uyarınca zorunlu lisanslama konusunda ayrı ayrı durumların gereğine göre karar alınması gerekmektedir.⁷⁷ Ancak salgın gibi olağanüstü bir halin varlığında patent hakkı sahibinden izin almaya gerek yoktur. Sadece uygun zamanda haberdar edilmesi yeterli olacaktır. Zorunlu lisanslama karşılığında yine patent sahibine makul bir ücret ödenmesi gerekmektedir (madde 31/h).⁷⁸ Doha Bildirgesi'nin 5. maddesinde HIV/AIDS, tüberküloz, sıtma ve diğer salgın hastalıklarla alakalı olan sağlık sorunları dahil olmak üzere kamu sağlığı krizlerinin” “ulusal bir acil

durum veya diğer aşırı acil durumlar” oluşturabileceği ifade edilmektedir. Bu ifadeden yola çıkarak kıyas yoluyla COVID-19'un da çok ciddi bir sağlık krizi olduğu ve acil bir kamu sağlığı krizi olduğunu dolayısıyla zorunlu lisanslamaya konu olabileceğini söylemek mümkündür. Bu husus 18 Haziran 2021 tarihli Avrupa Birliği'nin (AB) TRIPS Konseyi'nin kabul edilmesini ve Genel Konsey'e tavsiye etmesini talep ettiği teklifinde de açıkça dile getirilmiştir.⁷⁹

Ancak COVID-19 aşılı için zorunlu lisanslama yeterli görülmemektedir.⁸⁰ Ülkeler arası yapılacak müzakereler için de yeterli zamanın olmadığı ortadadır. Zira her geçen gün virüs yeni mutasyonlar ortaya çıkarmakta, salgınla mücadele daha da zorlaşmakta ve salgının süresi uzamaktadır. Dolayısıyla zorunlu lisanslamadan ziyade ilaç şirketlerinin aşı üzerindeki haklarından feragat etmeleri; hatta belki aşı için hiç patent başvurusunda bulunmama- ları ya da aşının farklı ülkelerde üretilmesi durumunda bunu görmezden gelmeleri daha pratik ve tercih edilen bir uygulama olabilir.

Aşıda patent hakkından vazgeçilmesine karşı çıkan ülkeler mevcut DTÖ kurallarının zaten üye ülkelere acil durumlarda fikri mülkiyeti geçersiz kılmak için 'zorunlu lisanslama' başvurusunda bulunma hakkını verdiğini savunmaktadır. Nitekim Bolivya zorunlu lisanslama hakkını kullanarak, Kanada merkezli Johnson & Johnson şirketi tarafından

⁷⁵ TRIPS Anlaşması ve Kamu Sağlığı Hakkındaki Doha Bildirgesi

⁷⁶ Fikir Mülkiyet Haklarının Ticari Niteliklerine İlişkin Anlaşma (Agreement On Trade-Related Aspects Of Intellectual Property Rights) (TRIPS Anlaşması 1994), madde 31

⁷⁷ **Correa**, Carlos M, 'Integrating Public Health Concerns Into Patent Legislation in Developing Countries' (South Center 2000) <https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2017/06/Bk_2000_Integrating-Public-Health-Concerns-into-Patent-Legislation_EN.pdf> s.e.t. 15.12.2021.

⁷⁸ Fikir Mülkiyet Haklarının Ticari Niteliklerine İlişkin Anlaşma (Agreement On Trade-Related Aspects Of Intellectual Property Rights) (TRIPS Anlaşması 1994), madde 31/h.

⁷⁹ Draft General Council Declaration On The Trips Agreement And Public Health In The Circumstances Of A Pandemic Communication From The European Union To The Council For Trips, 18 June 2021, IP/C/W/681 (WTO 2021) <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q/IP/C/W681.pdf>> s.e.t. 15.12.2021.

⁸⁰ **Sariola**, Salla (2021), 'Intellectual Property Rights Need To Be Subverted To Ensure Global Vaccine Access', BMJ Global Health, S:6, C:4.

üretilecek COVID aşısının ülkesinde üretilmesi için izin almak üzere DTÖ'ye başvurmuştur.⁸¹ İzin alınması halinde Johnson & Johnson şirketi tarafından bulunan aşılarda Ontario merkezli ilaç şirketi Biolyse Pharma tarafından Bolivya'da üretilmektedir. Zorunlu lisanslama için Bolivya'nın sunduğu izin talebine henüz bir cevap alınmamıştır. Bununla birlikte, Birleşik Krallık'ta patent yasası üzerine çalışan bir grup araştırmacı, aşıda patent hakkından feragat ilişkin hazırlamış oldukları belgede, zorunlu lisansların son derece karmaşık ve başvuruda bulunmanın zaman alıcı olduğuna dikkat çekmektedir.⁸²

Ayrıca, birçok ülke zorunlu lisans hakkını kullanmaktan çeşitli gerekçelerle kaçınmaktadır. Öncelikle ifade etmeliyiz ki birçok ülke zorunlu lisanslama hakkını kullanabilmek için ulusal hukuklarını uyumlu hale getirmemiştir. Türk hukuku açısından zorunlu lisanslama konusuna baktığımızda karşımıza 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun⁸³ 129 ve devamı maddeleri çıkmaktadır. Anılan Kanun'un 132. maddesi uyarınca kamu sağlığı veya millî güvenlik gerekçeleriyle patent konusu buluşun kullanılmaya başlanması, kullanımının artırılması, genel olarak yaygınlaştırılması, yararlı bir kullanım için ıslah edilmesinin büyük önem taşıması veya patent konusu buluşun kullanılmamasının ya da nitelik veya nicelik bakımından yetersiz kullanılmasının ülkenin ekonomik veya teknolojik gelişimi bakımından ciddi zararlara sebep olacağı hâllerde

Cumhurbaşkanı tarafından zorunlu lisans kararı alınması mümkündür. Kamunun yararına olduğu düşünülen durumlarda ilgili Bakanlığın teklifi aranmaksızın Cumhurbaşkanı tarafından zorunlu lisans verilmesine doğrudan karar verilebilir.

Bunun yanında, bazı ülkeler de zorunlu lisanslama hakkının kullanımını sınırlayan hükümler içeren ikili ticaret anlaşmaları nedeniyle buaktan kaçınmaktadır. Yine ABD gibi güçlü ülkelerin ticari yaptırım uygulamasından çekinen bazı ülkelerin de bu hakkı kullanmaktan kaçınması olağandır.⁸⁴ Zira ülkeler sadece tek bir ilaç için değil diğer başka ilaçlar ve tedaviler için de bu şirketlere ihtiyaç duymaktadır.

Zorunlu lisanslama ile ilgili başka bir sorun ise devletlerin zorunlu lisans kapsamında ilaç şirketlerinin üretim sırlarına vakıf olup olamayacağıdır.⁸⁵ Özellikle COVID-19 aşılarının ortaya çıkan yeni mutasyonlara göre güncellenmesi ihtimalinin düşünüldüğü şu süreçte bu tartışmalar büyük öneme sahiptir. Genel olarak, ticari sırların üçüncü şahıslar tarafından zorla ifşaya veya meşru kullanıma ne ölçüde tabi olabileceği ulusal kanunlarla düzenlenmektedir.⁸⁶ Örneğin, AB'de Ticari Sırlar Direktifi, ticari sır bilgilerinin yasal olarak oluşturulmasına veya keşfedilmesine karşı koruma sağlamaktadır.⁸⁷ Dolayısıyla farmasötik alanında, bir üçüncü şahıs, klinik araştırma verileri de dahil

⁸¹ 'Bolivia Invokes Compulsory License For COVID-19 Vaccines Under TRIPS - Foro Permanente De Política Exterior' (Foro Permanente de Política Exterior, 2021) <<https://foropoliticaexterior.cl/bolivia-invokes-compulsory-license-for-covid-19-vaccines-under-trips/>> s.e.t. 18.07.2021.

⁸² **Thambisetty**, Siva & others (2021), 'The TRIPS Intellectual Property Waiver Proposal: Creating The Right Incentives In Patent Law And Politics To End The COVID-19 Pandemic', LSE Legal Studies Working Paper No. 06.

⁸³ 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, RG, 22.12.2016, S. 29944.

⁸⁴ **Özkök Gökmen**, Başak (2021) 'COVID-19 Aşıları Üzerindeki Patent Hakkının Kapsamının Kamu Sağlığı Açısından

Değerlendirilmesi' Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C:25, S:3, s. 202.

⁸⁵ **Gurgula**, Olga & **Hull**, John (2021) 'Compulsory licensing of trade secrets: ensuring access to COVID-19 vaccines via involuntary technology transfer', *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, s. 1-20.

⁸⁶ *ibid.*

⁸⁷ The Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure (hereinafter 'the EU Trade Secrets Directive').

olmak üzere, bir pazarlama ruhsatı dosyasının parçası olarak sunulan belirli bilgilere erişme hakkına sahiptir.⁸⁸ Ancak, ne AB'de ne de ABD'de fikri mülkiyet hukukunda, ticari sırların rakiplerle veya devletle paylaşılması için zorunlu erişime izin veren özel hükümler yoktr.⁸⁹ Fikri mülkiyet hukuku kapsamında ticari sırların zorunlu lisanslanmasının TRIPS Anlaşması ile uyumlu olduğu tartışmalıdır.⁹⁰ Halihazırda TRIPS Anlaşması'nda ticari sırların zorunlu lisanslanmasına ilişkin özel bir hüküm bulunmamakla birlikte, bu sırların verilmesinin temel dayanağını devletlerin ulusal ve uluslararası kanunlar kapsamında kamu sağlığını korumaya yönelik yükümlülükleri oluşturabilmektedir.⁹¹ Pandemi sürecince vatandaşların virüse karşı korunması için ticari sırların çıkarılacak yasalarla zorunlu lisanslanabileceği savunulmuştur.⁹² Bazı ülkeler bu kapsamda son zamanlarda olağanüstü hal yasaları çıkarmıştır. Örneğin, Fransa COVID-19 salgınıyla mücadele kapsamında, 23 Mart 2020 tarihinde Halk Sağlığı Yasasına yeni bir madde ekleyerek Başbakanı "sağlık felaketiyle mücadele için gerekli tüm mal ve hizmetlerin ve bu hizmetlerin işletilmesi veya bu malların kullanılması için gerekli herhangi bir kişinin talep edilmesini emretmek ve sağlık felaketinin ortadan kaldırılması için hastalara uygun ilaçları sağlamak için tüm önlemleri" almak yetkisi tanımıştır.⁹³ Bu madde Başbakanı herhangi bir patent veya patent başvurusunun yanı sıra bir aşıyla ilgili ticari sırlar için zorunlu lisans/devlet kullanımı vermesini sağlayan geniş yetkiler sağlamaktadır.⁹⁴

Türk hukuku kapsamında aşılarda ilgili ticari sırların zorunlu lisanslanması hususunda SMK madde 126'da düzenlenen bilgi verme yükümlülüğünün değerlendirilmesi gerekmektedir. Her ne kadar SMK madde 126'da doğrudan sözleşmeye dayalı lisans ile ilgili bilgi verme yükümlülüğü düzenlenmiş olsa da SMK madde 137'nin "129 ila 136. maddelerdeki hükümlere aykırı olmamak üzere, 125. ve 126. maddelerde belirtilen sözleşmeye dayalı lisans ile ilgili hükümler zorunlu lisansla da uygulanır" hükmü dolayısıyla zorunlu lisanslara da uygulanacaktır. SMK madde 126'nın zorunlu lisanslama durumunda da uygulanacağı düşünüldüğünde, patent sahibinin zorunlu lisanslama sürecinde patent konusu buluşun kullanımını için erişimi zorunlu olan teknik bilgileri vermesi gerekmektedir. Kanaatimizce sözleşmeye dayalı lisans ile zorunlu lisans amaç ve hükümleri bakımından birbirinden tamamen farklı olması sebebiyle, SMK madde 126'nın zorunlu lisanslara uygulanması uygun değildir.

Yukarıda belirtilen çekincelerin varlığında ülkelerin COVID-19 aşılı için zorunlu lisanslamadan kaçınacağı ortadadır. Bu nedenle bir çözüm olarak şirketlerin COVID-19 aşılı üzerindeki patent hakkından feragat etmesi, dünya çapında mevcut ve gelecekteki aşı üretiminin önündeki tüm engelleri kaldıracaktır. Ancak aşı şirketleri patent hakkında feragat edilse dahi aşıda kullanılan materyallerin sınırlı olması nedeniyle patent hakkından feragat edilse dahi aşının üretimin kısa sürede kolay olmayacağını ifade etmekte ve gönüllü feragatten kaçınmaktadır.⁹⁵ Zira rekabetin bu kadar yoğun

⁸⁸ **Gurgula & Hull**, s. 8.

⁸⁹ *ibid*, s. 8.

⁹⁰ *ibid* s. 9.

⁹¹ *ibid* s. 10.

⁹² *ibid*.

⁹³ French Pubic Health Code <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000043911599/> s.e.t. 15.12.2021.

⁹⁴ **Gurgula & Hull**, s. 11.

⁹⁵ Springer Nature and others, 'A Patent Waiver On COVID Vaccines Is Right And Fair' (Nature.com, 2021) <<https://www.nature.com/articles/d41586-021-01242-1>> s.e.t. 18.07.2021.

olduğu uluslararası ticarete şirketlerin buluşlarını gönüllü olarak paylaşmalarını beklemek çok da gerçekçi değildir.

Şirketlerin COVID-19 aşılarında patent korumasından feragat etmesi için uluslararası arenada bu konunun gündeme getirilmesi ve çeşitli kampanyalarla bu konuyu desteklenmesi gerekmektedir. Bu konu da en az aşının yapılması kadar önemlidir. Liderler yapmış oldukları açıklamaları bu konuya desteklerini belli etmektedir. Bu hususta Ekim 2020'den bugüne kadar bir çözüm yolu arayan DTÖ üyesi ülkeler küresel bir sağlık krizine yol açan durumlarda TRIPS'in yanıt verdiği farmasötik patent yükümlülüklerinden feragat etmenin uygun olup olmadığı konusunda henüz fikir birliğine varamamıştır.⁹⁶ 2 Ekim 2020'de Hindistan ve Güney Afrika DTÖ'ye başvurarak, TRIPS Genel Konseyi'ne, Anlaşma'nın 1., 4., 5., and 7. maddeleri ile 2. kısmının uygulamaya konularak aşıda patent hakkından feragat edilerek COVID-19 salgınının önlenmesi, kontrol altına alınması veya virüsten kaynaklanan hastalıkların tedavisi ile ilgili istisnai durumlardan biri olarak tavsiye edilmesini talep etmiştir.⁹⁷ DTÖ, küresel çapta yaygın aşılama oranına ulaşınca ve böylelikle dünya nüfusunun çoğunluğu bağışıklık geliştirinceye kadar patent hakkından feragatin

devam etmesi gerekçesiyle bu öneriyi memnuniyetle karşılamış ancak Avustralya, Brezilya, Kanada, AB, Japonya, Norveç, İsviçre, Birleşik Krallık ve ABD gibi ülkeler bu öneriyi karşı çıkmıştır.⁹⁸

Ancak belirtmeliyiz ki, COVID-19 aşıları için patent hakkından feragat edilmesi bazı DTÖ üyesi devletler tarafından önerilmesine ve dünya liderleri tarafından desteklenmesine rağmen, bu konuda sağlam adımlar atılmamıştır.⁹⁹ Ekonomik olarak güçlü ülkelerin aşı stoklama ve yüksek riskli olmayan grupları aşılama kararıyla örneklenen aşı milliyetçiliği, gelişmekte olan ülkeler için mevcut aşı arzını önemli ölçüde azaltmıştır. Bu durumun devam etmesi halinde 2023 yılının sonlarına kadar düşük gelirli ülkelerin aşıya erişmesi mümkün görünmemektedir.¹⁰⁰ COVID-19 aşılarının bu şekilde adaletsiz dağılımı hem insan hakları açısından etik olmayan bir skandal hem de aşıyı geciktirecek bir tehdit. Milyarlarca insanın aşıya erişimini geciktirmek, daha fazla mutasyonun gerçekleşmesine izin vererek Covid-19 salgınının hafifletilmesini zorlaştırmaktadır.¹⁰¹ Ülkelerin mutasyonları önlemek için almış olduğu yurtdışından gelenler için karantina tedbirleri kısa vadede etkili olabilir ancak uzun vadede (ki yeni mutasyonların ne kadar bulaşıcı olduğu düşünüldüğünde bu süre çok da uzun

⁹⁶ Bu öneri, Kenya, Esvatini, Mozambik, Pakistan, Bolivya, Venezuela, Moğolistan, Zimbabve, Mısır, Afrika Grubu ve En Az Gelişmiş Ülkeler Grubu tarafından desteklenmiştir. Bknz. Waiver From Certain Provisions of the Trips Agreement For The Prevention, Containment and Treatment of Covid-19, 2 October 2020, IP/C/W/669/Rev.1 (WTO 2021) <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/IP/C/W669R1.pdf&Open=True>> s.e.t 14.12.2021.

⁹⁷ ibid.

⁹⁸ Countries Obstructing COVID-19 Patent Waiver Must Allow Negotiations to Start (MSF 2021) <<https://www.msf.org/countries-obstructing-covid-19-patent-waiver-must-allow-negotiations>> s.e.t. 15.12.2021.

⁹⁹ 'WTO Vaccine Waiver Could Take Months To Negotiate, Faces Opposition -Experts' (Reuters, 2021) <<https://www.reuters.com/world/china/vaccine-ip-waiver-could-take>

months-wto-negotiate-experts-2021-05-06/> s.e.t. 17.07.2021.

¹⁰⁰ **Binagwaho**, Agnes, **Mathewos**, Kedest and **Davis**, Sheila (2021), 'Time For The Ethical Management Of COVID-19 Vaccines', The Lancet Global Health, s. 1.

¹⁰¹ İlk olarak Güney Afrika'da görülen ve son dönemde dünya geneli etkisini hissettiren yeni varyant Omicron ortaya çıkma sebeplerinden birinin dünya geneli aşıya erişimin sağlanamamış olması olduğu söylenebilir. Nitekim mevcut durumda ülkeler bu varyant ile mücadele edebilmek ve virüsün yeniden mutasyon geçirmesini önlemek için aşıda patent hakkından feragat edilmesini tartışmaktadır. With emergence of the Omicron, Canada must finally waive COVID-19 vaccine patents: Singh (Nationalpost 2021) <<https://nationalpost.com/news/politics/with-emergence-of-the-omicron-canada-must-finally-waive-covid-19-vaccine-patents-singh>> s.e.t. 16.12.2021.

olmayacaktır) bir çözüm olarak düşünülemez. İnsanların ve ilişkilerin bu kadar küresel olduğu günümüz dünyasında bu karantina ve kısıtlamalar sadece geçici önlemler olarak kalacaktır.

Her ne kadar uluslararası hukuk açısından TRIPS Anlaşması m. 27/1 hükmünde ve Türk hukuku bakımından da SMK m. 82/1 hükmünde ‘teknolojinin her alanında’ buluş için patent verilebileceği ifade edilmiş olsa bile, “insan sağlığını ve yaşamını korumak” amacıyla Covid-19 aşılarının ve ilaçlarının patentlenebilirliğin dışında tutulması mümkündür.¹⁰² Ancak patent dışı bırakmanın yönteminin ve kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Öncelikli olarak, ilaç şirketlerinin patent hakkından feragat etmesi yanında bu hakkın geçici kaldırılabilmesi için başka olasılıklar da düşünülebilir. Öncelikle, TRIPS’in 27(2) maddesinde düzenlenen patent dışı bırakma formülü düşünülebilir. Şöyle ki ilgili maddede “...kamu düzenini veya genel ahlaki korumak, insan, hayvan veya bitki yaşamını veya sağlığını korumak veya çevrenin ciddi biçimde zarar görmesini engellemek için gerekli olan durumlarda kendi ülkelerinde patentten ticari olarak yararlanmanın engellenmesini, patent verilebilir buluşlar dışında bırakabilirler” demek suretiyle patentlenebilir buluşların kamu sağlığı gerekçesiyle patent dışı bırakılabilmesi için bir yöntem sunulmuştur. Bu

madde DTÖ üyesi ülkelerin insan sağlığına verdiği önemi göstererek TRIPS Anlaşmasında yer alan ağır patent korumaları ile insan sağlığı arasında bir köprü olmayı amaçlamaktadır.¹⁰³ Söz konusu madde açık bir şekilde sadece üyelerin kendi ülkeleri ile sınırlı tutulmuştur.¹⁰⁴ Ancak içerisinde bulunduğumuz şartlar düşünüldüğünde bu maddenin uluslararası alanda bütün ülkeleri kapsayacak şekilde genişletilmesi düşünülebilir.¹⁰⁵

Son olarak, “insan sağlığını ve yaşamını korumak” amacıyla nelerin patentlenebilirliğin dışında tutulması gerektiği hususuna değinecek olursak, TRIPS m. 27/3 üyelere, insanların tedavisinde kullanılan teşhis tedavi ve cerrahi usullere ilişkin buluşları patent verilebilir buluşlar dışında bırakabileceğini düzenlemiştir.¹⁰⁶ Benzer şekilde, 2 Ekim 2020 tarihindeki Güney Afrika ile Hindistan’ın DTÖ’ye yapmış oldukları başvuruya¹⁰⁷ ek olarak Afrika Grubu, Pakistan, Güney Afrika gibi ülkeler 25 Mayıs 2021 tarihinde DTÖ’ye başvurarak Covid-19’un önlenmesi, tedavisi veya kontrol altına alınması için Covid-19 aşıları, tıbbi cihazları, kişisel koruyucu ekipmanları, bunların malzemeleri veya bileşenleri ve bunların üretim yöntemleri ve araçları ile ilgili olarak TRIPS Anlaşmasının II. Kısımının 1, 4, 5 ve 7. bölümlerindeki fikri mülkiyet haklarından muaf tutulmasını talep etmişlerdir.¹⁰⁸ Kanaatimizce,

¹⁰² Patent verilmeyecek buluş ve konular için bkz **Yücel**, Müjgan Tunç ve **Kale** Serdar (2005) ‘Patent Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararname’nin 6. Maddesi Çerçevesinde Patent Verilmeyecek Konu ve Buluşlar’ Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan, s.305-322.

¹⁰³ **Özkök Gökmen**, s. 179-180.

¹⁰⁴ Örneğin, Amerika, bu hükme dayanarak nükleer malzemeler veya atom enerjisi ile ilgili herhangi bir buluşu patentlenebilirlikten hariç tutmuştur. Bknz. **Gervais**, Daniel J. (2003), The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis, 2. Baskı, Mytholmroyd, Sweet & Maxwell, s. 261.

¹⁰⁵ Fikir Mülkiyet Haklarının Ticari Niteliklerine İlişkin Anlaşma (Agreement On Trade-Related Aspects Of Intellectual Property Rights) (TRIPS Anlaşması 1994), madde 27/2.

¹⁰⁶ Fikir Mülkiyet Haklarının Ticari Niteliklerine İlişkin Anlaşma (Agreement On Trade-Related Aspects Of Intellectual Property Rights) (TRIPS Anlaşması 1994), madde 27/3.

¹⁰⁷ Waiver From Certain Provisions of the Trips Agreement For The Prevention, Containment and Treatment of Covid-19, 2 October 2020, IP/C/W/669/Rev.1 (WTO 2021) <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/IP/C/W669R1.pdf&Open=True>> s.e.t 14.12.2021.

¹⁰⁸ Waiver From Certain Provisions Of The Trips Agreement For The Prevention, Containment And Treatment Of Covid-19 Revised Decision Text, 25 May 2021, IP/C/W/669/Rev.1 (WTO 2021) <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/IP/C/W669R1.pdf&Open=True>> s.e.t 15.12.2021.

yukarıdaki öneriye benzer bir düzenleme getirilerek sadece Covid-19 aşılarının değil ilaç ve diğer tıbbi cihazlarla malzemelerinin de patent dışı bırakılması daha uygun olacaktır.

VI. SONUÇ

Yukarıda anılan yöntemler ayrı ayrı bir çözüm yolu olarak karşımıza çıkabilir. Ancak kanaatimizce bu aşamada içerisinde bulunduğumuz süreçten dersler çıkartılmalı ve gelecekte de benzer durumlarla karşılaşılması halinde atılacak adımlar belirlenmelidir. Hatta bu noktada sadece geleceği düşünmek yerine günümüzde mevcut örneklerle bakmamız gerekmektedir. İlaç şirketleri, finansal gerekçelerle gelişmemiş ülkelerde mevcut olan hastalıklar için aşıyı ya da gerekli tedaviyi bulmaktan kaçınmaktayken, daha piyasaya çıkmadan bile milyonlarca doz sipariş edilen COVID-19 aşısını çok kısa bir sürede bulmuştur. Makalemizde de paylaştığımız gibi patent hakkından kaynaklanan fikri mülkiyet koruması birçok halde insanların sağlık hakkıyla ve ilaçlara erişim hakkıyla çelişebilmektedir.

Öte yandan, ilaç şirketlerinin Ar-Ge yatırımlarının ne kadar yüksek maliyet gerektirdiği ve şirketlerin devamlılığını sağlayabilmeleri için buluşlarını patent korumasına alması gerektiği ortadadır. TRIPS Anlaşması ile şirketlerin buluşlar üzerindeki patent hakkının küresel hale getirilmesi için çok önemli bir adım atılmıştır. Mevcut durumda özellikle aşılar için Anlaşma ciddi bir patent koruması sağlamaktadır. İlaç şirketlerinin fikri mülkiyet korumasının elinden alınması uzun vadede bu alana yapılan yatırımların azaltılması ve dolayısıyla hastalıklarla mücadele konusunda gelişme kaydedilememesi anlamına gelebilir. Bu kimse tarafından istenmeyen bir sonuçtur. Bunun için her ne kadar

küresel bir sağlık krizinin ortasından olsak da sağ duyulu hareket edilmeli ve patent hakkına ilişkin atılacak adımlar buna göre belirlenmelidir. Kişilerin ilaca ve tedaviye erişim hakkı ile ilaç şirketlerinin patent hakkı arasındaki denge iyi sağlanmalıdır.

Kanaatimizce, sorunun çözümü adına zorunlu lisanslama gibi ya da ülkelerin aşı bağışında bulunması gibi yöntemler mevcut olsa da bunlar yeterli olmamakla birlikte karmaşık prosedürler içeren yöntemlerdir.

Şu aşamada, 2022'nin ilk çeyreğinde, her ne kadar pandemiden kaynaklı kısıtlamalar hayatımızdan çıkmaya başlasa da bu süreçten çıkarılması gereken dersler çok önemlidir. Buna göre dünya genelinde mevcut sağlık sorunlarının ve olası pandemilerin önlenmesi için DTÖ yahut Birleşmiş Milletler bünyesinde ilaç ve tedaviye erişim için bir kurum kurulmalıdır. Bu kurum özellikle salgın gibi acil durumlarda dünyada yaşayan bütün insanların aşıya, ilaca ve tedaviye erişebilmesi için tedbirler almalı ve kişilerle ilaç şirketleri arasından bir köprü vazifesi yapmalıdır. Kurulacak olan böyle bir kurum bünyesinde yıllardır özellikle gelişmemiş ülkeleri etkisi altına almış olan hastalıklar için de fonlar oluşturularak tedavi yolları aranabilir. Söz konusu aşılarda ya da ilaçların üretimi ilaç şirketlerinin denetiminde sadece seçilen ülkelerde yapılabilir. Böylelikle ilaç şirketleri ticari sınırlarını ve farmasötik içeriklerini paylaşmamış olurlar. Ayrıca gelişmiş ülkelerin desteklediği bir fon kurularak ilaç şirketlerine bir miktar destek sağlanabilir. Yapılan maliyetlerin karşılanması ve şirketlerin kurulum amacının ekonomik gelir elde etmek olması tabii ki şirketlerin patent hakkından feragatten kaçınmaları için yerinde gerekçelerdir. Ancak salgın durumunun aciliyeti ve şirketlerin, özellikle COVID aşıları için değerlendirilecek olursak, satışından elde ettiği gelir göz önünde bulundurulduğunda bu şirketlerin de bir takım

finansal haklarından feragat etmesi insanlığa hizmet olarak görülmelidir. Şu an birçok ülkenin yüksek aşılama oranlarına rağmen mutasyonlar dolayısıyla koronavirüsle mücadeleden kurtulamamış olması ve kaldırmış olduğu kısıtlamaları geri getiriyor olması bu savaşın ulusal olarak ülke içinde verilmesinin mümkün olmadığını, başarının bütün dünyayı kapsayan genel bir aşılama ile mümkün olacağını göstermektedir. Bu nedenle gönüllü olarak aşı olmak ya da tedavi için ilaca ulaşmak isteyen bütün insanlara ekonomik durumuna ve yaşadığı ülkeye bakılmaksızın bu hak sağlanmalıdır.

KAYNAKÇA

- Abbott**, Frederick M., (1989) 'Protecting First World Assets in the Third World: Intellectual Property Negotiations in the GATT Multilateral Framework' *Vanderbilt Journal of Transnational Law* S:22, C:4.
- Ahmadiani**, Saeed & **Nikfar** Shekoufeh (2016), 'Challenges of Access to Medicine and the Responsibility of Pharmaceutical Companies: A Legal Perspective' *Daru Journal of pharmaceutical Sciences* S:24, C:13.
- Aplin**, Tanya & **Davis**, Jennifer (2013) *Intellectual property Law: Text, Cases and Materials*, 2. Baskı, Oxford, Oxford University Press.
- Arewa**, Olufunmilayo (2006), 'TRIPS and Traditional Knowledge: Local Communities, Local Knowledge and Global Intellectual Property Frameworks', *Marquette Intellectual Property Law Review*, S:10, C:2.
- Bently**, Lionel & **Sherman**, Brad (2014) *Intellectual Property Law*, 4. Baskı, Oxford, Oxford University Press.
- Binagwaho**, Agnes, **Mathewos**, Kedest and **Davis**, Sheila (2021), 'Time For The Ethical Management Of COVID-19 Vaccines', *The Lancet Global Health*.
- Chapman**, Audrey R. (2001), 'Approaching Intellectual Property as a Human Right: Obligations Related to Article 15 (1) (c)' *Copyright Bulletin*, Unesco Publishing, S:3, C:35.
- Correa**, Carlos M. (2000), *Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries: The TRIPS Agreement and Policy Options*, 1. Baskı, Londra, Zed Books.
- Doorslaer**, Eddy van et al. (2007), 'Catastrophic Payments for Health Care in Asia' *Health Economics*, S:16.
- Ellen 't**, Hoen & **Berger**, Jonathan & **Calmy**, Alexandra & **Moon**, Suerie (2011), 'Driving a decade of change: HIV/AIDS, patents and access to medicines for all', *Journal of the International AIDS Society*, S:14, C:1.
- Enriques**, Luca (2020), 'Pandemic-Resistant Corporate Law: How To Help Companies Cope With Existential Threats And Extreme Uncertainty During The Covid-19 Crisis', *European Company and Financial Law Review* S:17.
- Eppich**, Christopher K. (2002), 'Patenting Dilemma: Drugs for Profit Versus Drugs for Health', *Santa Clara Law Review*, S:43, C:1.
- Haugen**, Hans Morten (2021), 'Does TRIPS (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) prevent COVID- 19 vaccines as a global public good?' *The Journal of World Intellectual Property*, S:1, C:26, 1-26.
- Hensley**, Scott, 'Would A Prize Help Speed Development Of Ebola Treatments?' (*Wbur.org*, 2021) <<https://www.wbur.org/npr/341894957/would-a-prize-help-speed-development-of-ebola-treatments>> Erişim tarihi 19 Temmuz 2021.
- Holger**, Hestermeyer (2008) *Human Rights and the WTO: The Case of Patents and Access to Medicines*, 1. Baskı, Oxford.
- Hunt**, Paul & **Khosla**, Rajat (2008), 'The human right to medicines' *SUR International Journal of Human Rights*, S:5, C:8.

Gervais, Daniel J. (2003), *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, 2. Baskı, Myt-holmroyd, Sweet & Maxwell.

Gabble, Ravinder & **Kohler**, Jillian Clare (2014), 'To Patent or Not to Patent? The Case of Novartis' Cancer Drug Glivec in India', *Globalization and Health*, S:10, C:3.

Gökovalı, Ummuhan & **Bozkurt**, Kurtulus, (2006), 'Fikri Ve Sinafi Mülkiyet Hakkı (Fsmh) Olarak Patentler: Dünya Ve Türkiye Açısından Tarihsel Bir Bakış' *Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S:17.

Gurgula, Olga & **Hull**, John (2021) 'Compulsory licensing of trade secrets: ensuring access to COVID-19 vaccines via involuntary technology transfer', *Journal of Intellectual Property Law & Practice*

Gurgula, Olga & **Lee**, Wen Hwa (2021), 'COVID-19, IP and Access: Will the Current System of Medical Innovation and Access to Medicines Meet Global Expectations?' *Brunel University Research Paper*.

Gurgula, Olga (2017), 'Monopoly v. Openness; Two Sides of IP Coin in the Pharmaceutical Industry' *World Intellectual Property Journal* S:20, C:206, s. 214 **Joseph**, Sarah (2013), *Blame it on the WTO*, 1. Baskı, Oxford, Oxford University Press.

Karapapa, Stavroula & **McDonagh**, Luke (2019), *Intellectual Property Law*, 1. Baskı, Oxford, Oxford University Press.

Karatepe Kaya, Meltem (2021), 'Impact of the COVID-19 Outbreak on Minority Shareholder Protection' *Business Law Review*, S:42, C:2.

Kaya, Arslan (1997), 'Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar' *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, S:55, C:4.

Joseph, Sarah (2013), *Blame it on the WTO*, 1. Baskı, Oxford, Oxford University Press.

Lee, Joo-Young (2016), *A Human Rights Framework for Intellectual Property, Innovation and Access to Medicines*, 1. Baskı, Londra.

Liedtka, Jeanne (2008), *Burroughs Wellcome and the Pricing of Azt (a)*, Darden Case No. UVA-E-0074.

Matthews, Duncan (2011), *Intellectual Property, Human Rights and Development: The Role of NGOs and Social Movements*, 1. Baskı, Cheltenham, Edward Elgar.

Monash University and others, 'How COVID Vaccines Are Being Divvied Up Around The World' (Nature.com, 2021) <<https://www.nature.com/articles/d41586-020-03370-6>> s.e.t. 17.07.2021.

Ozawa, Sachiko et al (2019), 'Access to Medicines Through Health Systems in Low- and Middle-Income Countries' *Health Policy and System Research Journal* S:34, C:3.

Özkök Gökmen, Başak (2021) 'COVID-19 Aşılı Üzerindeki Patent Hakkının Kapsamının Kamu Sağlığı Açısından Değerlendirilmesi' *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C:25, S:3.

Öztürk, Özgür (2021), 'Fikri Mülkiyet Sistemi ve COVID-19 Aşısına Erişim' (sarkac.org, 2021) <<https://sarkac.org/2020/04/fikri-mulkiyet-sistemi-ve-covid-19-asisina-erisim/>> s.e.t. 16.07.2021.

Sariola, Salla (2021), 'Intellectual Property Rights Need To Be Subverted To Ensure Global Vaccine Access', *BMJ Global Health*, S:6, C:4.

Stillwell, Matthew & **Tuerk**, Elisabeth (2001), 'Towards a Full Review of the WTO'S TRIPS Agreement Under Article 71.1' Centre for International Environmental Law Research Paper, s. 12 < https://www.ciel.org/wp-content/uploads/2015/03/Assessment_Trips_article711.pdf> s.e.t. 17.07.2021.

Şehirali, Feyzan Hayal (1998), Patent Hakkının Korunması, 1. Baskı, Ankara, Turhan.

Tekinalp, Ünal (2021), Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul, Vedat.

Thambisetty, Siva & others (2021), 'The TRIPS Intellectual Property Waiver Proposal: Creating The Right Incentives In Patent Law And Politics To End The COVID-19 Pandemic', LSE Legal Studies Working Paper No. 06.

Vaitsos, Constantine (1972), 'Patents Revisited: Their Function in Developing Countries' The Journal of Development Studies, S:9, C:1.

Yamane, Hiroko (2011), Interpreting TRIPS: Globalization of Intellectual Property Rights and Access to Medicines, 1. Baskı, Oxford, Hart Publishing.

Yamin, Alicia (2003), 'Not Just a Tragedy: Access to Medications as a Right under International Law' Boston University International Law Journal, 325-371.

Yücel, Müjgan Tunç ve **Kale** Serdar (2005) 'Patent Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin 6. Maddesi Çerçevesinde Patent Verilmeyecek Konu ve Buluşlar' Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan,

Wirtz, Veronika J. et al (2016), 'Access to medications for Cardiovascular Diseases in Low and Middle-Income Countries' Circulation 2076, S:133, C:21.

'COVID-19 UK: D&O Liabilities and Risk Management Relating To Coronavirus' (Clydeco.com, 2020) <<https://www.clydeco.com/en/insights/2020/04/covid-19-do-potential-liabilities-and-risk-managem>> s.e.t. 17.07.2021.

'Covid-19 Vaccine Tracker: The Global Race To Vaccinate' (Ig.ft.com, 2021) <<https://ig.ft.com/coronavirus-vaccine-tracker/?areas=gbr&areas=isr&areas=usa&areas=eue&areas=can&areas=chn&areas=ind&cumulative=1&doses=total&populationAdjusted=1>> s.e.t. 17.07.2021.

'OECD Economic Outlook, Interim Report September 2020' (OECD, 2020) <<http://www.oecd.org/economic-outlook/>> Erişim tarihi 17 Temmuz 2021.

'Global Economy Will Suffer For 'Years To Come' (BBC News, 2020) <<https://www.bbc.com/news/business-52000219>> s.e.t. 17.07.2021.

Report by UN Inter-Agency Group for Child Mortality Estimation (BM Kuruluşlar Arası Tahmini Çocuk Ölümleri Raporu), 'Levels and Trends in Child Mortality' (2015) < https://childmortality.org/files_v20/download/IGME%20Report%202015_9_3%20LR%20Web.p> s.e.t. 12.05.2021.

'Sustainable Development Goals: Goal 3. Target 3.8 (WHO, 2016) < <https://apps.who.int/iris/handle/10665/208286> > Erişim tarihi 7 Temmuz 2021.

'2018 Access To Medicine Index (2018 İlaça Erişim Endeksi)' (accessmedicinefoundation.org, 2018) <<https://accessmedicinefoundation.org/publications/2018-access-to-medicine-index>> Erişim tarihi 4 Mayıs 2021; 'Access to

medicines: making market forces serve the poor (İlaçlara erişim: piyasa güçlerinin yoksullara hizmet etmesini sağlamak)' (who.int) <<https://www.who.int/publications/10-year-review/chapter-medicines.pdf>> s.e.t. 4.07.2021.

'WHO Declares COVID-19 Outbreak a Pandemic' (Pharmaceutical Technology, 12 March 2020) <https://www.pharmaceutical-technology.com/news/who-declares-covid-19-pandemic/?utm_source=Army%20Technology&utm_medium=website&utm_campaign=Must%20Read&utm_content=Image> s.e.t. 12.05.2021.

'WTO Members Discuss TRIPS Waiver Request, Exchange Views on IP Role Amid a Pandemic(DTÖ Üyeleri TRIPS Anlaşmasından Feragat Talebini Tartışıyor, Bir Pandeminin Ortasında Fikri Mülkiyetin Rolüne İlişkin Görüşleri Değişiyor)' (WTO, 23 February 2021) <https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/trip_23feb21_e.htm> s.e.t. 12.05.2021.

'WTO | Intellectual Property - Overview Of TRIPS Agreement' (Wto.org) <https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/intel2_e.htm> s.e.t. 17.07.2021.

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazarlar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarlarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarların katkı oranı %50 - %50'dir.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: The authors declare that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the authors of the study.

Contributions Statement: Authors have contributed 50% - 50% into preparing and writing this study.

Statement for Support and Appreciation If Any: None.

Statement for Conflict of Interest: None.

TIME TO RECONSIDER THE REGULATORY STRUCTURE OF THE TURKISH WEALTH FUND: A SHORT REVIEW

TÜRK VARLIK FONUNUN REGÜLATİF (DÜZENLEYİCİ) YAPISININ YENİDEN GÖZDEN GEÇİRİLMESİ ÜZERİNE KISA BİR ÇALIŞMA*

Dr. Samet TATAR**

ÖZ

Varlık fonu, vatandaşların uzun vadeli ekonomik çıkarlarını korumak için genellikle devletlere ait finansal varlıklar üzerinde yapılandırılmıştır. Bu fonlar devletlere aittir ve özel ticari kuruluşlar olarak hükümetin yürütme organları tarafından işletilir. Varlık fonları, ülke ekonomilerini istikrara kavuşturan büyük ölçekli projeleri finansal olarak desteklemekle kalmayıp, aynı zamanda yurt içi ve uluslararası finans piyasalarında yatırım fırsatlarını artırmak için de kullanılır. İlgili fonlar üzerinde finansal sistematik riski azaltmak için temelli bazı hukuk prensipleri kabul edilmelidir. Kanun koyucu tarafından varlık fonlarının karmaşık doğasından kaynaklanan yasal sorunların dikkatle izlenmesi gerekir. Türkiye Varlık Fonu, 2016'da anonim şirket olarak kurulmuştur ve Türk özel hukuku esaslarına tâbidir. Varlık fonunun mevcut yasal yapısı, varlık fonu yönetim kurulu üyelerinin atanma yöntemi hâlihazırdaki sistemde, temel hukuki sorunlardır. Hükümetlere etkili idare hukuku ilkeleri temelinde tavsiye veren Santiago ilkeleri, yerel mali piyasalarda hesap verilebilirliği ve şeffaflığı teşvik etmek için mevcut Türk mevzuatına dikkatlice uyarlanmalıdır. Bu çalışmada, özellikle yönetim kurulu üyelerinin atamalarının yürütme ve yasa organları tarafından iş birliği içinde yapılması ve yönetim kurulu üyelerinin ticari faaliyetlerinden sorumlu olması gerektiği önerilmektedir. Ayrıca, Türkiye Varlık Fonu, yurtiçi menkul kıymetler piyasasında şeffaflığını artırmak için güçlü bir kamuyu aydınlatma rejimi benimsemelidir.

Anahtar Kelimeler: Varlık Fonları, Şeffaflık, Hesap Verilebilirlik, Santiago Prensipleri, Denetleme Mekanizmaları.

ABSTRACT

A sovereign wealth fund is generally structured on state-owned financial assets to protect citizens' long-term economic interests. Sovereign wealth funds are owned by states and generally operated by executive branches of government as private business entities. Sovereign wealth funds are beneficial in terms of not only supporting large-scale projects financially by stabilizing countries' economies but also increasing investment opportunities in domestic and international financial markets. Legal problems arising due to the complex nature of sovereign wealth funds need to be monitored carefully while adopting effective rules and regulations for risk mitigation. The Turkish Wealth Fund was established as a joint-stock company and subjected to the principles of Turkish private law in 2016. The current regulatory structure of the Wealth Fund brings about some legal problems such as challenges in the appointment of board members. The Santiago Principles which provide effective administrative law principles to governments ought to be adopted into the current Turkish legislation to promote accountability and transparency in the domestic financial markets. In particular, the paper proposes that the appointment of the board members should be exercised by the executive and legislative branches of the state collaboratively while board members ought to be accountable for their business operations. In addition, it is suggested that the Turkish Wealth Fund adopts a vigorous public disclosure regime to increase its transparency in the domestic securities market.

Keywords: Sovereign Wealth Funds, Transparency, Accountability, Santiago Principles, Auditing Mechanisms.

* (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 12.04.2022/ Kabul Tarihi: 06.06.2022.)

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, (statar@ybu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-3553-1683).

Atıf/Citation: Tatar, Samet (2022), "Time to Reconsider the Regulatory Structure of the Turkish Wealth Fund: A Short Review", TFM, C:8, S:1, s. 167-177.

I. INTRODUCTION

The Coronavirus pandemic has hit global financial markets dramatically since February 2020. Developed countries announce significant economic reforms including relief packages to companies and individuals. Similarly, emerging countries strive to furnish a modest level of economic assistance to companies. In the meantime, financial institutions to be utilized in funding of the companies become a significant question in emerging countries because of limited economic sources.¹

In particular, the Turkish policymakers are determined to provide the best opportunities for those companies suffering severely during the pandemic-related economic crisis.² Consequently, the board of the Turkish Wealth Fund announced that public companies and small businesses could receive loans from the Turkish Wealth Fund if the Turkish policymakers amend the legislation and regulations.³ Most participants in the domestic securities markets are also in favor of similar proposals in which the Turkish Wealth Fund is an active and engaging actor in the Turkish financial markets.⁴ On the other hand, some economists and lawyers are cynical about prospective legal amendments because of the accountability and

transparency of the country's sovereign wealth fund.⁵ The new legal reforms could exacerbate the current legal issues that are mostly based on the regulatory structure of the Turkish Wealth Fund.

This article suggests that Turkish lawmakers need to revise the regulatory structure of the Turkish Wealth Fund by adopting legal reforms for accountability and transparency in the domestic financial markets. The current legal structure of the Wealth Fund is based on an unsophisticated regulatory system in which the corporate governance issues may cause high-level risks to stability and is susceptible to systemic risks

This paper proposes some crucial legal tools for Turkish lawmakers. Both transparency and accountability recommendations are stipulated to improve the effectiveness of the Turkish Wealth Fund's legal structure. This short paper comprises of four subsections.

The first subsection of the article explains historical developments of sovereign wealth funds. The following subsection describes the background developments of the Turkish Wealth Fund. In the third subsection, the current legal issues arising from the regulatory structure of the Turkish Wealth

¹ **Bernardo**, Bortolotti & **Veljko** Fotak & **Chloe** Hogg (2020), 'Sovereign Wealth Funds and the COVID-19 Shock: Economic and Financial Resilience in Resource-Rich Countries', BAFFI CAREFUL Working Papers 20147, BAFFI CAREFUL, Centre for Applied Research on International Markets Banking Finance and Regulation, page 1-6. See also, **Soddu**, Enrico, Valdai Discussion Club, The Role of Sovereign Wealth Fund < <https://valdaiclub.com/a/highlights/the-role-of-sovereign-wealth-funds-in-the-pandemic/> > last accessed 04.06.2022.

² **Kozok**, Firat, Bloomberg, Turkish Wealth Fund to Get Critical Role for Post-Pandemic World, <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-04-14/turkey-proposes-law-to-enable-sovereign-fund-s-aid-for-economy>> last accessed 04.06.2022.

³ **Eroglu**, Erdal (2020). 'Covid-19'un Ekonomik Etkisinin ve Pandemiyle Mücadele Sürecinde Alınan Ekonomik Tedbirlerin Değerlendirilmesi', **International Journal of Public Finance**, Vol: 5, N:2 , p. 230-233. See also, **The Turkish Wealth Fund**, Türkiye Varlık Fonu 4 Temel İlke ve Değer Doğrultusunda Hareket Eder<<https://www.tvf.com.tr/biz-kimiz/kurumsal-yonetim/degerlerimiz>> last accessed 04.06.2022.

⁴ **Engin**, İsmail (2022), 'Türkiye Varlık Fonunun Potansiyel Riskleri', Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Vol: 24, N:1, p. 142-146.

⁵ **Wright**, Christ (2020), 'Euromoney, Older and Wiser: How Sovereign Wealth Has Responded to Covid-19', <<https://www.euromoney.com/article/27ft5h678f5ma5k6xkxkw/capital-markets/older-and-wiser-how-sovereign-wealth-has-responded-to-covid-19>>last accessed 04.06.2022.

Fund are examined. The final section proposes that the current legislation could be amended immediately by adopting new legal tools to promote transparency and accountability.

II. BACKGROUND

This subsection examines why and how sovereign wealth funds are established in the global financial markets.

The sovereign wealth fund is a state-owned fund or/and entity based on the government's reserved capital for long-term investments.⁶ The sovereign wealth funds are also called "the wealth fund" in the literature on the financial market principles.⁷ The main revenues of the wealth funds derive from the revenues of the states' natural resources such as oil and natural gas, privatizations of the state-owned companies, central bank reserves, and other government financial sources.⁸

Sovereign wealth funds propose to improve countries' long-term economic goals. In addition, sovereign wealth funds guarantee proper wealth management to citizens of the countries. The sovereign wealth fund is structured on a high-level risk tolerance while achieving long-term goals in capital markets. Nonetheless, the potential risks are high in long-term capital gains. The regulatory structures of wealth funds are mostly criticized for lacking

accountability and transparency while managing billion dollars on the behalf of the citizens. Moreover, corruption and money laundering could be other legal problems if the management of the sovereign wealth funds does not function properly under their policies and legislation.⁹

Kuwait established the first sovereign wealth fund in global financial markets at the beginning of the 1970s. However, the structures of the sovereign wealth funds were not developed globally until the 1990s. Besides the oil-rich Arab States of the Persian Gulf, the Norwegian policymakers established a well-developed wealth fund in the 1990s. In particular, the Sovereign Wealth Fund of Norway promoted to protect the young generation of Norwegians while lending a significant amount of money to multinational investment companies.¹⁰

By 2008, China, Iran, Russia, Qatar, United Arab Emirates, and Saudi Arabia formed their sovereign wealth funds respectively. The values of sovereign wealth funds increased quickly in the global financial markets. In the interim, some policymakers, participants of the financial markets, and institutional investors raised significant regulatory concerns relating to the lack of an international auditing mechanism for sovereign wealth funds.¹¹

The International Monetary Fund (IMF) encouraged twenty-three countries that own sovereign wealth funds to establish an international

⁶ **Twin**, Alexandra, Investopedia, Sovereign Wealth Fund (SWF), <https://www.investopedia.com/terms/s/sovereign_wealth_fund.asp(2019) >last accessed 04.06.2022.

⁷ **Amanda**, Rose & **Epstein** Richard A (2009), 'The Regulation of Sovereign Wealth Funds: The Virtues of Going Slow', 76 University of Chicago Law Review, Vol:76, N:111.

⁸ **Zhao**, Feng, (2009), 'How Should Sovereign Wealth Funds Be Regulated?', Brook. J. Corp. Fin. & Com. L. Vol:3, N:2, p. 483-486.

⁹ **Kratsas**, Georges & **Truby**, John (2015), 'Regulating Sovereign Wealth Funds to Avoid Investment Protectionism', *Journal of Financial Regulation*, Vol: 1, N:1,p. 95-134. See generally **Zhao**.

¹⁰ **Kryvoi**, Yarik & **Kovacs** Robert, (2021), 'Sovereign Wealth Funds: Transitional Regulation and Dispute Resolution', *British Institute Comparative International Law*, Vol: 144, p. 11-17.

¹¹ **Tejera**, Victorino (2016), 'The U.S. Law Regime of Sovereign Immunity and the Sovereign Wealth Funds', 25 U. Miami Bus. L. Rev., Vol: 25, N:1, p. 5.

association in 2008. Thereafter, the International Working Group of Sovereign Wealth (IWG) was formed by these twenty-three countries under the coordination of the IMF. The IWG gathered information regarding the then-prevailing regulatory and industrial concerns and potential solutions for an international framework. States are strongly encouraged to adopt the voluntary guidelines in their national legislation. Under the coordination of the IMF, the Sovereign Wealth Funds: Generally Accepted Principles and Practices (GAPP) was accepted in 2008. The GAPP is shortly known as the Santiago Principles.¹²

The main purpose of the Santiago Principles is to promote global financial stability and the free flow of capital for domestic and international investments. The framework of Santiago Principles is based on a voluntary approach in which best practices are encouraged in the states. The framework is structured on twenty-four principles. These principles regulate three important subjects of sovereign wealth funds, namely, governance, accountability, and transparency. While the founding members of the IWG sought dedication to adopt these principles to their national legal system, new countries that initially establish sovereign wealth funds considered this framework as a milestone code for good practice in global financial markets.¹³

As an example, the Turkish policymakers discussed the importance of the Santiago Principles while passing the legislation for the establishment of the Turkish Wealth Fund.¹⁴ The IWG transferred its obligations and functions to the International Forum of Sovereign Wealth Funds as a permanent mission under the Kuwait Declaration.¹⁵

III. ESTABLISHMENT OF THE TURKISH WEALTH FUND

The legislative efforts for the creation of the Turkish sovereign wealth fund were held to a minimum until 2016. Turkey was the last G20 country to form its sovereign wealth fund. This subsection of the paper examines why and how the Turkish Wealth Fund is established while shortly reviewing its legislative history.

After the failing violent military coup in July 2015, the Turkish policymakers were concerned about prospective economic instabilities and economic crisis since the Turkish financial markets were manipulated severely during 2016. The Turkish General Assembly passed the legislation titled “The Law No. 6741 on Establishment of Turkey Wealth Fund Management Company and Amendments in Certain Laws” in August 2016.¹⁶ The legislation serves several significant purposes in the Turkish financial markets.¹⁷

¹² **The International Working Group of Sovereign Wealth** (2008), *The Sovereign Wealth Funds: Generally Accepted Principles and Practices (GAPP)*, p. 4, <https://www.ifswf.org/sites/default/files/santiagoprinciples_0_0.pdf> last accessed 04.06.2022.

¹³ **Bismuth**, Regis (2017), ‘The Santiago Principles for Sovereign Wealth Funds: The Shortcomings and the Futility of Self-Regulation’, *European Business Law Review*, Vol:28, N:1, p.69 – 88. See also **Tejera**.

¹⁴ The Preamble of the legislation titled the Establishment of the Turkish Wealth Fund Management Joint Stock

Company (**the legislative history**) (2016), p. 5-6, <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss413.pdf>> last accessed 04.06.2022.

¹⁵ **The International Working Group of Sovereign Wealth** (2009), *Kuwait Declaration Establishment of the International Forum of Sovereign Wealth Funds*.

¹⁶ **Karagöl**, Erdal (2016), ‘The SETA Report of the Turkish Wealth Fund and Global Sovereign Wealth Fund’, <https://seta.org/assets/uploads/2016/11/20161028172334_varlik-fonu-pdf.pdf> last accessed 04.06.2022.

¹⁷ **The legislative history**, p. 5-6.

First of all, the legislation proposes to increase the values of state-owned government funds under an umbrella structure whilst encouraging professional management for the Turkish Wealth Fund. The management strategies are mostly based on the practical mechanism in which retirement and other government-owned portfolios are supposed to raise money for the citizens of Turkey. Secondly, the returning profits of the Turkish Wealth Fund are expected to be utilized for the funding of giant investment projects for airports, renewable energy platforms, bridges, subways, and hospitals. In other words, the profit of the Turkish Wealth Fund creates important funding resources for various investment projects in different sectors.¹⁸

Thirdly, the Turkish government portrays a dedication to attracting investment portfolios from the oil-rich Gulf states in the Middle East. Hence, the legislation promotes prospective cooperation with other countries' sovereign wealth funds and other investment portfolios. Finally, the legislation proposes to protect the future and financial interests of Turkish citizens.¹⁹

After the enactment of the legislation, the Ministry of Finance adopted the decree titled "Entry into Force of the Decision on the Structure and Functioning of the Turkish Wealth Fund Management Joint Stock Company."²⁰ Consequently, the office of the Turkish President became in charge to manage the Turkish Wealth Fund Joint Stock

Company under the current legislation, securities law, and other regulation.²¹

IV. REVIEW OF THE LEGAL FRAMEWORK OF THE TURKISH WEALTH FUND JOINT STOCK COMPANY

The Turkish Wealth Fund was established as a joint-stock company under Turkish private law. The Turkish government did not have sufficient experience to manage the investment portfolios in the financial markets by itself until the establishment of the Turkish Wealth Fund Joint Stock Company. This subsection of the paper examines the current legal issues arising from the legislation and regulations governing the Turkish Wealth Fund.

In civil law countries, there is a prominent difference between public law and private law which historically derives from the legal system's roots. Although the principles of private law applicable to companies, the latter enjoy exemptions from certain rules such as various obligations arising from administrative law.²²

The Turkish legal system is based on the civil law tradition. Conversely, most state-owned companies are regulated under Turkish public law. Therefore, some business operations including even daily trading activities of state-owned companies are governed by the principles of Turkish public law, particularly Turkish administrative law.²³

¹⁸ Aktas, Batuhan (2017), '6741 Sayılı Kanun Kapsamında Türkiye Varlık Fonu Yönetimi A.Ş. Ve Türkiye Varlık Fonu Hakkında Bir İnceleme', *Aurum Sosyal Bilimler Dergisi*, Vol: 2 N:1, p. 51-58.

¹⁹ *ibid.* See also **the legislative history.**

²⁰ Date: 26/8/2016 and number: 29813 the Turkish Official Gazette, available at <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6741.pdf>> last accessed 04.06.2022.

²¹ *ibid.*

²² Tecimer, Cem (2019), 'The Use of Foreign Law in Turkish Constitutional Adjudication', *Anayasa Yargısı*, Vol: 36.

²³ *ibid.*

Turkish administrative courts exercise their judiciary power under the domestic administrative law and procedure legislations in which accountability of the Turkish government including independent regulatory authorities could be challenged easily for possible compensation and other legal reliefs.²⁴ The current legislation of the Turkish Wealth Fund intends to avoid possible conflicts arising from the nature and complexity of Turkish public law by specifically mentioning that solely the principles of Turkish private law apply to the governance structure of the Turkish Wealth Fund Joint Stock Company. In other words, the legislation claims that the Turkish Wealth Joint Stock Company is operated under Turkish private law.²⁵ As an example, the public audit mechanisms cannot apply to the Turkish Wealth Joint Stock Company because of the specific article for the principles of Turkish private law.²⁶

Under Article 4 of the legislation, the main financial resources of the Turkish Wealth Fund are structured on mostly state-owned companies' financial assets. The Board of the Privatization Fund needs to approve the transfers from state-owned portfolios to the Turkish Wealth Fund Joint Stock Company. In addition, the Turkish Wealth Fund can engage in potential cooperation with institutional investors in the domestic and foreign securities markets²⁷

Eighty percent of the state-owned companies' financial assets were transferred to the Turkish Wealth Fund in the years following its establishment.²⁸ In particular, securities of the state-owned banks, Turkish Airlines, the demutualized Istanbul Stock Exchange, and state-owned petroleum companies were transferred to the sovereign wealth fund. These transfers raise concerns in the Turkish financial markets about instability and high-level systematic risks.²⁹

The corporate governance of the Turkish Wealth Fund Joint Stock Company is another important subject in the legislation. The Turkish policymakers were willing to establish a different corporate governance regime for the Turkish Wealth Fund Joint Stock Company instead of treating the wealth fund as an ordinary either privately owned or publicly-owned company. Under Article 2 of the legislation, the Board of Directors of the Turkish Wealth Fund consists of minimum five members. The Turkish President is in charge of the appointment of the five directors. The Turkish President oversees the appointment of these five directors. The qualifications of the directors are based on their sectoral experience. The directors must work for at least five years in the following industries: banking, legal, treasury, and finance³⁰

The Board of Directors operates independently while managing the portfolios of the

²⁴ **Vural**, Seven (2017), 'Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Hukuki Durumu ve Denetimi', Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol:12, N:157-158.

²⁵ *ibid.*

²⁶ **Körpe**, Vahit Mert (2020), 'Turkey Wealth Fund in the Perspective of Administrative Law' (Master's Thesis), Dokuz Eylül University Graduate School of Social Sciences Department of Public Law Program, p.72-74 & p. 165-168.

²⁷ Article 4 of the Establishment of the Turkish Wealth Fund Management Joint Stock Company, <[https://www.tvf.com.tr/uploads/file/law-no-](https://www.tvf.com.tr/uploads/file/law-no-6741.pdf)

[6741.pdf](https://www.tvf.com.tr/uploads/file/law-no-6741.pdf)>last accessed 04.06.2022. (This is an unofficial translation of the legislation.)

²⁸ **Tekten**, Emel (2018), 'Türk Ticaret Kanunundaki Hükümler Karşısında Varlık Yönetim Şirketlerinin Kuruluşu ve Kuruluşun İzne Tabi Olması', Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol: 13, N:1, p.183-216.

²⁹ *ibid.*

³⁰ See, Article 2 of the Establishment of the Turkish Wealth Fund Management Joint Stock Company, <[https://www.tvf.com.tr/uploads/file/law-no-](https://www.tvf.com.tr/uploads/file/law-no-6741.pdf)

Turkish Wealth Fund itself while contracting with professional service providers such as portfolio management companies in the securities market. The corporate governance principles of the Turkish Wealth Fund are based on a complex system in which the Board of Directors is accountable to the company for its actions.³¹

The legislation of the Turkish Wealth Fund furnishes a unique auditing mechanism for the Turkish financial markets. Before the legislation, all entities and portfolios of the Turkish government were subject to public auditing mechanisms with different departments of the Turkish government in charge. However, the legislation of the Turkish Wealth Fund provides an important exemption by subjecting the company to an independent audit system. The independent auditing company the Turkish Wealth Fund contracts need to follow the Turkish Financial Reporting Standards which are mostly based on the International Financing Reporting Standards.³² That is how the auditing mechanisms of the Turkish Wealth Fund were designed to be more comprehensive and internationalized than the existing auditing mechanisms for the domestic state-owned companies.³³

Under the legislation, the Turkish President appoints three experts to review the reports of the independent auditing company. In other words, these three experts are mostly in charge of supervising the internal auditing mechanism of the Turkish Wealth Fund. The reports prepared by the

independent auditing company and the three experts are to be submitted annually to the Planning and Budget Commission of the Grand National Assembly of Turkey. The lack of public auditing system causes concerns about transparency in Turkish financial markets. Moreover, the legislation does not provide a full public disclosure system for the Turkish Wealth Fund.³⁴

V. RECOMMENDATIONS

The issues arising from corporate governance principles and the lack of an effective auditing system diminish the importance of the functions of the Turkish Wealth Fund. Neither foreign institutional investors nor domestic investors may be willing to cooperate with the Turkish Wealth Fund because of high systematic investment risks. This subsection of the paper proposes three legal reforms for Turkish lawmakers.

To begin with, the Turkish policymakers ought to review the method of the appointment of board members. Instead of granting all power solely to the Turkish executive branch, the Turkish General Assembly should oversee the appointment of at least three members of the board. More importantly, the members of the board should be accountable for their actions. In addition, it would be advantageous for the Board of Directors to establish some essential committees such as the audit

6741.pdf>last accessed 04.06.2022. See also, **Körpe**, p. 73-74. See also generally **Süslü, Güven** (2018), 'Turkey Wealth Fund According to Legal Arrangements', <<https://www.jurix.com.tr/article/14313>> last accessed 08.04.2022.

³¹ **Türkoğlu**, Karacaova (2019), 'Türkiye Cumhuriyeti'nin Yeni Hukuki Teknolojisi: Usule Bağlı Olmayan Bir Özelleştirme Yöntemi Olarak Türkiye Varlık Fonu', *ViraVerita E-Dergi*, p.

18-24 <<https://dergipark.org.tr/en/pub/viraverita/issue/50778/607406>> last accessed 04.06.2022.

³² **Gözler**, Kemal (2019), 'Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Uygulamadaki Değeri Bir Buçuk Yıllık Bir Bilanço', <<https://www.anayasa.gen.tr/cbhs-bilanco.htm>>last accessed 04.06.2022.

³³ **ibid.**

³⁴ **ibid**

committee, corporate governance committee, and early detection of the risk committee.³⁵

Further, it would be opportune for the Turkish Wealth Fund to respond to concerns relating to the transparency issues by introducing a strong public disclosure regime by adopting domestic mechanisms under the Santiago Principles. In parallel, the establishment of a transparency department for the Turkish Wealth Fund would be appropriate. Moreover, the auditing reports ought to be made available to the public on the website of the Turkish Wealth Fund³⁶

It has been mentioned that increasing concerns and critiques diminish the business reputation of the Turkish Wealth Fund. Accordingly, the company needs to focus on projects promoting corporate social responsibility. These three recommendations could assist the Turkish Wealth Fund's independent operation as well as promote transparency and accountability as crucial administrative law principles.³⁷

VI. CONCLUSION

Sovereign wealth funds are generally established to respond to citizens' needs as state-owned funds. Most countries enjoy the advantages of sovereign wealth funds such as protecting next generations' economic interests. Managements of the sovereign wealth funds are based on a complex regulatory structure in which executive branches of

governments appoint many or all members of the board of directors of sovereign wealth funds.

To manage potential conflicts of interest arising mostly from the nature of the regulatory structure of sovereign wealth funds, the Santiago Principles need to be implemented into the domestic law of jurisdictions. In particular, board members of wealth funds should be accountable for their business operations. Additionally, the regulatory structure of wealth funds ought to be transparent as it can be to the public, particularly concerning financial markets.

The Turkish Wealth Fund supports economic development and investments while promoting wealth to Turkish citizens, particularly the next generation. Several years after its establishment, the significance of the Turkish Wealth Fund Joint Stock Company, presented itself more visibly as potentially high risks in the financial markets escalated. As an inevitable consequence, revision of the legislation governing the Turkish Wealth Fund for increased transparency and accountability has become imperative.

The article proposes three recommendations to Turkish policy-makers to decrease high-systematic risks. First, the Board of Directors' appointing method shall be altered by sharing power between the executive and legislative branches of the state. Second, the Turkish Wealth Fund ought to adopt a robust public disclosure regime to promote transparency in the Turkish securities market. Third, the implementation of corporate social responsibility

³⁵ *ibid.*

³⁶ **Zhang**, Jin (2016), 'Enhancing the Transparency of Sovereign Wealth Funds: From the Middle East to China', *Journal of Middle Eastern and Islamic Studies (in Asia)*, Vol: 10, N: 1, p. 90-120.

³⁷ Please see similar recommendations: **Velayutham**, S., & **Hasan** R. (2021), 'Sovereign Wealth Funds And Corporate Social Responsibility: A Comparison Of Norway's Government Pension Fund Global and Abu Dhabi Fund for Development, Public Administration and Policy', (In-Press).

principles could be a significant legal tool to improve the business reputation and sustainability of the Turkish Wealth Fund. Current legislation should be harmonized with the Santiago Principles to promote the Turkish Wealth Fund's accountability, transparency, and sustainability.

BIBLIOGRAPHY

Aktaş, Batuhan (2017), '6741 Sayılı Kanun Kapsamında Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Aş. ve Türkiye Varlık Fonu Hakkında Bir İnceleme', *Aurum Sosyal Bilimler Dergisi*, Vol: 2, N:1, p. 41-70.

Amanda, Rose and **Epstein**, Richard A. (2009), 'The Regulation of Sovereign Wealth Funds: The Virtues of Going Slow', *University of Chicago Law Review*, Vol: 76, N:1, p. 111-134.

Bismuth, Regis (2017), 'The Santiago Principles for Sovereign Wealth Funds: The Shortcomings and the Futility of Self-Regulation', *European Business Law Review*, Vol: 28, N:1, p. 69-88.

Bernardo Bortolotti & **Veljko** Fotak & **Chloe** Hogg, 'Sovereign Wealth Funds and the COVID-19 Shock: Economic and Financial Resilience in Resource-Rich Countries', *BAFFI CAREFUL Working Papers 20147*, *BAFFI CAREFUL*, Centre for Applied Research on International Markets Banking Finance and Regulation, p. 1-29.

Engin, İsmail (2022), 'Türkiye Varlık Fonunun Potansiyel Riskleri', *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Vol: 24, N: 1, p. 141-170.

Eroğlu, Erdal (2020), 'Covid-19'un Ekonomik Etkisinin ve Pandemiyle Mücadele Sürecinde Alınan Ekonomik Tedbirlerin Değerlendirilmesi', *International Journal of Public Finance*, Vol:5, N:2, p. 211-236.

Gözler, Kemal (2019), 'Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Uygulamadaki Değeri Bir Büyük Yıllık Bir Bilanço', <https://www.anayasa.gen.tr/cbhs-bilanco.htm>>last accessed 04.06.2022.

Karagol, Erdal (2016), 'The SETA Report of the Turkish Wealth Fund and Global Sovereign Wealth Fund', https://setav.org/assets/uploads/2016/11/20161028172334_varlik-fonu-pdf.pdf>last accessed 08.04.2022.

Körpe, Vahit Mert (2020) 'Turkey Wealth Fund in the Perspective of Administrative Law' (Master's Thesis), *Dokuz Eylül University Graduate School of Social Sciences Department of Public Law Program*.

Kozok, Firat (2020), *Bloomberg*, 'Turkish Wealth Fund to Get Critical Role for Post-Pandemic World', <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-04-14/turkey-proposes-law-to-enable-sovereign-fund-s-aid-for-economy>> last accessed 08.04.2022.

Kratsas Georges & **Truby** John (2015), 'Regulating Sovereign Wealth Funds to Avoid Investment Protectionism', *Journal of Financial Regulation*, Vol: 1, N: 1, p. 95-134.

Kryvoi Yarik & **Kovacs** Robert (2021), *British Institute Comparative International Law*, 'Sovereign Wealth Funds: Transitional Regulation and Dispute Resolution', https://www.biicl.org/documents/144_sovereign-wealth-funds-regulation-dispute-resolution-.pdf last accessed 08.04.2022

Soddu, Enrico (2022), *Valdai Discussion Club*, 'The Role of Sovereign Wealth Fund' <https://valdaiclub.com/a/highlights/the-role-of-sovereign-wealth-funds-in-the-pandemic/>> last accessed 08.04.2022.

Süslü, Güven (2018), 'Turkey Wealth Fund According to Legal Arrangements', <https://www.jurix.com.tr/article/14313>> last accessed 08.04.2022.

The International Working Group of Sovereign Wealth (2008), *The Sovereign Wealth Funds: Generally Accepted Principles and Practices (GAPP)*, <https://www.ifswf.org/sites/default/files/santiagoprinciples_0_0.pdf> last accessed 08.04.2022.

The International Working Group of Sovereign Wealth (2009), *Kuwait Declaration Establishment of the International Forum of Sovereign Wealth Funds*, <<https://www.ifswf.org/santiago-principles-landing/kuwait-declaration>> last accessed 08.04.2022.

The Legislation's Preamble titled the Establishment of the Turkish Wealth Fund Management Joint Stock Company (the legislative history)(2016), <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss413.pdf>>last accessed 08.04.2022.

Tecimer, Cem (2019), 'The Use of Foreign Law in Turkish Constitutional Adjudication', *Anayasa Yargısı*, Vol. 36.

Twin, Alexandra (2019), Investopedia, Sovereign Wealth Fund (SWF), <https://www.investopedia.com/terms/s/sovereign_wealth_fund.asp>(2019) >last accessed 08.04.2022.

Tejera, Victorino(2016), 'The U.S. Law Regime of Sovereign Immunity and the Sovereign Wealth Funds', *University of Miami Business Law Review*, Vol: 25, N:1, p. 1-78.

Tekten, Emel (2018), 'Türk Ticaret Kanunundaki Hükümler Karşısında Varlık Yönetim Şirketlerinin Kuruluşu ve Kuruluşun İzne Tabi Olması', *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol: 13, N: 1, p. 183-216.

Turkoglu, Karacaova(2019), *Türkiye Cumhuriyeti'nin Yeni Hukuki Teknolojisi: Usule Bağlı Olmayan Bir Özelleştirme Yöntemi Olarak Türkiye Varlık Fonu" . ViraVerita E-Dergi* <<https://dergipark.org.tr/en/pub/viraverita/issue/50778/607406>> last accessed 08.04.2022.

Velayutham, S., & **Hasan**, R. (2021), 'Sovereign wealth funds and corporate social responsibility: a comparison of Norway's Government Pension Fund Global and Abu Dhabi Fund for Development. *Public Administration and Policy*, (In-Press).

Vural, Seven (2017), 'Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Hukuki Durumu ve Denetimi', *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol:12, N:157-158, p.135-144

Wright, Christ(2020), *Euromoney*, Older and wiser: How sovereign wealth has responded to Covid-19, <<https://www.euromoney.com/article/27ft5h678f5ma5k6xkxkw/capital-markets/older-and-wiser-how-sovereign-wealth-has-responded-to-covid-19>>last accessed 08.04.2022.

Zhang, Jin (2016), 'Enhancing the Transparency of Sovereign Wealth Funds: From the Middle East to China', *Journal of Middle Eastern and Islamic Studies (in Asia)*, Vol:1, p. 90-120.

Zhao, Feng (2009), 'How Should Sovereign Wealth Funds Be Regulated?', *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, Vol:3, N:2, p. 483-511.

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: *The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.*

Contributions Statement: *Author has contributed 100% into preparing and writing this study.*

Statement for Support and Appreciation If Any: *None.*

Statement for Conflict of Interest: *None.*

TİCARİ SIRRIN İFŞASINDAN DOĞAN CEZA SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN TÜRK VE ALMAN HUKUK SİSTEMLERİNDEKİ GÜNCEL DURUMUN DEĞERLENDİRİLMESİ*

AN EVALUATION OF THE CURRENT REGULATIONS IN TURKISH AND GERMAN LEGAL SYSTEMS REGARDING CRIMINAL LIABILITY FOR THE DISCLOSURE OF TRADE SECRETS

Arş. Gör. Ezgi ÇIRAK**

ÖZ

Ticari sır, bir ticari işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili olarak bağımsız ve ekonomik bir değeri olan veya sır sahibine rekabette avantaj sağlayan ve piyasada ilgili işletmeye başarı getiren, sınırlı bir çevre tarafından bilinen ve sahibinin alenileşmesini istemediği her türlü üretim, iş, pazarlama gibi hususlardaki bilgi, belge ve verilerdir. Ticari sırrın hukuka aykırı olarak ifşası, sır sahibine iktisadi açıdan zarar vereceği gibi serbest piyasa ekonomisinin istikrarını ve güvenini de zedeleyecektir. Ticari sırrların ifşasının önlenmesi ve buna yönelik eylemlerin caydırıcılığının sağlanması için ceza hukukunun himayesi gerekli görülmektedir. Bu bağlamda hem Türk hukukunda hem de Alman hukukunda cezai düzenlemeler yer almaktadır.

Ticari sırrın ve serbest piyasa ekonomisinin korunmasına yönelik olarak Türk Ticaret Kanunu (TTK) 62/1-a maddesinin atfıyla TTK madde 55/1-b-3 ve TTK madde 55/1-d bentlerinde yer alan fiiller, ticari sırrların ifşasına ilişkin olarak TTK madde 62/1-a'daki haksız rekabet suçunun seçimlik hareketleri arasında düzenlenmiştir. Ayrıca TTK madde 62/1-c'de ticari sırrların ele geçirilmesi suçu yer almaktadır. Bunun yanında korunan hukuki değer farklı olsa da suçun konusu bakımından benzer bir düzenleme Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 239. maddesinde ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu yer almaktadır. Bu düzenlemeler birbirinden suç konu olan sırrın hukuka uygun ya da hukuka aykırı olarak elde edilip edilmediğine göre, sırrı bizzat ifşa etme ya da ifşaya yönelme hareketine göre ayrılmaktadır. Ayrıca iki farklı kanunda yer alan bu düzenlemeler, suçun konusu bakımından benzer olduklarından somut olaya uygulanabilirlikleri ayrıca değerlendirilmelidir.

Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun (UWG) §17 ise iş ve işletme sırrlarının ifşası suçunu düzenlemekteydi. Ancak Avrupa Birliği'nin 2016/943 sayılı Direktifi'ne uyum çalışmaları sonucunda UWG'de yer alan cezai yaptırımlar mülga edilip Ticari Sırrların Korunması Kanunu'nun (GeschGehG) § 23 yeniden düzenlenmiş ancak suçun kapsamına giren haller GeschGehG'de yer alan diğer maddelere atfı yapılmak suretiyle düzenlenmiştir. Bunun yanında Alman Ceza Kanununun (StGB) § 203'te özel sırrların ihlali suçu da ayrıca düzenlenmektedir.

Ticari sırrın ifşasına yönelik suçlar her iki ülkenin mevzuatında da dağınık bir şekilde ele alınıp, eksik norm yöntemi ile düzenlenmiştir. Bu durum somut olaya hangi suç tipinin ya da suçun hangi seçimlik hareketinin uygulanması gerektiği konusunda problemlere neden olmaktadır. Bu bakımdan çalışmada ilgili suç tiplerinin ele alınış biçimleri, uygulama alanlarının sınırları ve ayrımları ele alınacaktır. Her bir suç tipinin unsurlarına ayrılarak incelenmesi daha detaylı bir çalışma gerektirdiğinden, bu çalışmada konuya ilişkin suç tiplerinin genel hatlarıyla ortaya konulması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Haksız rekabet, Haksız rekabet suçları, ticari sırrların korunması, ticari sırrın ifşası.

ABSTRACT

Trade secret refers to any information, documents or data that have an independent and economic value in relation to a commercial enterprise, or company's scope of activity, or that provide a competitive advantage to the person who owns the secret and brings profit to the relevant business in the market. This information is known only to a limited circle, and the owner prefers that it should not be made public. Unlawful disclosure of a trade secret will not only disadvantage the owner of the secret, but also damage the stability and trust of the free market economy. Protection under criminal law is considered necessary to prevent the disclosure of trade secrets, and to deter actions against disclosure. In this context, there are criminal regulations in both Turkish and German law.

With reference to article 62/1-a of the Turkish Commercial Code (TTK) for the protection of trade secrets and the free market economy, the acts described in the TTK article 55/1-b-3 and TTK article 55/1-d subparagraphs, the deliberate acts of the crime of unfair competition cited in article 62/1-a, may prosecution for the crime of unfair competition arising from the disclosure of trade secrets. In addition, in Article 62/1-c of the TTK, there is another crime, that of seizing trade secrets. In addition, although the protected legal value is different, a similar regulation in terms of the subject of the crime, namely article 239 of the Turkish Penal Code, includes the crime of disclosing information or documents which constitute trade, banking, or customer secrets. These two regulations differ according to whether the secret that is the subject of the crime is obtained legally or unlawfully or according to whether the perpetrator himself discloses the secret or causes the secret to be disclosed. In addition, since these regulations in two Codes are similar in terms of the subject of the crime, their applicability to the concrete case should be evaluated separately.

Article 17 of the German Unfair Competition Law (UWG) formerly regulated the disclosure of business and trade secrets. However, after the harmonization with the European Union's Directive No. 2016/943, the UWG penal sanctions were abolished and re-arranged in Article 23 of the Law on the Protection of Trade Secrets (GeschGehG). The cases within the scope of the crime in this law are currently regulated with reference to other articles in the GeschGehG.

Crimes related to the disclosure of trade secrets are dealt with in a rather haphazard manner in the legislation of both countries and are regulated as a framework (white) norm. This raises issues about which type of crime or which elective action should be applied to the concrete event. In this respect, this study will focus on the regulation of the relevant crime types, and the boundaries and distinctions of the application areas. The analysis of each crime type by examining its elements, however, requires a more detailed study, and is outside the scope of this study, which focuses in more general terms on the crime types related to the subject.

Keywords: Unfair competition, Offences of unfair competition, Protection of trade secrets, Disclosure of trade secret.

* (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 05.01.2022 / Kabul Tarihi: 16.06.2022).

** İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı (ezgi.cirak@ieu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-0342-7504).

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi tarafından 25.10.2021 tarihinde düzenlenen IV. Ticaret Hukuku Uluslararası Sempozyumu'nda sunulan tebliğin genişletilmiş makale hâlidir.

Atıf/Citation: Çirak, Ezgi (2022), "Ticari Sırrın İfşasından Doğan Ceza Sorumluluğuna İlişkin Türk ve Alman Hukuk Sistemlerindeki Güncel Durumun Değerlendirilmesi", TFM, C:8, S:1, s. 179-204.

I. GİRİŞ

Ticari hayatın ve piyasa ekonomisinin temelini serbest, dürüst, adil ve emeğe dayalı rekabet düzeni oluşturmaktadır. Ancak rekabet serbestisi içerisinde katılımcılar meşru olmayan vasıtalarla başvurarak, haksız üstünlük ve menfaatler elde etme amacıyla hareket edebilmektedir. Bu hukuka aykırılıklar yalnızca rakipleri değil aynı zamanda piyasanın diğer katılımcıları olan müşterilerin, tüketicilerin ve bu işlemlerden etkilenen tüm toplumun zararına sonuçlar doğurmaktadır.

Serbest piyasa ekonomisinin dürüst ve adil olarak işlemesi için haksız rekabeti önleyecek hukuki yaptırımlar düzenlenmektedir. Bu kurallara aykırılığın zamanla toplumsal yönü ağır bastığı için özel hukuk yaptırımlarının yanında ceza hukukunun himayesi de gerekli görülmüş ve haksız rekabete ilişkin cezai yaptırımlar düzenlenmiştir.

Ticari sırlar emeğe dayalı olarak, belirli teknik bilgi, üretim bilgisi, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masraflar gibi ticari işe ve işletmeye özgü ekonomik değer taşıyan ve gizli kalması yönünde sahibin belli bir iradesi ve menfaati olan bilgiler olup, bu bilgiler sayesinde rakiplere karşı avantajlı konuma gelinmektedir. Bu sırların ifşası, sır sahibine iktisadi açıdan zarar vereceği gibi

serbest piyasa ekonomisinin istikrarını ve güvenini de zedeleyecektir. Bu bakımdan ticari sırların ifşasına ilişkin cezai düzenlemeler hem Türk hukukunda hem de Alman hukukunda yer almaktadır. Ticari sırlara ilişkin yaptırımların temeli ve konusu ticaret hukukundan kaynaklandığından, bu husustaki düzenlemeler ceza kanunlarındaki düzenlemelerle birlikte/ek olarak başka kanunlarda yerini almaktadır. Ancak suçun konusu ne olursa olsun, suç ve ceza ihdas edilirken ceza hukukunun temel prensiplerini göz önünde bulundurmak bilhassa kanunilik ilkesi ve onun ayrılmaz parçası olan açıklık ve belirlilik ilkelerine uygunluk oldukça önemlidir.

Ticari sırların ifşasına ilişkin ceza sorumluluğu, TTK madde 62'de yer alan haksız rekabete ilişkin suçlar arasında düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin ilk fıkrasında, kanun yapma tekniği açısından oldukça problemlili bir yöntem olan eksik norm şeklinde; suç ve yaptırım ile suçu oluşturan fiiller farklı maddelerde düzenlenmek suretiyle suç ihdas etmiştir. Kanaatimizce TTK madde 55'te yer alan fiiller, TTK madde 62/1-a hükmündeki suç tipinin seçimlik hareketleridir¹. TTK madde 55, münhasıran bir ceza normu olmayıp özü itibarıyla ticaret hukuku prensipleri esas alınarak hazırlanan ve sık karşılaşılan haksız rekabet hallerini örneklemek amacı güden bir düzenlemedir. Dolayısıyla bu

¹ 6762 sayılı TTK yürürlükteyken, bu düzenlemeye benzer şekilde esas suç tipi 64. maddede düzenlenmekte fakat bu maddenin ilk fıkrasındaki suç için 57. maddeye atıf bulunmaktaydı. Bu düzenleme için Aydın, 57. maddede düzenlenen fiilleri, 64/1. maddenin seçimlik hareketleri olarak ifade etmiştir. **Aydın**, Hüseyin (2008) Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Suçları, 1. Baskı, Ankara, Yetkin, s.135. İtişgen ise TTK m. 62/1'deki "55 inci maddede yazılı haksız rekabet fiillerinden birini kasten işleyenler" atfıyla TTK m. 55'te "Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranışlar ve Ticari Uygulamalar" başlığı altında yer alan fiillerin her biri farklı konulara yöneldiği, hatta kimilerinin fail ve mağdurları farklı olduğundan her bir bendin bağımsız birer suç teşkil ettiği görüşündedir. **İtişgen**, Rezzan (2016) "Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Gerçek Dış J veya Yanıltıcı Açıklamada Bulunma Suçu" TBB Dergisi, C:

122, s.338. Küçüktaşdemir ise TTK madde 55'te yer alan beş bentin her birini birer suç tipi olarak ve ayrıca 1. bentin ilk beş alt bendini ve sonraki alt bentlerini ayrı suçlar olarak tasnif etmiştir. Küçüktaşdemir aynı zamanda bu suçu "Aldatıcı Reklamlarda Bulunma Suçu" olarak ifade etmiştir ancak söz konusu fiiller reklamlar vasıtasıyla işlenebilse de reklam vasıtası olmaksızın da işlenebilmesi mümkün olduğundan suçun bu şekilde adlandırılmasına katılmıyoruz. **Küçüktaşdemir**, Özgür (2018) Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, s.234 vd. Özbalçık ise TTK madde 62/1'in TTK madde 55'e yaptığı atıfla yirmi dört farklı suç tipinin var olduğu görüşündedir. **Özbalçık**, Ozan Can (2019) TTK Madde 62/1-b-c-d Kapsamında Haksız Rekabet Suçları, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, s.20.

maddede yer alan fiillerin hukuki konularını esas olarak birbirinden farklı birer suç olarak ele almak-tansa, bu fiillerin işlenmesiyle suçun oluşacağını dü-zenleyen ve bir ceza normu olan TTK madde 62/1-a hükmünü tek bir suç olarak ele almayı tercih et-tik². Düzenlemenin devamında TTK madde 62/1-b-c-d olmak üzere üç fıkra şeklinde ayrı üç suç tipine yer verilmiştir. Ancak ilk fıkrada atıf yapılan ve TTK madde 55'te sayılan hareketler ile sonraki fıkralar-daki suç tipleri birbirleriyle benzer hukuki konular ve hareketler içermektedir. Bu durum oldukça kar-ışık bir düzenlemeye neden olmuştur.

Çalışmanın ilk bölümünde ticari sırların if-şasına ilişkin hem Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) hem Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) bulunan dü-zenlemeler karşılaştırılacaktır. Bu bölümde karşılaşt-ırılacak suç tiplerinin her birinin unsurlarının ayrı ayrı incelenmesi bu çalışmanın hem kapsamını aş-a-cak hem de konunun odağını dağıtacağından yal-nızca suç tipleri arasındaki benzerlikler ve farklılık-lar üzerinden açıklamalar yapılacaktır. Bu bağlamda karşılaştırmaların görülebilmesi için her bölümün sonunda karşılaştırma tablosuna yer verilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümü ise Alman huku-kundaki düzenlemelere ayrılmıştır. Ticari sırlara ilişkin düzenlemeler Alman Ceza Kanunu'nda (StGB ve yürürlüğe yeni giren Ticari Sırların Ko-runması Kanunu'nda (GeschGehG) yer almaktadır.

Bu kısımda da tüm suç tiplerinin incelenmesi yerine düzenlemeler arasındaki farklılıklar ve GeschGehG yürürlüğe girişinden sonraki değişikliklere odakla-nılacaktır.

Nihayetinde çalışmanın amacı Türk huku-kunda *de lege lata* bakımından konuya ilişkin dağı-nık ve karmaşık şekilde yer alan suç tipleri ve suçun hareketlerinin karşılaştırmalı şekilde ortaya kon-ması ve *de lege ferenda* açısından daha belirli, açık ve bütüncül bir düzenlemede olması gereken nite-likleri ortaya koymaktır.

II. TİCARİ SIRRIN İFŞASINDAN DOĞAN CEZA SORUMLULUĞUNA YÖNELİK TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELER

A. SUÇLARIN KONUSU BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMA

1. Sır Kavramı

Ticari hayattaki sır kavramı, ticari hayatın çok boyutlu olmasından mütevellit oldukça geniş kapsamlıdır. Ticari işin konusu olan hizmet ya da malın üretim öncesi-sonrası, pazarlamaya arz edi-lişi, bu süreç boyunca işçi/işveren ilişkileri, işletme-nin kendi işleyişine ait bilgiler gibi pek çok noktada farklılaşan sırlar bulunmaktadır. Türk hukukunda da bu süreçlerdeki sırlar için farklı kavramlar kulla-nılmaktadır. Tek bir sır kavramının

² Yargıtay kararları da haksız rekabete ilişkin suç düzen-lemesinin TTK 62. maddede yer aldığını, TTK madde 55'in ise seçimlik hareketler olduğu yönündedir. "Bu itibarla 6102 Sayılı Kanun'un 55/(1),c.3. numaralı mad-desinde unsurları yazılı "haksız rekabet" fiiline aykırı davranmakla Kanun'un 62. maddesinde düzenlenen suçun maddi (hareket) unsuru;

- Başkasına ait ve "pazarlanmaya hazır bir çalışma ürünü" bulunması ve

- Haksız rekabeti işlediği iddia edilen kişinin, bu ça-lışma ürünü, kendisinin uygun bir katkısı

olmaksızın, "teknik çoğaltma yöntemleriyle devralıp ondan yararlanması"dır.

Hal böyleyken, yukarıda unsurları yazılı haksız rekabet suçunun oluşması için; 6102 Sayılı Kanun'un 55. mad-desinde yazılı haksız rekabet hallerinden "özellikle" ifadesinden sonra gelen seçimlik fiillerin, TCK'nin 2. maddesine uygun biçimde açıkça sayılmış olması ve ti-pik olarak sayılan bu fiillerin sanık tarafından işlenmiş olması da zorunludur. Ezcümle belirtilen unsurların oluşması durumunda fiilin haksız rekabet suçunu oluşt-urabileceği düşünülebilir." Yargıtay 19. Ceza Dairesi E. 2019/23111 K. 2019/10622 T. 8.7.2019, www.ka-zanci.com.tr, Erişim Tarihi: 06.04.2021.

belirlenmesinin, sır kavramının muhtevasında farklılaşacak unsurları ihmal etme anlamına geleceği ileri sürülmektedir. Bununla birlikte bu kavramlar arasında kesin bir ayırım yapmak her zaman mümkün olmamaktadır³.

Doktrinde iş sırrı kavramının iş ve işyeri ile ilgili her türlü gizli bilgiyi içeren bir kavram olduğu ve imalat sırları ile ticaret sırlarının da iş sırrı çerçevesinde değerlendirilebileceği belirtilmektedir⁴. Ticari sır olarak nitelendirilemeyecek ancak işveren tarafından gizli tutulması gereken bilgilerin iş sırrı olduğu ifade edilmektedir⁵. Bunun yanında üretim ve iş sırrı kavramlarının birbirini tamamlayan ve sahibine ticari yaşamda geniş koruma sağlayan her türlü işletme sırrı veya teknik bilgi, fikri ve sınai mülkiyete ilişkin hükümlerce korunsun ya da korunmasın sır olarak nitelendirilen her türlü bilginin ticari sır kapsamında olduğunu belirten yazarlar da vardır⁶.

Biz çalışmamızda genel bir çatı kavram olarak “ticari sır” kavramını kullanmayı tercih ettik. Her ne kadar kanunlaşmamış olsa da Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı’ndaki tanım bu hususta oldukça yol göstericidir. Ticaret kavramı geniş anlamda ele alındığında

üretim ve üretilen ürün/hizmetlerin tüketiciye/müşteriye ulaştırılmak üzere piyasaya arz edildiği süreç olduğundan, kanaatimizce diğer kavramları da kapsamaktadır⁷.

Çalışmanın kapsamına giren dört farklı düzenlemenin⁸ konusunu “sır” kavramı oluşturmaktadır. Bir bilginin ticari anlamda sır olarak kabul edilmesi için bilinmeyen bir olgu (*Unbekannte Tatsache*) olması gerekmektedir⁹. Bu bilgiye sahibinin rızası olmadan ulaşılamamalıdır. Bir bilgi ya da belgenin sır olarak kabul edilebilmesi için sahibinin gizli kalması yönünde iradesinin bulunması gereklidir¹⁰. Bu bakımdan sırrı paylaştığı üçüncü kişilerin olması, bilgiyi sır kapsamından çıkarmayacak, aksine sırrın kapsamının belirlenmesinde önem arz edecektir. Bir bilginin sır olarak kalması için sır vakıf olanların sayısı ya da bilgi çemberinin genişliği değil; o bilgiye erişilebilirliğin boyutu ve sırrın kimin bilgisi dahiline gireceğine sahibinin karar vermesi önemlidir¹¹. Özellikle iş hukuku açısından değerlendirildiğinde sırrın nispi nitelikte olduğu belirtilmektedir¹². Bir bilginin işletmede çalışan belirli sayıdaki kişilerce biliniyor olması sırrı koruma iradesini muhafaza edecekse de bilginin ortalama herhangi bir işçi (*durchschnittsarbeitnehmer*)

³ **Yeşiltepe**, Salih Önder (2006) “Ticari Sır-İş Sırrı” Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, s. 403.

⁴ **Yeşiltepe**, s.405; **Uşan**, Fatih M.(2003) İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), 1. Baskı, Seçkin, Ankara, s.28 ; **Soyer**, M. Polat (1994) Rekabet Yasağı Sözleşmesi, 1. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İzmir, s.12.

⁵ **Uşan**, s.28; **Yeşiltepe**, s.409.

⁶ **Sayın**, Hediye Bahar (2017) “Haksız Rekabet Hukuku Açısından Üretim ve İş Sırrının Hukuka Aykırı Olarak İfşası” Terazi Hukuk Dergisi, C:12, S:136, s.38.

⁷ **Camcı**, Ömer (2002) Haksız Rekabet Davaları 2, 1. Baskı, Yazarın Kendi Yayını, s.94.

⁸ Bu çalışmanın konusunu oluşturan TTK madde 55/1-b-3 ve TTK madde 55/1-d aynı suçun farklı seçimlik hareketleri olarak kabul ettiğimizi belirtmek isteriz.

⁹ **Frick**, Markus R./ **Hilty**, Reto M. (2013) Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 1. Baskı, Helbing & Lichtenhahn Verlag, s.55.

¹⁰ **Gürbüz Usluel**, Aslı E. (2009) Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, s. 6; **Camcı**, s.94.

¹¹ **Troller**, Alois (1958) Das technische Geheimnis im System des Immaterialgüterrechts, 1. Baskı, GRUR int., s.418; **Kayasoylu**, Damla (2020), Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Üretim ve İş Sırlarının Korunması, 1. Baskı, Seçkin, s.28.

¹² **Aytaç**, Zühtü (1979) “Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Borcu” BATIDER, C:10, S:1, s.184.

tarafından biliniyor olması halinde gizlilik iradesinden bahsedilemeyecektir.

Bilginin gizliliğini sağlayan, bu bilgi elde edilirken verilen emek ve çaba olmaktadır¹³. Bir sırra bilinmeyen olgu özelliğini veren husus ona mutlak erişilemezlik değil; rakiplerin araştırdığı, analiz ettiği koşullar temelinde karşılaştırılabilir-özdeş sonuçlara ulaşılabilir olguya erişilememedir¹⁴. Üçüncü kişilerin de belli emek ve çaba sonucu bu bilgiye ulaşılabilir olma ihtimalleri bilginin sır niteliğini ortadan kaldırmamaktadır¹⁵. Bununla birlikte bir ürünün orijinalliği ya da yeniliği de sır olması bakımından mutlak bir ölçüt olmamaktadır¹⁶.

Sırrın korunmasında sır sahibinin hukuken korunmaya değer haklı bir menfaatinin bulunması, gizliliğe ait keyfiyeti ortadan kaldıran objektif bir ölçüttür¹⁷. Bu sırrın meşru ekonomik değere (*berechtigtes wirtschaftliches Interesse*) sahip olması ve rekabet edilebilirlik üzerinde dikkate değer etkisinin olması gerekir¹⁸. Sırrın gizli kalmasındaki rekabet gücünü koruyan menfaatin (*Geheimhaltungsinteresses*) objektif ölçütü, bilginin gizli kalmasının objektif olarak ekonomik karşılığının (*Geheimhaltungswürdig*) olmasıdır¹⁹. Rakibe avantaj ve

ekonomik çıkar sağlayan her türlü bilgi korunmaya değer değildir²⁰. Bu değer, rakiplerin rekabet gücünün korunması ve serbest piyasaya erişimini sağlayan genel süreç içerisinde değerlendirilmeli; ekonomik işlemlerin sonuçlarını etkileyen ve ekonomik değere sahip olan bilgiler bakımından objektif gizlilik menfaatinden söz edilmelidir²¹. Bu bakımdan rakiplerin rekabet gücünün korunmasını ve rakiplerin serbest piyasaya erişimini korumayı içeren, işleyen rekabeti artırmaya elverişli olan hususlar korunmaya değerdir²².

Sır sahibinin sırrı koruma iradesi, bilgiyi sır haline getiren unsurlardan biridir²³. Bilinen bir tekniğin geliştirilerek yatırım unsuru haline getirilmesi de bilgiye sır niteliğini veren koruma iradesini ortaya koyabilmektedir²⁴. Sır sahibinin bilgiyi gizli tutma ve koruma yönünde iradesi ve sırrın üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesini istememesi gereklidir²⁵.

Sır kapsamında olmayan bir bilginin açıklanması/ıfşası bu hükümlerin kapsamına girmeyecektir. Bu bakımdan sır sahibinin bilgiyi sır olarak saklanması iradesi yoksa fiil tipik olmayacaktır.

¹³ **Camcı**, s.101.

¹⁴ **Baudenbacher**, Carl: Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 1. Baskı, Helbing & Lichtenhahn Verlag, s.11; **David**, Lucas/ **Jacobs**, Reto (2012) Schweizerisches Wettbewerbs, 5. Baskı, Stämpfli Verlag, 2012, s.367; **Arkan**, Sabih (2004) "Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi S:22, C:4, s.6-7.

¹⁵ **Uşan**, s.31.

¹⁶ **Soyer**, s.54.

¹⁷ **Köhler**, Helmut/ **Bornkamm**, Joachim/**Feddersen**, Jörn/**Alexander**, Christian/**Baumbach**, Adolf/**Hefermehl**, Wolfgang, (2008) Gesetz gegen der unlauteren Wettbewerb, 1. Baskı, Beck Verlag, s.98; **Brockhaus**, Robert (2020) "Das Geschäftsgeheimnisgesetz Zur Frage der Strafbarkeit von Hinweisgebern unter Berücksichtigung der Whistleblowing- Richtlinie", Zeitschrift für

Internationale Strafrechtsdogmatik, S.3, s.103;**Özbek**, Veli Özer (2021) Ekonomi Ceza Hukuku – İkinci Kitap: Özel Hükümler, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, s.891; **Kangal**, Zeynel (2014) "Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu", Ceza Hukuku Dergisi, C:9, S: 24, s.21; **Uşan**, s.36; **Soyer**, s.55; **Yeşiltepe**, s.408.

¹⁸ **Harte-Bavendamm**, Hennig (1997) Handbuch des Wettbewerbs, München, s.13.

¹⁹ **Baudenbacher**, kn. 26.

²⁰ **Kayasoylu**, s.32.

²¹ **Baudenbacher**, kn. 26; **Frick** kn. 33.

²² **Baudenbacher**, kn. 26.

²³ **Özbek**, (Ekonomi Ceza 2), s.891; **Kangal**, s.21.

²⁴ **Kayasoylu**, s.35.

²⁵ **Gürbüz-Usluel**, s. 9.

2. İncelenen Suç Tiplerinde Suçun Konusu Bakımından Sır Kavramının Karşılaştırılması

a. Sırrın Tanımı ve Muhtevası Bakımından Karşılaştırma

Ekonomik hayata ilişkin sır kavramının muhtevasına ilişkin ölçütler açısından birlik olmasına rağmen bu kavram için kullanılacak terimde ne doktrinde ne de mevzuattaki düzenlemelerde bir birlik bulunmamaktadır. 6762 sayılı mülga TTK'da haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin yer aldığı 57. maddede imalat ve ticaret sırrı kavramları ayrı ayrı mütalaa edilmişti. İmalat sırrı, bir şeyin yapımında izlenen metot ve kurallar olarak ifade edilmekte ve dar anlamda üretim sürecindeki sırları kapsamaktaydı. Ancak geniş anlamda ele alındığında ticaret, üretim sürecini de içeren bir süreç olduğu için ticaret sırrının, üretim sırrını da kapsadığı belirtilmekteydi²⁶. TTK madde 62/1-c ise "üretim veya ticaret sırları" şeklinde düzenlenmiştir²⁷. Bu düzenlemenin mülga TTK'da yer alan imalat ve ticaret sırlarının farklı bir ifadesi olduğu görülmektedir.

6102 sayılı TTK'da yer alan düzenlemelerde kullanılan terimler birbirinden farklılık göstermektedir²⁸. Çalışmanın da kapsamında olan TTK madde 55/1-b-3 "üretim ve iş sırrı" kavramları şeklinde düzenlenmiştir²⁹. Üretim sırrı, ürün veya hizmetin üretim sürecine ilişkin konulardaki makine, teçhizat, tarif, üretim teknikliklerini ifade etmek

için kullanılmaktadır³⁰. İş sırrının tanımı bakımından ise doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Dar anlamda iş sırrı işin işleyişi, organizasyon aşamalarına ilişkin müşteri listeleri, tedarik, pazarlama gibi hususlardaki bilgiler anlamındayken³¹; geniş anlamda iş sırrı işletmenin ticari ve ekonomik faaliyetleri ve ilişkilerine dair tüm sırları ifade etmekte ve diğer tüm sırları kapsamaktadır³².

İncelememiz kapsamındaki diğer düzenleme olan TTK madde 55/1-d'de yer alan cümlelerin ilk kısmında "üretim ve iş sırlarının ifşası" kavramı kullanılmış ancak devamında "bilgiler ve üretenin iş sırları" kavramı tercih edilmiştir³³. Aynı cümle içerisinde önce üretim ve iş sırları hareketin konusu olarak belirlenip devamında bilgi ve üretenin iş sırlarından bahsedilmesi kanun yapma tekniği açısından doğru değildir. Zira bu kavramlar birbirinden farklılık arz etmektedir. Bilgi, her zaman sır anlamına gelmemektedir ve sır niteliğinde olmayan bilgilerin ifşası bu seçimlik hareketin konusunu oluşturmamalıdır. Ayrıca üretenin iş sırlarından bahsedilmesi, yalnızca üretim-imalat faaliyeti yapan işletmeleri ifade edip, hareketin kapsamını daraltarak, hizmet faaliyeti yürütenlerin iş sırlarını dışlayacak bir lafza sahiptir. Cümlelerin lafzından kaynaklı uygulama alanının daralması, haksız rekabet hükümlerinin amacı dikkate alındığında sadece üretim faaliyeti yapan işletmelerin kapsama alınmasının doğru olmayacağı ve TTK madde 55 hükmünün

²⁶ Camcı, s.94; Yeşiltepe, s. 410.

²⁷ TTK madde 62/1-c: "Çalışanları, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri, çalıştırmanın veya müvekkillerinin üretim veya ticaret sırlarını ele geçirmelerini sağlamak için aldatanlar"

²⁸ 6762 sayılı TTK'da benzer şekilde iş sırrı, imalat sırrı, ticaret sırrı gibi farklı kavramlar kullanılmaktaydı.

²⁹ TTK madde 55/1-b-3: "İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek"

³⁰ Sarıkaya, Sinan (2015) Haksız Rekabet Hukukunda Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yönelme, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, s. 128; Nomer-Ertan, Füsün Haksız Rekabet Hukuku (1. Baskı, On İki Levha) 298.

³¹ Özbalçık, s. 159.

³² Uşan, s.29; Sarıkaya, s.128.

³³ TTK madde 55/1-d: "Üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek; özellikle, gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını değerlendiren veya başkalarına bildiren dürüstlüğü aykırı davranmış olur."

örnek kabilinden bir sayım olduğu gerekçesine dayanmak mümkündür³⁴. Ancak söz konusu hükmü, bir suçun seçimlik hareketi olarak değerlendirdiğimizde bu yorum yöntemiyle çözüme ulaşmak kanunilik ilkesine aykırıdır. Yine de üretim ve iş sırlarının ifşasını önlemeye yönelik bu düzenlemede öncelikle üretim ve iş sırrından bahsedilmesi, daha sonra özellikle ibaresinden sonra yapılan açıklamada üretenin sırrı ifadesine yer verilmesi kanun koyucunun korumanın kapsamını daraltmayı değil; açıklamayı istediğini göstermektedir.

TCK madde 239'da ise kavramlar daha farklı formüle edilmiş ve "*ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeler*" şeklinde kullanılmıştır. Öncelikle TTK'daki düzenlemeler ile bu düzenlemenin farkı korunan hukuki değer açısından kendini göstermektedir. Zira bu düzenleme birden fazla hukuki değeri koruyacak şekildedir. Bilgi ve belgelerin yetkisiz kişilerce öğrenilmesi haksız rekabetin önlenmesi ve ticari yaşamın dürüstlük kuralları çerçevesinde sürdürülmesini amaçlayarak kamu düzeni koruma altına alınmaktadır³⁵. Aynı zamanda bankacılık ve müşteri sırları da korunduğundan, müşterilerin özel yaşamlarının gizliliği, yürütülen işlemler ve bu işlemleri gerçekleştiren personele olan güvenin sağlanması amacı da bulunmaktadır. TCK'da "Topluma Karşı Suçlar" kısmında ve "Ekonomi, Sanayi ve Ticarete Karşı Suçlar" bölümünde yer alan bu suç tipi, sistematik açıdan ele alındığında toplumsal düzenin en önemli bileşenlerinden olan ekonomiye olan güveni ile ticaret ve bankacılık ilişkisinin taraflarının

birbirine duydukları güvenin sağlanmasını ön plana çıkarmaktadır³⁶. Bununla beraber ticari sır, bankacılık sırrı ve müşteri sırlarının ifşası haksız rekabet koşullarının korunması bakımından da önem arz edecektir. Kısaca serbest rekabet koşullarında ekonomik istikrarın, güven ilişkisinin ve bu sayede genel olarak kamu düzeninin korunması amaçlanmaktadır³⁷.

Bu maddede yer alan ticari sır ilişkisi kapsamlı ve tartışmalı tanımlar yukarıda açıklanmıştır. Bankacılık sırrı ise bankacılık faaliyetlerini ilgilendiren, bankacılık nitelik ve niceliği taşıyan, bankanın mali gücünü ve itibarını kapsayan bilgi ve belgelerle ilişkilidir³⁸. Bankacılık sırrı, bankanın mal, iktisadi, kredi ve nakit durumu, yönetim esasları ve politikaları dahil her türlü bilgiyi kapsamaktadır³⁹. Müşteri sırrı ise Bankacılık Kanunu'nun 4. maddesinde sayılan bankacılık faaliyetleri kapsamında sunulan her türlü hizmet nedeniyle bankanın öğrendiği müşterilerine ait bilgiler ile müşteriye verilen hizmete ilişkin bilgilerin tümü olarak kabul edilmektedir⁴⁰. Hem bankacılık sırrına hem de müşteri sırrına ilişkin doktrindeki tanımlar Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı'ndaki tanımlarla paraleldir. Her iki kavrama ilişkin düzenlemeler 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ve Sır Niteliğindeki Bilgilerin Paylaşılması Hakkındaki Yönetmelik⁴¹'te yer almakta ancak tanımlanmamaktadır.

Görüldüğü üzere aynı maddede, hatta aynı alt bentte dahi farklı kavramlara yer verilmesi teorik

³⁴ **Nomer Ertan**, s.333; **Sayın**, s.41.

³⁵ **Yaşar**, Osman/**Gökcan**, Hasan Tahsin/**Artuk**, Mustafa (2014) Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 5, 1. Baskı, Adalet, s.6687.

³⁶ **Özbek** (Ekonomi Ceza 2), s.891; **Tepe**, İlker (2010) "Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu (TCK m. 239/1-3)" (2010) Ceza Hukuku Dergisi, C. 5, S. 14, s.106.

³⁷ **Tepe**, s.106.

³⁸ **Tepe**, s. 111.

³⁹ **Yiğit**, Uğur (2006) Bankacılık Suçları, 1. Baskı, Has Matbaacılık, s.4.

⁴⁰ **Alıcı**, s.792.

⁴¹ 4 Haziran 2021 tarihli ve 31501 sayılı Resmî Gazete 'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

olarak bir belirleme yapmayı oldukça zorlaştırmakta ve uygulamada tüm kavramların birbiri yerine kullanılmasına neden olmaktadır. Yargıtay kararlarında ise üretim ve iş sırrı kavramlarının birbiri yerine ya da birbirine kapsayacak şekilde kullanıldığı görülmektedir⁴². Bu kavramlar kendi içerisinde farklılık arz etse de birbirlerini kapsayabilecek mahiyette olup, sınırlarının ayrılması zordur. Bu kavramların hepsini kapsayacak çatı kavram belirlenerek adil rekabetin bozulmasını önleyecek davranışların cezalandırılması mümkün kılınabilmelidir. Bilhassa ceza sorumluluğu bakımından suçun konusunun kapsamının belirsiz ve genişletici yorumu da aşacak şekilde kullanılması kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Kanun koyucunun amacının ticari hayatın, serbest piyasa ekonomisinin dürüst, adil ve bozulmamış bir halde devamını sağlamak olduğunu kabul edersek, kullanılan farklı kavramlarla koruma kapsamını daraltmak ve sınırlamak gibi bir amaç güdümediğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu bakımdan tüm kavramları kapsayacak tek bir kavrama yer verilmesi ve kanaatimizce "ticari sır" kavramının kullanılması yerinde olacaktır.

b. Sırrın hukuka uygun ya da hukuka aykırı elde edilmesine göre karşılaştırma

İncelenen suçların konusunu oluşturan ticari sırrın fail tarafından öğrenilme-ele geçirilme

biçimleri farklılık arz etmektedir. Bu husus suçun tipikliğine doğrudan etki etmektedir⁴³. Zira bazı düzenlemelerde sırrın hukuka aykırı elde edilmesi suçun unsuru olarak yer almaktayken; diğer düzenlemelerde kanun sırrın hukuka uygun ya da hukuka aykırı elde edilmesi bakımından suskun kalmaktadır.

TTK madde 55/1-b-3 bu hususta ayrıca bir düzenleme içermediğinden sırrın hukuka uygun ya da hukuka aykırı olarak öğrenilmesi bir önem arz etmemektedir.

TTK madde 55/1-d ise bu konuda çelişkili bir düzenlemedir. TTK madde 55/1-d hükmünün ilk kısmında üretim ve iş sırrlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmenin haksız rekabet olduğu belirtilmiştir. Düzenlemenin devamında, bu hareketi açıklamak üzere "özellikle" ifadesi kullanılarak gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrenilen sırrların değerlendirilmesi veya bildirilmesi şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemenin ilk ve ikinci kısmında ayrı ayrı hareketler yer alsın da haksız rekabetten kaynaklanan hukuki sorumluluk bakımından, ikinci kısmın bu haksız rekabet haline örnek vermek amacıyla düzenlendiğini kabul eden görüşler bulunmaktadır⁴⁴. Bunun yanında ikinci cümledeki haksız rekabet halini, birinci cümlede özel hali olarak ele alıp; iki durumu birbirinden ayıran görüşler de bulunmaktadır⁴⁵. Kanaatimizce ikinci kısım, ilk kısmı

⁴² "İşverenin iş sırrı sayılabilecek üretimlerin formül içeliklerine, üretilen malların özel bilgilerine vuku bulabilecek bilgi veya sırrları başka bir firmaya aktarmak suretiyle" denilerek üretim sırrı niteliğindeki formüller için iş sırrı kavramı kullanılmıştır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2015/4570 K. 2015/11551 T.4.11.2015, www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi:27.11.2021; "davacının, davalı kişinin, aralarında imzaladıkları gizlilik ve rekabet yasağı sözleşmesini ihlal ederek ticari sır niteliğindeki bilgileri davalı şirket ile paylaştığı ve davalıların firmaları aleyhine haksız rekabet içine girdiği iddiasıyla" denilerek dar anlamdaki tanıma göre iş sırrına ilişkin uyumsuzluktan bahsedilmesine rağmen ticari sır

kavramı kullanılmıştır. Yargıtay 20. Hukuk Dairesi E. 2015/10362 K. 2015/9753 T. 20.10.2015, www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi:27.11.2021;

⁴³ Sırrın elde edilme/öğrenilme şekli ön şart olarak da kabul edilebilir. Ancak kanaatimizce bu husus, suçun konusunun tipe uygun olarak kabul edilmesi için gerekli olduğundan ayrıca bir unsur olarak ele alınması gerekmektedir.

⁴⁴ Sayın, s.41.

⁴⁵ Erdil, Engin (2020) Haksız Rekabet Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, s. 269-275.

açıklayan bir düzenleme gibi görünse de ceza sorumluluğu bakımından suçun tipikliğinde yer alan bir hareketi göz ardı etmek mümkün değildir. Bu bakımdan suçun fiilinin karşılaştırıldığı bölümde açıklanacağı üzere bu alt bentte üç ayrı hareket bulunmaktadır⁴⁶. Ancak hareketin konusu bakımından dikkat çeken husus, cümlenin ilk kısmında yer alan ifşa hareketinin konusu olan sır, herhangi bir şekilde öğrenilebilecekken; başkalarına bildirme ve değerlendirme hareketi bakımından gizlice ve izinsiz olarak ele geçirilmeli veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrenilmelidir. İfşa/bildirme hususundaki değerlendirmeyi bir sonraki başlığa bırakmakla birlikte; sırrı değerlendirmenin suç olabilmesi için sırrın hukuka aykırı yöntemlerle ele geçirilmiş olması gerekmektedir. Aynı cümlede, önce herhangi bir şekilde elde edilmiş sırrın ifşası yasaklanmış; daha sonra hukuka aykırı şekilde elde edilen sırrın başkalarına bildirilmesi yasaklanmıştır.

TCK madde 239/1'in birinci cümlesinde suçun konusu ticari sır, bankacılık sırrı ve müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeler olarak belirlenmiş, ancak bu sirlara sıfat, görev, meslek ya da sanatı gereği vakıf olanların suçun faili olabileceği düzenlenerek özgü suç şeklinde bir düzenleme yapıldığından⁴⁷ bu fıkranın inceleme konumuz ile bağlantısı sınırlıdır. Zira TTK'da yer alan düzenlemeler özgü suç şeklinde değildir. TCK madde 239/1'in ikinci cümlesinde ise bilgi ve belgeleri hukuka aykırı yollarla elde ederek yetkisiz kişilere veren ya da ifşa

eden kişilerin de cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Suçun bu hali herkes tarafından işlenebilecekse de suçun konusuna ilişkin en önemli husus, sır içeren bilgi ve belgelerin hukuka aykırı elde edilmesinin gerekliliğidir⁴⁸. TTK madde 55/1-d'nin ikinci kısmındaki hukuka aykırı şekilde öğrendiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını başkalarına bildirme hareketiyle, TCK madde 239/1'in ikinci cümlesi birbiriyle örtüşmektedir. TCK madde 239'un ikinci cümlesi, TTK madde 55/1-d'in uygulama alanını oldukça daraltmaktadır. Zira bu hareket ile TCK madde 239 arasında bir asli-tali norm ilişkisi bulunmaktadır. Fiil ancak daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde TTK'daki hükümler uygulanabilecektir. Bu bakımdan somut olay hem TCK madde 239 hem de bu seçimlik hareketin kapsamına giriyorsa daha ağır cezayı gerektirdiğinden dolayı TCK madde 239'daki hükmün uygulanması gerekecektir⁴⁹.

⁴⁶ Küçükdemirtaş ise bu alt bentte üç hareketin bulunduğu, sırrı hukuka aykırı olarak ele geçirmenin suçun bağlı hareket kısmını oluşturduğu; değerlendirme hareketi ve ifşa hareketinin ise seçimlik hareket olduğunu belirtmektedir. Bu durumda düzenlemenin ilk kısmı tamamen göz ardı edilip, yalnızca ikinci kısmı değerlendirilmektedir. **Küçüktaşdemir**, s. 344.

⁴⁷ **Maral**, Maşallah (2018) "TCK Madde 239 'Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması' Suçunun İncelenmesi" İstanbul Barosu Dergisi, S.92, C.2, s. 122; Tepe ise TCK

madde 239'da yer alan suçun genel olarak özgü suç olmadığını ifade etmekle birlikte birinci fıkranın bakımından failin belirli kişiler tarafından işlenebileceğini belirtmektedir. **Tepe**, s. 112-116. Aksi yönde görüş için: **Çiftçioğlu**, Cengiz Topel (2017) Sırrın Korunması Boyutuyla Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrının Açıklanması Suçu, 1. Baskı, Seçkin, s. 291.

⁴⁸ **Tepe**, s.119.

⁴⁹ **Küçüktaşdemir**, s.349.

	TTK madde 55/1-b-3	TTK madde 55/1-d	TTK madde 62/1-c	TCK madde 239
Konu	Üretim ve iş sırları	Üretim ve iş sırları Bilgiler ve üretenin iş sırları	Üretim veya ticaret sırları	Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeler
Sırrın elde ediliş yöntemi	Sır hukuka uygun ya da hukuka aykırı yollarla öğrenilmiş-ele geçirilmiş olabilir.	Sır, ifşa etmek açısından hukuka uygun öğrenilmiş-ele geçirilmiş olabilir. Bildirmek-değerlendirmek açısından gizlice ve izinsiz olarak ele geçirilmeli veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrenilmeli.	Sır hukuka uygun ya da hukuka aykırı yollarla öğrenilmiş-ele geçirilmiş olabilir.	TCK m.239/1, 2. cümlede bilgi veya belgeler, hukuka aykırı yolla elde edilmeli.

Tablo I

B. FAİL BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMA

Ticari sırların ifşasına yönelik düzenlemelerin bir kısmında suçun faili bizzat sırrı ifşa edenken; bir kısmında sırrı ifşaya yöneltendir. İfşaya yöneltmenin cezalandırıldığı alt bentler uyarınca, sırrı bizzat ifşa edenin cezalandırılması mümkün görünmektedir.

TTK madde 55/1-b-3 ve TTK madde 62/1-c'de sırrı ifşa eden kişi suçun faili değildir. Sırrı ifşa eden kişiyi, bu harekete yönelten kişi suçun failidir.

TTK madde 55/1-d'de ise sırrı ifşa eden ya da başkalarına bildiren kişi suçun faili olmaktadır. TCK madde 239 açısından 1. fıkranın ikinci cümlesinde yine sırrı bizzat ifşa eden suçun failidir. Ancak TCK madde 239/4 bakımından ayrıca bir belirleme yapmak gerekmektedir. Zira cebir ve tehdit ile sırrı ifşaya yöneltmek ayrı bir eyleme ilişkin olduğundan ayrı bir suç oluşturmakta ve bu suçun da faili sırrı ifşaya yönelten olmaktadır⁵⁰.

TTK madde 55/1-b-3 ve TTK madde 62/1-c'de ifşaya yöneltilen kişiler failin çalışanları, vekilleri veya diğer yardımcı kişilerdir. TTK madde 55/1-b-3 "işçiler", TTK madde 62/1-c "çalışanlar" terimini kullanmıştır. Bu bağlamda çalışan kavramı daha geniş bir anlam ifade etse de bunları aynı anlama gelecek şekilde yorumlamak gerekmektedir. Tipik fiilin bu kişiler dışında herhangi bir üçüncü kişiye karşı gerçekleştirilmesi halinde bu fiil kapsamındaki suç oluşmayacaktır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesine göre bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi denir. Kanun'un 8. maddesine göre de işçinin bir iş sözleşmesi kapsamında bağımlı olarak iş görmeyi üstlenmesi ve bunun karşılığında diğer tarafın ücret ödemesi gerekmektedir. TBK madde 393 vd. düzenlenen genel hizmet sözleşmesi kapsamında çalışan işçiler de bu kapsama girecektir.

Vekil ise TBK madde 502'ye göre vekalet sözleşmesinin taraflarından biri olan ve vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlenen kişidir. Vekil, işçiden işverene bağımlılıkta, iş görme hususunda ve ücretli olup-olmama konularında ayrılmaktadır⁵¹. Özellikle işverene bağımlı olarak çalışması şart olmadığı için özel vekalet ilişkileri de bu düzenlemenin kapsamına girebilecektir. Örneğin avukatın, müvekkiliyle yaptığı vekalet

⁵⁰ Tepe, s.104.

⁵¹ Taştekin, s.93.

sözleşmesinden kaynaklanan borcun tahsilini geciktirerek müvekkiline karşı yükümlülüğüne aykırı davranması karşılığında belli bir meblağ vererek kendi işletmesine yarar sağlayan rakibin bu eylemi suçun oluşmasına neden olacaktır⁵². Burada avukatın sorumluluğu sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Alman Ceza Kanunu § 14 ise tüzel kişilerde temsilcinin sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme ile başkası için hareket konusu düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre işletmede sürekli ya da geçici şekilde bir görevin üstlenmiş olması ve kendisine ait yükümlülük hakkında açıkça yetkilendirmiş kişi karar verme hususunda işverenin yasal yükümlülüklerini devralmış bulunmaktadır⁵³. Böyle bir durumda yetkili konumundaki avukat özel vekalet ilişkisinin yanında kanunen sorumlu olabilecektir.

Bu hüküm kapsamında belirtilen diğer yardımcı kavramı hükmün kapsamını genişletmektedir. Hükmün kapsamına girebilmesi için “diğer yardımcı kişinin” işletme sahibi ile arasında sözleşme ilişkisinin olması gerekmektedir. İşveren ile bir sözleşmeye dayalı olarak iş gören, işletme faaliyetlerine yardım eden kişiler bu kapsamda değerlendirilebilir. Burada işçi-işveren ilişkisindeki gibi bağımlı çalışma şartı aranmamalıdır. Aksi halde işçi ile diğer yardımcı kişi arasında bir fark kalmayacaktır.

Alman Yargıtay’ı ise şirket çalışanı kavramını geniş yorumlamakta ancak bağımsız tacir yardımcıları çalışan kavramı içerisine dahil etmemekte, yalnızca Alman Ticaret Kanunu (HGB) §

84.2 kapsamında çalışan olarak kabul edilen kişileri bu bağlamda değerlendirmektedir⁵⁴.

TTK madde 55/1-b-3 ve TTK madde 62/1-c’de yer alan “işıya yönelmek” fiilinden ne anlaşılması gerektiği önemli bir husustur. Yönelmek fiilinin (*verleiten*), İsviçre doktrininde ceza hukuku terminolojisi bakımından azmettirmeden daha geniş bir anlam ifade ettiği belirtilmektedir⁵⁵. Yönelmenin, azmettirmeden daha geniş bir kavram olduğu, yönelmenin kişinin iradesini oluşturup kuvvetlendirecek her hali içerdiği, yöneltilenin iradesinin bütünüyle yok olmadığı ve eylemi bilerek-isteyerek yaptığı ifade edilmektedir⁵⁶. Ancak bu yönelme ve azmettirmeyi birbirinden ayıran net bir ölçüt değildir. Zira azmettirme halinde de failin, fiili gerçekleştirme yönündeki iradesi özgür bir biçimde oluşmakta ve suçun hareketi yine bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmektedir⁵⁷.

TTK madde 55/1-b-1 ve TTK madde 55/1-b-4’te de sözleşmeyi ihlale yönelmek şeklinde “yönelmeyi” cezalandıran iki ayrı düzenleme bulunmaktadır. Ancak bu iki düzenlemede, sözleşmeye aykırı davranan ya da sözleşmeyi fesheden kişiyi ayrıca cezalandıran başka düzenlemeler bulunmaktadır. Kaldı ki bu iki düzenlemede sözleşmenin taraflarının fesih gibi hukuken korunan bir haklarını kullanmalarının cezalandırılması söz konusu olamayacaktır. Bu bakımdan sözleşmeyi feshe yönelme ile serbest rekabeti bozacak bir durum söz konusuysen, sözleşmeyi feshetmek bu kapsamda değildir. Bu durumda örneğin sözleşmeyi fesheden

⁵² Erdil’e göre işletmenin işlerini bağımsız olarak ve emre bağlı olmaksızın gerçekleştiren vekiller, örneğin kendi bürosundan işletmeye avukatlık hizmeti veren avukat bu kapsama girmeyecektir. **Erdil**, s.251.

⁵³ Kudlich/Oğlakçioğlu, kn. 118-119; **Özbek**, Veli Özer (2021) Ekonomi Ceza Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, s.91.

⁵⁴ **Ohly**, Ansgar (1996) Richterrecht und Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1. Baskı, Carl Heymanns Verlag, s.32.

⁵⁵ **Baudenbacher/Glöckner**, Art. 4 N. 16; Frick, Art. 4 N. 21.

⁵⁶ **Küçüktaşdemir**, s.316.

⁵⁷ **Demirel** Muhammed/ **Kartal** Melik, (2019) “Ceza Hukukunda Suça Azmettirme Hareketi” D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 21, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağanı Özel Sayı, s. 467 vd.

cezalandırılmadığı için yöneltenin ayrıca cezalandırılması yerindedir. Zira bu durumda yönelten bakımından azmettirme hükümleri uygulanamayacaktır. Ancak çalışmanın konusunu oluşturan sırrın ifşasının bağlantılı olduğu diğer suçlarda durum böyle değildir. Ticari sırları ifşaya yöneltenin cezalandırıldığı TTK madde 55/1-b-3 ve TTK madde 62/1-c'nin yanında, sırrı bizzat ifşa eden de TTK madde 55/1-d'de cezalandırıldığından durum oldukça karmaşıktır.

Bu durum olayın bütünü ele alındığında çelişkili sonuçlar doğuracaktır. Hukuki konuları aynı olan TTK madde 55/1-b-3 ve TTK madde 55/-d aynı olayda uygulama alanı bulabilecektir. Örneğin A, B'yi ticari sırrın ifşasına yönelirse ve yönelttiği B sırrı ifşa ederse, TTK madde 55/1-b-3'ün faili yalnızca A olacak ve B'nin TTK madde 55/1-b-3'ten dolayı sorumluluğuna gidilemeyecektir. Bununla birlikte B'nin, TTK madde 55/1-d'den dolayı ceza sorumluluğuna gidilebilecektir. Diğer yandan A, TTK madde 55/1-b-3 bakımından fail olurken, TTK madde 55/1-d bakımından ise suçun azmettiren olacaktır. Kanaatimizce TTK madde 62/1-a'da yer alan esas ceza normu olup, TTK madde 55'te sayılan hareketlerin hepsi bu suçun seçimlik hareketleri olduğundan, bir suça ilişkin seçimlik hareketlerden birinin yapılmasıyla suç gerçekleşeceğinden, failin ayrıca bir sorumluluğuna gidilmemesi gereklidir. Bu husus TCK madde 61 açısından cezanın belirlenmesi hususunda etkili olarak suçun üst sınırına yaklaşarak ceza verilmesine ilişkindir. Ancak aynı fiil bakımından suçun bir seçimlik hareketinin faili, bir diğer seçimlik hareketinin azmettiren olacaktır şekilde düzenlemek oldukça yanlıştır. Bunun yanında TTK madde 62/1-c ile TTK madde 55/1-b-3'ün de

neredeyse aynı ifadeleri içerdiği göz önüne alındığında ve TCK madde 62/1-c'nin ayrı bir suç olduğu kabul edildiğinde bu durum *ne bis in idem* ilkesine de aykırılık yaratabilecektir. Zira failin tek bir hareketiyle bir suçun faili, bir başka suçun ise azmettiren olması ilişkin soruşturma başlatılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Bu bakımdan sırrı ifşa eden kişi zaten cezalandırılırken, bu ifşaya yönelten kişiyi de cezalandırmak için ayrıca bir düzenleme yapmaya gerek yoktur. Ceza hukukunun genel hükümlerini uygulamak, bir başka deyişle ifşaya yönelten kişiyi azmettiren olarak cezalandırmak yeterli olacaktır.

Yöneltme fiili hile, tehdit, cebir gibi yöneltilen kişinin iradesini sakatlayacak bir muhteva barındırıyorsa failin TTK'da yer alan yöneltmeye ilişkin suçlar değil, TCK madde 239/4'ten dolayı cezalandırılması gerekmektedir⁵⁸. Zira cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi ticari sır niteliğindeki bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kılmak, yöneltme hareketini aşan bir mahiyette olup, iradeyi fesada uğratan bir haldir⁵⁹. Bu konuda ayrıca bir düzenleme bulunduğundan TCK madde 239/4 uygulanmalıdır.

C. HAREKET VE NETİCE BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMA

Ticari sırlara ilişkin suçların ortak noktası sır niteliğindeki bilgilerin yetkisi olmayan üçüncü kişilere izinsiz olarak bildirilmesidir. Bu düzenlemelerde farklı şekilde formüle edilmiş olsa da bunları "ifşa" hareketi olarak ifade etmek mümkündür.

⁵⁸ TCK madde 239/4 "Cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi bu madde kapsamına giren bilgi veya

belgeleri açıklamaya mecbur kılan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır."

⁵⁹ Küçüktaşdemir, s.316.

TTK madde 55/1-b-3 ile madde 62/1-c'nin gerekçesinde, bu maddelerin mülga TTK madde 57/7'nin devamı niteliğinde olduğu belirtilse de mülga TTK arasında önemli farklar vardır. Mülga TTK, çalışanların “iğfal suretiyle sırları ifşa ettirmek veya ele geçirmek” şeklinde düzenlenmekteydi. Mülga TTK'da aranan “iğfal” aldatma, kandırma anlamına gelmekte ve ifşaya yönelmenin aldatmaya dayanması aranmaktaydı. Mülga TTK'daki düzenleme bu bakımından TTK madde 62/1-c'de yer alan suç tipiyle örtüşmektedir. Zira TTK madde 62/1-c'de ticari sırrın ele geçirilmesi için “aldatma” unsuru aranmaktadır. Ancak TTK madde 55/1-b-3, her iki düzenlemeden de geniş anlama sahiptir. Zira TTK madde 55/1-b-3 ifşa veya ele geçirmeye “yönelmek” şeklindedir. Kanaatimizce yönelme hareketi, aldatmayı da kapsayacak şekilde geniş bir anlam ifade etmektedir.

Bu düzenlemeler arasındaki farklardan biri de neticedir. TTK'daki düzenlemelerde ifşa ya da ele geçirme neticesi aranmamakta, bu neticelere yönelmek ile suç tamamlanmaktadır. Mülga TTK'da ise ifşa etmiş olma ya da ele geçirmiş olma neticelerinin gerçekleşmesiyle suç tamamlanmaktaydı. TTK madde 55/1-b-3 ve TTK madde 62/1-c'nin hareketi suç olarak düzenlenmiş olup; üçüncü bir kişinin, çalışanı/vekili/yardımcı kişiyi ifşaya-elde etmeye yönelmesi yeterli olacaktır⁶⁰.

	TTK madde 55/1-b-3	TTK madde 55/1-d	TTK madde 62/1-c	TCK madde 239
Fail	Fail, iscileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri sırrı ifşaya “yönelten” kişi	Fail sırları bizzat ifşa eden	Fail, iscileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri sırrı elde etmek için “aldatan” kişi	TCK m.239/1'de sırları bizzat ifşa eden

Tablo II

TTK madde 55/1-b-3 hem ifşa etme hem de ele geçirmeye yönelmek hareketlerini içermektedir. Buradaki esas hareket “yönelmek” olup ifşa etmek ve ele geçirmek amaç unsurunu oluşturmaktadır. Failin, işçiyi-çalışanı-diğer yardımcı kişileri, sırrı ifşaya-elde etmeye yönelmesiyle suç tamamlanacaktır. Bu kişilerin ayrıca sırrı ifşa etmesi ya da ele geçirmesi suçun tamamlanması açısından gerekli değildir. Aynı şekilde TTK madde 62/1-c'de yer alan hareket, sırrı ele geçirmek için aldatmaktır. Bu suç açısından sırrın ele geçirilmesi şart olmayıp, ele geçirmek için aldatmak ile suç tamamlanacaktır. Zira sırrı elde etmeye yönelmek, aldatma ya da sair biçimde gerçekleşebilecektir. Bu iki düzenleme arasındaki fark, yönelmek ve aldatmak fiilleri üzerinden olup, aldatmada hile unsuru ağır basmaktadır. Yönelmek fiili aldatmayı kapsayacak şekilde geniş yorumlanırsa TTK madde 55/1-b-3 hükmü, TTK madde 62/1-c'yi kapsayacak şekildedir⁶¹. Zira sırrı elde etmeye yönelmek, aldatma ya da sair biçimde gerçekleşebilecektir. Doktrinde mülga TTK'da yer alan “iğfal” kavramının yönelme şeklinde ele alınması gerektiği belirtilmekteydi⁶². Yönelme hareketi aldatmayı kapsıyor ise aynı maddede düzenlenen bir suçun seçimlik hareketi, bir başka suç kapsayacak şekilde düzenlenmiş olacaktır. Ancak bir başka görüşe göre maddi-manevi cebir ve hile kullanımı,

⁶⁰ Küçüktaşdemir, s.329; Özbalçık, s.187.

⁶¹ Özbalçık, s.166.

⁶² Nomer Ertan, s.300.

yönelme hareketinin sınırını oluşturmaktadır ve bu haller yönelme hareketini aşmaktadır⁶³. Gerçekten de cebir ve tehdit ile sırrı ifşaya zorlamanın düzenlendiği TCK madde 239/4'te yer alan düzenleme karşısında bu sonuca ulaşmak mümkündür. Ancak bu hareket cebir ve tehdidin, "hile" hususunu içermemektedir⁶⁴. Bu karmaşık durumun esas nedeni, çerçeve norm şeklindeki TTK madde 62/1-a'nın gönderme yaptığı TTK madde 55'in esasen bir ceza normu olmaması, aksine haksız rekabet hallerini sayan bir norm olmasından kaynaklanmaktadır. Bunun yerine TTK madde 62'de açık ve belirli şekilde cezalandırılmak istenen haksız rekabet halleri belirtilirse bu karmaşanın önüne geçilebilecektir. Zira bu tartışma ve karmaşa yalnızca teorik bir çerçevede değildir. Özellikle suçun belirlenmesi ve içtima açısından büyük sorun yaratabilecektir.

TTK madde 55/1-d hükmünün ilk kısmında üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmenin haksız rekabet olduğu belirtildikten sonra bu hareketi açıklamak üzere "özellikle" ifadesi kullanılarak ikinci kısımda hukuka aykırı olarak ele geçirilen sırların değerlendirilmesi veya bildirilmesi şeklinde düzenlenmiştir⁶⁵. Bu düzenlemenin ilk ve ikinci kısmında ayrı hareketler yer alsada ikinci kısmın bu haksız rekabet haline örnek vermek amacıyla düzenlendiği doktrindeki genel kabuldür. Kanun lafzına bakıldığında ikinci kısımdaki düzenlemeyi ayrı birer hareket olarak ele alırsak, oldukça karmaşık bir sonuca ulaşılmaktadır. Zira bu bendin ilk kısmındaki "ifşa" hareketinin konusu olan üretim ve iş sırlarının elde edilme yöntemine ilişkin bir ibare yer almazken, ikinci kısmında yer alan

"değerlendirme" ve "başkalarına bildirme" hareketleri için sırların hukuka aykırı şekilde öğrenilmesi ya da ele geçirilmesinin gerektiği görülmektedir. Kanaatimizce ikinci kısım, ilk kısmı açıklayan bir düzenleme gibi görünse de suçun tipikliğinde yer alan bir hareketi göz ardı etmek mümkün değildir. Bu bakımdan aynı cümlede önce herhangi bir şekilde elde edilmiş sırrın ifşası yasaklanmış; daha sonra hukuka aykırı şekilde elde edilen sırrın başkalarına bildirilmesi yasaklanmıştır. Ayrıca hukuka aykırı şekilde öğrenilen sırların değerlendirilmesiyle birlikte, bu düzenlemede üç ayrı hareket düzenlenmiştir. Bu haliyle oldukça çelişkili olan düzenleme TCK madde 239'daki düzenleme de düşünüldüğünde uygulanması mümkün olmayan bir hale gelmektedir.

Kanaatimizce başkalarına bildirmek ve ifşa etmek hareketleri arasında fark bulunmamaktadır. Bu bentte yer alan cümlenin ilk kısmı, ikinci kısımdaki "başkalarına bildirme" hareketini kapsamaktadır. Ancak daha önce ifade edildiği üzere ilk kısımda yer alan ifşa etme hareketine konu olan sırlar hukuka uygun ya da aykırı olarak elde edilebilecekken; ikinci kısımda yer alan başkalarına bildirme hareketinin konusunu ancak hukuka aykırı elde edilmiş sırlar oluşturmaktadır. Bu bakımdan ilk kısımdaki ifşa etme hem hareket hem de konu bakımından ikinci kısmı kapsamaktadır. Ancak bu harekette esas farklılaşan husus "değerlendirme" hareketidir. Zira ifşa edilmeksizin de elde edilen sır niteliğindeki bilgiler kullanılmak suretiyle değerlendirilebilir. Burada dikkati çeken bir husus, hukuka uygun şekilde elde edilen sırların değerlendirilmesinin

⁶³ Küçüktaşdemir, s. 375.

⁶⁴ Cebir, tehdit ve hilenin ortak noktası kişinin iradesini sakatlamaya yönelik bir zorlama olmalarıdır. Cebir maddi nitelikte bir zorlama ile, tehdit manevi nitelikte bir zorlama ile, hile ise maddi olmayan yollarla hataya düşürme şeklinde gerçekleşmektedir.

⁶⁵ Küçüktaşdemir'e göre sırrın hukuka aykırı olarak elde edilmesine bağlı olarak ifşa etme ve değerlendirme olmak üzere iki seçimlik hareket bulunmaktadır. Küçüktaşdemir, s.344.

suç oluşturmayacağıdır⁶⁶. Bu hareketler bakımından TTK madde 55/1-b-3 ve TTK madde 62/1-c'den farklı olarak netice aranmaktadır. Başka bir ifadeyle sırrın ifşa edilmesi ya da değerlendirilmesi neticesi ile suç tamamlanacaktır.

TCK madde 239'un ikinci cümlesinde bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde de bu suç oluşacaktır. Bu cümlede yer alan "*hukuka aykırı şekilde*" elde edilen "*bilgi ve belgelerin ifşası*" TTK madde 55/1-d ile örtüşmektedir. TCK madde 239'un ikinci cümlesi, TTK madde 55/1-d'in uygulama alanını oldukça daraltmaktadır. Zira bu hareket ile TCK madde 239 arasında bir asli-tali norm ilişkisi bulunmaktadır. Bu bakımdan somut olay hem TCK madde 239 hem de bu seçimlik hareketin kapsamına giriyorsa daha ağır cezayı gerektirdiğinden dolayı TCK madde 239'daki hükmün uygulanması gerekecektir⁶⁷. Doktrinde TTK madde 55/1-d'in yalnızca hukuka aykırı elde edilen sırrın değerlendirilmesi hareketi bakımından uygulama alanı bulabileceği şeklinde görüşler bulunmaktadır⁶⁸. Ancak TCK madde 239'daki suç tipinde hukuka aykırı şekilde elde edilen ticari sırrın yalnızca ifşa edilmesi ya da yetkisiz kişilere verilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan TCK madde 239 bağlı hareketli bir suçtur. Ayrıca tipte zarar neticesinden söz edilmediğinden sırf hareket suçudur⁶⁹. Ticari sırrın ifşa edilmeden doğrudan bu sırdan yararlanılıyorsa, TCK madde 239'da yer alan suç oluşmayacak; TTK madde 55/1-d'de yer alan "*sırrın değerlendirilmesi*" uygulanacaktır. TCK madde 239'un ikinci cümlesinde hukuka aykırı olarak elde edilmiş ticari sırrın yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi gerekmektedir. Bu hareket

bakımından da neticenin gerçekleşmesi aranmaktadır⁷⁰.

D. MUHAKEME BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMA

	TTK madde 55/1-b-3	TTK madde 55/1-d	TTK madde 62/1-c	TCK madde 239
Hareket	Herhangi bir şekilde yöneltme gerçekleştirilebilir.	Aldatma suretiyle ifşa şart değildir. Herhangi bir şekilde yöneltme gerçekleştirilebilir.	Aldatma suretiyle ele geçirmeye yöneltmek şarttır.	TCK m.239/1'de aldatma şartı yoktur. TCK m.239/4'te cebir-tehdit ile ifşaya yöneltme
Netice	Yöneltme ile suç tamamlanır, Sırrın ifşa edilmesi aranmaz.	Sır ifşa edilmiş (bildirilmiş) olmalı ya da değerlendirilmiş olmalı. Netice aranır.	Yöneltme ile suç tamamlanır. Sırrın elde edilmesi aranmaz. Sırf hareket suçudur.	Sır ifşa edilmiş (verilmiş, açıklanmış) olmalı Netice aranır.

Tablo III

TTK'da yer alan suçların soruşturulması şikâyete tabidir. TCK madde 239'da yer alan suç hakkında ise re'sen soruşturma başlatılacaktır. Önceki bölümlerde ifade edildiği üzere TTK ve TCK'daki düzenlemelerin örtüştüğü hareketlerin gerçekleştiği vakalarda, suçun soruşturulması uygulamada karışıklığa neden olabilecektir.

Muhakemeye ilişkin önemli bir husus ise TTK madde 63'te haksız rekabete ilişkin suçlarda tüzel kişinin sorumluluğu başlıklı düzenlemedir. Bu

⁶⁶ **Küçüktaşdemir**, s.347.

⁶⁷ **Özbek** (Ekonomi Ceza 2), s.903.

⁶⁸ **Küçüktaşdemir**, s.344.

⁶⁹ **Özbek** (Ekonomi Ceza 2), s.897.

⁷⁰ **Tepe**, s.123; **Çiftçioğlu**, s.328.

hüküm TCK madde 60'ta düzenlenen tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerine ilişkin düzenlemeden farklıdır.

TTK madde 63'ün başlığı "*tüzel kişilerin cezai sorumluluğu*" şeklinde olsa da ilk cümle de tüzel kişi adına hareket eden veya etmesi gerekmiş olan organın üyeleri veya ortaklarına ilişkin olarak, yani gerçek kişiler hakkındaki uygulamayı belirtmiştir. Düzenlemenin ikinci cümlesinde ise tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin de uygulanabileceği belirtilmiştir. Söz konusu maddenin muhtevası tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna ilişkin bir ibare içermemektedir. Burada düzenlenen tüzel kişilik bünyesinde kasten işlenen suçlardan dolayı gerçek kişilerin cezalandırılabilirliği ve suçun isnat edilebilirliğidir. Bu noktada Alman doktrininde kabul edilen yatay sorumluluk, dikey sorumluluk ve temsilcinin sorumluluğuna ilişkin görüşler doğrultusunda bir değerlendirme yapmak gerekse de bu konuyu incelemek çalışmanın kapsamını aşacaktır⁷¹.

TTK madde 63'te yer alan tüzel kişi adına "*hareket eden*" ifadesinin anlamını tespit etmek kolaydır. Zira TTK'ya göre şirketleri temsil yetkisine sahip olan organ ya da kişiler kanunda açıkça belirtilmiştir. Buna göre aksi belirtilmediği sürece örneğin limited şirkette müdürler, anonim şirkette yönetim kurulu ya da komandit şirkette komanditer ortak tüzel kişi adına hareket etmektedir. Pek tabii *delegasyon* (yetki devri) ile de temsil yetkisinin devredilmesi mümkündür. Ancak yönetim yetkisinin devredilme şartına ilişkin TTK madde 367'nin

aksine temsil yetkisinin devredilmesine ilişkin kanunda bir düzenleme yoktur. Hukuki sorumluluk açısından temsil yetkisinin devri ve devredilemez haklara ilişkin düzenlemeler yer alsa da bunlar hukuki sorumluluğu sınırlamaktadır. Böyle bir yetki devriyle ve özellikle ceza hukukundaki şahsiliği ilişkisi bağlamında ceza sorumluluğunun da bu şekilde bertaraf edilmesi olası görünmemektedir. Bu bağlamda temsil yetkisinin devri belli bir alanla ve zamanla sınırlı olarak, devredilen yetkinin içeriği net ve açık bir biçimde devredildiği takdirde ceza sorumluluğunun devri mümkün olabilecektir⁷².

Tüzel kişi adına "*hareket etmesi gerekmiş olan*" ifadesinin ne anlama geldiği ise hem karmaşık hem de her türlü yoruma açıktır. Bu konuda doktrinde iki ayrı görüş bulunmaktadır. İlk görüş bu ifadenin cezaların şahsiliği ve kusur ilkelerini aşan ve objektif sorumluluğa yaklaşım bir ifade olduğu yönündedir⁷³. Bir diğer görüş ise tüzel kişi adına hareket etmiş olması gereken kişilere neticeyi önlemeye yönelik ihmale aykırılığın cezalandırılması gerektiği yönündedir⁷⁴. Kanunun lafzından her iki yöndeki görüşe ulaşmak mümkün olsa da kanaatimizce kanun koyucu burada esasen kanunda belirtilen kişiler dışındaki, tüzel kişi adına "*hareket edebilecek olup*" da fiili gerçekleştiren kişileri ifade etmektedir.

TCK'da yer alan suçlar bakımından tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilmesi için bu hususun ilgili maddede ayrıca ve açıkça belirtilmesi gerekmektedir⁷⁵. TCK madde 239 bakımından ise böyle bir düzenleme yer almadığından, bu

⁷¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkn: **Kudlich/Oğlakçıoğlu**, §4 no:15; **Özbek**, s.85 vd.

⁷² **Kudlich/Oğlakçıoğlu**, §4 no:15.

⁷³ **Donay Süheyl/Erman** Hasan (1973) Sınai Mülkiyet Aleyhine Suçlar ve İlgili Mevzuat-Özellikle İhtira Berati, Marka ve Haksız Rekabet Suçları, 1 Baskı, Sulhi Garan Matbaası, s. 74-75; **Erman** Sahir (1981) Ticari Ceza

Hukuku, 1. Baskı, İsmail Akgün Vakfı Matbaası, s. 159; **Özbek**, s.77; **Küçüktaşdemir**, s.113; **Özbalçık**, s.75.

⁷⁴ **Aydın**, Hüseyin (2008) Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Suçları, 1. Baskı, Yetkin, s. 82-83.

⁷⁵ **Özbek/Doğan/Bacaskız**, s. 671.

madde bağlamında tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanamayacaktır. Kaldı ki TCK madde 239/4 açısından cebir ve tehdit kullanarak yöneltme, yalnızca gerçek kişiler tarafından gerçekleştirilebilecek bir harekettir.

III. TİCARİ SIRRIN İFŞASINDAN DOĞAN CEZA SORUMLULUĞUNA YÖNELİK ALMAN HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELER⁷⁶

Alman Hukukunda ticari sırlara ilişkin kapsamlı bir koruma şimdiye kadar ihmal edilmiş ve yalnızca Alman Haksız Rekabet Kanunu (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG*) §17-18'de hapis cezası ve para cezası ile koruma altına alınmıştı⁷⁷. Ticari sırların korunmasına ilişkin Avrupa Birliği çapında yeknesak düzenlemenin, işletmelerin iç pazardaki iş birliğini güçlendireceği ve etkin korumanın ancak üye devletlerin eşit düzeyde korunmasıyla sağlanabileceği düşüncesiyle gizli nitelikteki know-how ve ticari sırların yasa dışı edinilmelerine, kullanılmalarına ve ifşa edilmelerine karşı korunması hakkında 8 Haziran 2016 tarihli AB 2016/943 sayılı Direktif yürürlüğe girmiştir⁷⁸. Direktif, tüm iç pazarda ticari sırlar hakkında yeterli ve tutarlı bir hukuki koruma oluşturmayı amaçlamakta, ancak ulusal hukuktaki normların birleştirilmesine ilişkin bir öneride bulunmamaktadır.

	TTK madde 55/1-b-3	TTK madde 55/1-d	TTK madde 62/1-c	TCK madde 239
Tüzel Kişiler	TTK madde 63 bağlamında tüzel kişinin sorumluluğu doğabilir.	TTK madde 63 bağlamında tüzel kişinin sorumluluğu doğabilir.	TTK madde 63 bağlamında tüzel kişinin sorumluluğu doğabilir.	Tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna gidilemez.
Muhakeme	Soruşturulması şikayete tabi	Soruşturulması şikayete tabi	Soruşturulması şikayete tabi	Re'sen soruşturma başlatılır.

Tablo IV

Almanya'da bu Direktifle uyumlulaşma amacıyla ticari sırlara ilişkin olarak hukuki ve cezai düzenlemeleri kapsayıcı bir kanun (*Stammgesetz*) olarak, 26 Nisan 2019 tarihinde Ticari Sırların Korunması Kanunu (*Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, GeschGehG*) yürürlüğe girmiştir. GeschGehG yalnızca ticari sırlara ilişkin hukuki koruma sağlamakla kalmamış, ayrıca UWG'de yer alan cezai yaptırımları kaldırarak birtakım farklılıklarla birlikte yeni kanuna aktarmıştır.

Alman hukukunda ticari sırlara ilişkin tüm hususları incelemek, bu bölümün kapsamını aşacağından yalnızca ticari sırların ifşasına ilişkin suçlar bakımından GeschGehG ile getirilen değişiklikler, UWG ile kıyaslanarak ifade edilmeye çalışılacaktır. Bunun yanında StGB § 203 vd. düzenlenen özel sırların ihlali suçu da ticari sırlarla bağlamında değerlendirilecektir.

⁷⁶ Bu bölümde yer alan çevirilerin tümü yazar tarafından yapılmıştır. Çalışma boyunca "ticari sır" kavramını kullanma tercihimizi yukarıda açıklamıştık. Alman hukuku bakımından ise "*Geschäftsgeheimnissen*" tercümesini esasen işletme sırrı olarak yapmak daha doğru olacaktır. Ancak çalışmanın ilk kısmı ile yeknesaklığın sağlanması açısından bu bölümde de ticari sır kavramı kullanmaya devam edilecektir.

⁷⁷ **Höfinger, Frank Michael** "Neue Regelungen für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen", <<https://www.lausen.com/blog/neue-regelungen-fuer-den-schutz-von-geschaeftsgeheimnissen/>>, s.e.t. 11.10.2021.

⁷⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0943&from=DE,s.e.t.11.10.2021>.

Yürürlükten kaldırılan UWG §17-18 hükümlerinde iş ve işletme sırrı (*Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*) olmak üzere iki farklı sır kavramı kullanılmakta ancak bu kavramların tanımı kanunda yer almamaktaydı.

UWG §17 şu şekildeydi:

“(1) Bir ticari işletmede istihdam edilen kişi, iş ilişkisi çerçevesinde kendisine emanet edilen ya da iş ilişkisinin geçerlilik süresi içinde erişebildiği iş sırrını ya da ticari sırrı rekabet amacıyla, kişisel çıkar amacıyla, üçüncü kişilerin yararına veya işletme sahibine (*Inhaber des Unternehmens*) zarar verme kastıyla paylaşırsa üç yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır.

(2) 1. Aynı şekilde rekabet amacıyla, kişisel çıkar amacıyla, üçüncü kişilerin yararına veya işletme sahibine zarar verme kastıyla bir iş veya işletme sırrını, teknik araçların uygulanmak, sırna ilişkin hususu somutlaştırarak yeniden ortaya koymak, sırrın somutlaştığı bir şeyi elde etmek amacıyla hareket eden kişi cezalandırılır.

2. (1)’de yer alan ilişki bağlamında ya da (2) ’de belirtilen şekilde kendisinin veya üçüncü kişinin eylemi yoluyla veya başka bir şekilde elde ettiği bir iş veya işletme sırrını yetkisiz olarak ifşa eden ya da kullanan kişi cezalandırılır.

(3) Teşebbüs cezalandırılır.

(4) Bazı özel ciddi durumlarda ceza beş yıla kadar hapis veya para cezasıdır. Bu durumlar fiilin:

1. Ticari amaçla işlenmesi,

2. İfşa edilen bilginin yurtdışında kullanılacağı bilinerek işlenmesi,

3. 2. fıkranın 2. bendinde yer alan hareketi yurtdışında kendisinin kullanması

(5) Suç şikâyete tabidir. Ancak soruşturma makamları özel kamu yararı nedeniyle re’sen müdahalenin gerekli olduğunu düşünürse resen soruşturmaya başlanabilir.

(6) Bu suçlar bakımından StGB § 5.7⁷⁹ uygulanacaktır.”

GeschGehG ile ticari sırlar açısından en büyük yenilik, ticari sırrın tanımlanması ve kapsamının belirtilmesidir. GeschGehG ile tek bir sır kavramı tercih edilmiştir. GeschGehG §2 n.1’e göre ticari sırlar, belli bir çemberdeki kişilerin erişebildiği ve ekonomik değere sahip olan bütünsel bir bilgi ya da onu oluşturan belirli münferit bilgilerdir. Bilgiye sahip olan kişinin gizlilik konusunda meşru bir menfaatinin olması gerekir. Bilgiye sahip olan taraftan makul gizlilik önlemlerini almış olması gerekir.

GeschGehG, AB Direktifi’nin terminolojisini takip ederek teknik bilgi ve know-how’ı da içeren tek tip ticari sır terimini kullanmıştır. Bu tanımlar AB Direktifi § 2 n. 1 ve TRİPS § 39 n.2’deki tanımlarla paralel şekilde düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemelerdeki tanımlarda GeschGehG’in aksine “meşru menfaat” kıstası bulunmamaktadır⁸⁰.

UWG §17’deki sır kavramı doktrinde, sınırlı ve belli bir grup kişi tarafından bilinen, işletmeyle ilgili olan ve işletme sahibinin (*Inhaber des*

⁷⁹ StGB’nin (GeschGehG §23 de aynı şekilde) yer bakımından uygulama alanı içinde olan bir işletmenin, bu kanunun uygulama alanında ikametgahı olan şirketlerin veya bu şirkete bağlı olup bir holding oluşturan ve yabancı bir ülkede ikametgahı olan şirketin işletme sırrı veya ticari sırrını ihlal eden suçlar hakkında da StGB uygulanır.

⁸⁰ Brockhaus, Robert (2020) “Das Geschäftsgeheimnisgesetz Zur Frage der Strafbarkeit von Hinweisgebern unter Berücksichtigung der Whistleblowing- Richtlinie”, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, S.3, s.109.

Unternehmens) gizli tutma iradesinin olduğu bilgiler olarak tanımlanmaktaydı⁸¹. Gizliliği tutma iradesine ek olarak, nesnel olarak doğrulanabilir bir “meşru menfaat”⁸² ya da “meşru ekonomik menfaatin”⁸³ olması gerekli görülmekteydi (*Interessentheorie*). Bu meşru menfaat aranmasaydı, ceza hukuku kapsamında gizliliğin korunması, yalnızca şirket sahibinin gizliliği tutma isteğine bağlı olsaydı (*reine Willenstheorie*), bilgi herhangi bir gizli değere sahip olmasa bile, şirket sahibinin iradesiyle keyfi olarak ceza hukuku koruması kapsamı dahilinde görülebilirdi⁸⁴.

GeschGehG ile sır sahibinin sırrı koruma iradesi tek başına yeterli olmayacaktır. Bu irade kendisini gizli tutma konusunda objektif olarak göstermelidir. Bu sır sahibinin “uygun gizlilik önlemleri” (*angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen*) alması beklenerek sağlanacaktır. Bu şekilde objektif olarak gizliliği koruma iradesine bir koşul eklenmesi yerindedir. Zira gizlilik önlemlerinin gerçekten alınıp alınmadığı, sübjektif durumdan çıkarak, kanıtlara dayanacak şekilde ortaya konabilecektir⁸⁵. GeschGehG ile gizli tutma iradesinin dayandığı meşru menfaatin genel nitelikte olması yeterli olacaktır, bu menfaatin detaylandırılması şart değildir⁸⁶.

GeschGehG’in getirdiği yeniliklerden biri de bilgiye sahip olmaya ilişkindir. UWG’de işletme sahibinin (*Inhaber des Unternehmens*) bilgilerinin korunacağı düzenlenmişken; GeschGehG §2 n.2’de ticari sırrın sahibi (*Inhaber eines*

Geschäftsgeheimnisses) bilgiye hukuka uygun olarak sahip olan gerçek ya da tüzel kişi olarak tanımlanarak korumanın uygulama alanı genişletilmiştir. Bu tanım ile sırra sahip olan herkes koruma kapsamına alınmış olmaktadır. Ayrıca sırrı hukuka aykırı şekilde elinde bulunduran kişiler de koruma kapsamına alınmamaktadır (*Kein Schutz illegaler Geschäftsgeheimnisse*)⁸⁷.

GeschGehG §23’te yer alan ticari sırlara ilişkin cezai düzenlemelerin UWG’deki düzenlemeden en önemli farkı cezaların bağımsız niteliğini kaybetmesi ve GeschGehG § 4’teki hükümlere atfı yapılarak bu hükümlerin ihlal edilmesinin aranmasıdır. Düzenleme bu haliyle TTK madde 62/1-a ve İsvHRK’daki düzenlemeye benzer bir teknikte yapılmıştır. Esasen bu husus TTK madde 62’nin seçimlik hareketleri bakımından oldukça belirsiz, kıyasa açık ve dolayısıyla kanunilik ilkesine aykırılık oluşturduğu için eleştirilmektedir. Önceden münhasıran ayrı maddelerde düzenlenen suçlar yerine, yeni düzenlemede atfı sisteminin tercih edilmesi yine eleştirilebilecektir. Ancak GeschGehG’de suçun hareketine atfı yapılan maddedeki düzenlemeler, TTK’ya kıyasla daha açık ve belirlidir.

Ceza hükümlerinin düzenlendiği GeschGehG §23 şu şekildedir:

“(1) Kişisel çıkar amacıyla, üçüncü kişilerin yararına veya işletme sahibine zarar verme kastıyla kendisi veya başkalarının rekabetini teşvik edecek

⁸¹ Fezer Karl Heinz/ Büscher Wolfgang/Obergfell Eva Inés (2016) *Lauterkeitsrecht: UWG Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 3. Baskı, C. H. Beck Verlag, s.87.

⁸² Ohly, Ansgar (2019) *Das neue Geschäftsgeheimnisgesetz Im Überblick*, GRUR S.5, s.444

⁸³ Ohly, s.444.

⁸⁴ Brockhaus, s.103.

⁸⁵ Brockhaus, s.109; Fezer/Bücher/Obergfell, s.88.

⁸⁶ Ohly, s.445; Letzel, Ann-Sophie (2021) “Bewertung ausgewählter Aspekte des neuen „Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen“ (GeschGehG) Schutzbereich und Whistleblowing” *Zeitschrift für das Juristische Studium*, S.1, s. 3.

⁸⁷ Brockhaus, s.109.

şekilde aşağıdaki hareketleri yapanlar üç yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır.

1. § 4.1.1 'e aykırı olarak ticari sırrı elde edenler

2. § 4.2.1.a 'ya aykırı olarak ticari sırrı kullanan ya da ifşa edenler

3. § 4.2.3 'e göre ticari sırrı ifşa etmeme yükümlülüğü olan kişilerin, bir işletme tarafından istihdam edilen ve iş ilişkisi kapsamında kendisine emanet edilen veya iş ilişkisi süresince erişilebildiği ticari sırrı ifşa edenler.

(2) Aynı şekilde kişisel çıkar amacıyla, üçüncü kişilerin yararına veya işletme sahibine zarar verme kastıyla, kendisi veya başkalarının rekabetini teşvik edecek şekilde 1. fıkranın 2 ve 3 numaralı bentlerindeki şekilde üçüncü kişinin eylemi ile elde ettiği ticari sırrı ifşa eder ya da kullanırsa cezalandırılır.

(3) Kendisi veya başkalarının rekabetini teşvik edecek şekilde, iş ilişkisi sırasında kendisine emanet edilmiş ticari düzenlemeleri ya da sır niteliğindeki modelleri-şablonları (geheime Vorlage) §4 2.2 ya da § 4 2.3 'aykırı şekilde ifşa eden ya da kullanan kişi iki yıla kadar hapis cezası veya para cezasıyla cezalandırılır.

(4) 1. 1 ve 2 numaralı fıkrada yer alan hareketlerin ticari amaçla işleyenler,

2. 1. fıkranın 1-2-3 numaralı bentlerinde ya da 2. fıkradaki hareketlerin, ticari sırrın yurtdışında kullanılacağını bilerek ifşa edenler,

3. 1. fıkranın 2 numaralı bendinde ya da 2. fıkradaki hareketlerin, ticari sırrın yurtdışında kullanılması suretiyle işleyenler, beş yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır.

(5) Teşebbüs cezalandırılır.

(6) StPO §53.1.1.5 'te yer alan kişilerin ticari sırrın elde edilmesi, değerlendirilmesi veya yayılması ile sınırlı olmak üzere yardım hareketleri hukuka aykırı değildir.

(7) Bu suçlar bakımından StGB § 5.7 uygulanacaktır. Fail, kendisi veya başkalarının rekabetini teşvik edecek şekilde ya da kişisel çıkar amacıyla hareket ederse StGB § 30 ve 31 hükümleri uygulanır⁸⁸.

(8) Suç şikayete tabidir. Ancak soruşturma makamları özel kamu yararı nedeniyle re'sen müdahalenin gerekli olduğunu düşünürse resen soruşturmaya başlanabilir.”

GeschGehG § 3'te ticari sırrın elde edilmesine izin verilen hareketler düzenlenmiştir. GeschGehG § 4'te ise yasaklanan hareketlere yer verilmiştir. Örneğin kamuya açık hale getirilmiş bir ürün ya da nesneyi gözlemlemek, test etmek ya da UWG § 17 n. 2'ye göre yasak olan tersine mühendislik uygulamalarına artık izin verilmektedir⁸⁹. Esasen GeschGehG'ye göre ticari sırrı elde etmek değil; izinsiz olarak elde etmek yasaklanmıştır. Bu husus fiilin hukuka aykırılık unsurunu oluşturmaktadır.

GeschGehG § 4, GeschGehG §23'te yer alan suçun seçimlik hareketlerini oluşturmaktadır. İlgili madde şu şekildedir:

“(1)1. Ticari sır sahibinin meşru kontrolüne tabi olan ve ticari sırrı içeren veya ticari sırdan türeyen belgelere, nesnelere, materyallere, maddelere veya elektronik verilere yetkisiz olarak erişilemez, elde edilemez ve kopyalanamaz.

⁸⁸ StGB §30 Suça katılma teşebbüsü; StGB §31suça katılmaya teşebbüsten vazgeçmeyi düzenlemektedir.

⁸⁹ Brockhaus, s. 111.

2. Ticari sır, dürüst piyasa uygulamaları dikkate alınarak, ilgili koşullar altında iyi niyet ilkesine uymayan başka herhangi bir davranışla elde edilemez.

(2) Ticari sırrın kullanılması ya da ifşa edilmesi şu durumlarda yasaktır:

1. Kişi kendi hareketiyle ticari sırrı birinci fıkranın 1 ve 2 nolu bentlerindeki şekilde elde ediyorsa,

2. Ticari sırların kullanımını kısıtlama yükümlülüğünü ihlal ediyorsa.

3. Ticari sırrı ifşa etmeme yükümlülüğünü ihlal ediyorsa.”

GeschGehG § 4.1.1 ile sırrın yetkisiz kişilere verilmesi yasaklanmıştır. İş ilişkisi bağlamında ticari sır erişimi olan, örneğin, sırrı elde ederek iş ile ilgili yükümlülüklerini ihlal eden kimse, yetkisiz hareket etmektedir. Aynı şekilde daha önce yetkili olduğu ama artık erişim izninin olmadığı sırları açıklayan kişi de yetkisizdir⁹⁰.

GeschGehG § 4.3'te ticari sırrın ikinci fıkraya aykırı olarak kullandığını veya ifşa ettiğini, elde etme, kullanma veya ifşa etme anında bilen veya bilmesi gereken kişilerinde sorumluluğu düzenlenmiş ancak cezai sorumluluğun düzenlendiği §23'te bu düzenlemeye atıf yapılmamıştır. Bu bakımdan §23'te yapılan atıf § 4'teki tüm düzenlemeleri kapsamamaktadır. Zira § 4.3'te yer alan “bilmesi gereken kişilerin” ceza sorumluluğuna gitmek objektif sorumluluğa yol açabilecek boyuttadır ve bu bakımdan ceza sorumluluğunun kapsamı dışında tutulması yerindedir.

GeschGehG § 5'te, § 4'te belirtilen yasaklanan hareketlerin istisnaları düzenlenmiştir. Bu istisnai durumlara giren haller fiili, § 23 açısından da

hukuka uygun hale gelmektedir. Buna göre bir ticari sırrın edinilmesi, kullanılması veya ifşa edilmesi, özellikle meşru bir menfaati korumak için yapılıyorsa, suç kapsamına girmez. GeschGehG § 5'e göre medyada çoğulluk ve medya özgürlüğü de dahil olmak üzere ifade özgürlüğü kapsamına giren ya da genel kamu yararını korumak amacıyla hukuka aykırı bir hareketi ortaya çıkarmak için sırrı edinme-kullanma-ifşa etme halleri, çalışan temsilcilerinin görevlerini yerine getirebilmeleri için gerekli olması halinde, çalışanların çalışan temsilcilerine açıklamaları kapsamındaki sırrı edinme-kullanma-ifşa etme halleri istisna oluşturmaktadır.

GeschGehG § 23.1 ve 2'deki suçlarda “kendi veya üçüncü tarafın rekabetini teşvik etmek için, kişisel çıkar için, bir üçüncü tarafın yararına veya başkalarıyla birlikte hareket ettiğini” ve “işletme sahibine zarar verme” niyetiyle hareket etmesi aranır.

Yetkisiz olarak ticari şablonları ve teknik nitelikteki düzenlemelerin cezalandırıldığı UWG § 18'deki suçun da GeschGehG §23.3'e aktarıldığı görülmektedir.

GeschGehG § 23. 6'da gazetecilik faaliyetlerine ilişkin olarak getirilen hukuka uygunluk sebebi, gazeteciler üzerinde mesleklerini icra etme hususundaki olası caydırıcı etkilerin önüne geçmek için getirilmiştir. Bu noktada StGB § 353b N. 3a 'da yer alan istisnai düzenleme aynen alınmıştır. Bu sayede yan ceza kanunlarında yer alan düzenlemelerle temel ceza kanunundaki düzenlemeler uyumlu hale getirilip genel hukuk sisteminin tutarlılığını sağlamak istenmiştir⁹¹.

StGB §203 özel sırların ihlali suçunu düzenlemektedir. Bu düzenlemeye göre bir şirkete veya ticari işe ait sırlara ifşa eden kişi cezalandırılacaktır.

⁹⁰ Ohly, s.446.

⁹¹ Brockhaus, s. 119.

Ancak bu düzenleme özgü suç niteliğinde olup ifşa hareketini gerçekleştirilebilecek kişiler tahdidi olarak bir liste halinde sayılmıştır. Bu bakımdan bu düzenlemenin uygulama alanı oldukça sınırlıdır.

Ticari sırrın ifşasından kaynaklanan ceza sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler GeschGehG ile sınırlı değildir. StGB § 203 dışında, Limited Şirketler Kanunu §85 (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*), Ticaret Kanunu § 333 (*Handelsgesetzbuch*), Paylı Ortaklıklar Kanunu § 404 (*Aktiengesetz*), Ticari ve İş Kooperatifleri Kanunu § 151 (*Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften*) yer almaktadır. Ancak bu düzenlemelerde ticari sırrın tanımı yapılmamış ve hukuka uygunluk sağlayan istisnalara yer verilmemiştir. GeschGehG’de yer alan genel tanım ve istisnai haller bu diğer düzenlemeler bakımından da geçerli olacak mıdır? GeschGehG § 1. 3.1 açıkça ticari sırların ve mesleğe ilişkin sırların korunmasında StGB § 203 hükmünün uygulanmasının aynen devam edeceğini düzenlemiştir. Bu nedenle StGB § 203’teki ticari sır kavramı yorumlanırken GeschGehG’in yasal tanımı ve istisnaları dikkate alınmamaktadır. Ancak diğer kanunlarda yer alan düzenlemeler için böyle bir ibare yer almadığı için StGB § 203’ün aksine GeschGehG’deki tanım ve istisnalar geçerli olacaktır⁹². Bu husus hukuk düzeninin birliği fikriyle de desteklenmektedir. GmbHG § 85 ve § 404’de yer alan düzenlemelerde ticari sırlar bakımında “*gizli tutma iradesinin*” yer almadığı, bunun GeschGehG’deki yasal tanımda uygun gizlilik önlemleriyle kendini göstermesi gerektiği ifade edilmektedir⁹³. Ancak bu çok yerinde bir görüş değildir zira AB Direktifi’yle yeknesaklaştırmanın hukuki

sorumluluk bakımından gerekli olduğu ancak ceza yaptırımları bakımından zorunlu olmadığı ifade edilmektedir.

GeschGehG ile getirilen düzenlemeler yeni olmakla birlikte Alman doktrininde kanuna ilişkin getirilen eleştiriler, çeşitli muğlak terminolojiler ile istisnaların düzenlenmesi ve bu durumun mahkeme kararlarının sonucunu öngörmeyi önemli ölçüde zorlaştıracak olması üzerinedir⁹⁴. Örneğin “*meşru menfaat*”, “*kamu menfaati*” gibi terimler neyi ifade etmektedir, hangi koşullarda kamuya açıklama yapılmasına izin verilir gibi soruların cevapsız olduğu belirtilmektedir⁹⁵.

IV. SONUÇ

Çalışmanın esas amacı Türk ve Alman hukuk sistemlerindeki ticari sırrın ifşasından doğan cezai sorumluluğun düzenleniş şekillerini, güncel düzenlemelerle birlikte ortaya koymaktır. Bu bağlamda öncelikle Türk Hukukundaki düzenlemelere ve ardından Alman Hukukundaki düzenlemelere yer verilmiştir.

Sonuç yerine ise her iki sistemin genel hatlarıyla karşılaştırılması çalışmanın nihai amacını ortaya koyacaktır. Ticari sırrın ifşasından doğan ceza sorumluluğuna ilişkin suç tipleri Türk Hukukunda TCK madde 239 ve TTK’da haksız rekabete ilişkin suçların düzenlendiği madde 62 ve madde 55’te düzenlenmektedir. Alman Hukuku’nda 2019 yılına kadar bu konuya ilişkin suç tipi UWG § 17’de düzenlenmekteydi. 2019 yılında GeschGehG’in çıkarılmasıyla birlikte UWG’deki düzenleme mülga

⁹² Brockhaus, s 119.

⁹³ Ancak AB Direktifi ile amaçlanan yeknesak bir sır kavramının oluşturulması olup, bu husustaki diğer konular bakımından bir uyumlulaştırma şart koşulmamaktadır.

⁹⁴ Brockhaus, s.119.

⁹⁵ Brockhaus, s. 119.

edilmiş ve konuya münhasıran çıkarılmış olan kanunun içerisinde suç olarak düzenlenmiştir. Alman Hukukunda hem haksız rekabete hem de ticari sırlara ilişkin münhasıran kanunların bulunması, konunun daha ayrıntılı düzenlenmesi ve uygulamanın daha belirli olmasını sağlamaktadır.

Türk hukukunda “sır” kavramını tanımlayan kanun ya da yönetmelik bulunmamaktadır. Bu durum suç teşkil eden bir fiilin işlenmesi halinde, cezai sorumluluğa ilişkin pek çok benzer düzenlemeden hangisinin uygulanacağını belirsiz hale getirmektedir. Sırrı tanımlayan kavramlar birbirinden farklılık arz etse de birbirlerini kapsayabilecek mahiyettedirler ve sınırlarının ayrılması oldukça zordur. Adil rekabetin bozulmasına neden olan/olacak davranışların cezalandırılması bağlamında, bu kavramların hepsini kapsayacak bir çatı kavram belirlenmesi gerekmektedir. Ceza sorumluluğu bakımından suçun konusunun kapsamının belirsizliği ve genişletici yorumu da aşacak düzeyde kullanılması kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Kanun koyucunun amacının ticari hayatın, serbest piyasa ekonomisinin dürüst, adil ve bozulmamış şekilde devamını sağlamak olduğunu kabul ederse, kullanılan farklı kavramlarla koruma kapsamının daraltmak gibi bir amaç güdülmediğini görülmektedir. Bu bakımdan tüm kavramları kapsayacak tek bir kavrama yer verilmesi ve kanaatimizce “*ticari sır*” kavramının kullanılması yerinde olacaktır. Alman Hukukunda ise yeni kanunla ticari sırrın tanımı, kapsamı, hukuki ve cezai korumanın kapsamına girme şartları açıkça düzenlenmiştir.

Türk Hukukunda genel olarak haksız rekabet suçlarının ve çalışma özelinde ticari sırlara ilişkin suçların seçimlik hareketlerinin eksik norm şeklinde düzenlenerek farklı bir kanun maddesine atıf yapılarak düzenlenmesi oldukça problemlidir. Bu seçimlik hareketlerin muhtevasında özellikle

kanunilik ilkesi bakımından belirlilikten uzak, muğlak, öznel ifadeler bulunmaktadır. Bu durum esasen TTK madde 62/1-a bendinde atıf yapılan TTK madde 55’in özünde bir ceza normu olmamasından kaynaklanmaktadır. Alman Hukukunda ise UWG § 17’de yer alan düzenleme bağımsız bir ceza normu şeklindeydi ve bu haliyle ceza düzenlemesi yapma tekniği bakımından yerinde bir düzenlemeydi. Ancak GeschGehG § 23 ile suçun seçimlik hareketleri aynı kanunun § 4’e atıf yapılmak suretiyle düzenlenmiştir. Bu bakımdan düzenleme TTK’daki düzenlemeye benzer hale gelmiştir. Bununla birlikte GeschGehG § 4’te atıf yapılan düzenlemelerin sınırları daha belirlidir. Örneğin objektif sorumluluk barından GeschGehG § 4.3’e atıf yapılmayarak, bu düzenleme ceza sorumluluğunun dışında tutulmuştur.

Türk Hukukundaki düzenlemede fail, teşebbüs, iştirak gibi suçun unsurları bakımından TCK’ya atıfta bulunmaktan ziyade her hareket bakımından farklı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu durum, bir seçimlik harekette fail olarak sorumlu olacak kişinin bir diğer seçimlik harekette azmettiren olarak da sorumlu olabilmesine neden olmaktadır. Oysa Alman Hukukunda bu hususlarda uygulanacak kurallar bakımından StGB’ye atıf yapılmak suretiyle ceza yaptırımlarının uygulanması bakımından yeknesaklık sağlanmıştır.

Suçun soruşturulması bakımından ise Türk Hukukunda TTK’daki suçlar şikâyete bağlı olup; TCK’daki suç tipi re’sen soruşturulmaktadır. Alman Hukukunda GeschGehG’de suçlar şikâyete tabi olmakla birlikte özel kamu yararı nedeniyle re’sen müdahalenin gerekli görülürse resen soruşturmaya başlanabilecektir.

Son olarak Türk Hukukunda, TTK’nın en uzun maddesini de oluşturan haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin yer aldığı münhasır bir kanunun

yapılması, ticari sırrın ifşasına ilişkin olarak “İşverenin veya müvekkilin ticari sırrını yetkisiz olarak elde eden, ifşa eden veya kullanan kişi iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılırlar.” şeklinde kapsayıcı, açık ve belirli bir suç tipinin ortaya konması TTK’daki suç ve seçimlik hareketlerin ve TCK’daki ilgili cümlelerin mülga edilmesi karmaşık düzenlemenin ve uygulamaların önüne geçebilecektir.

KAYNAKÇA

- Alıcı**, Yaşar (2017) Bankacılık Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara, On İki Levha Yayıncılık.
- Arkan**, Sabih (2004) “Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar” Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S.4, C.22, 2004, ss.5-22.
- Aydın**, Hüseyin (2008) Türk Ticaret Kanunu’nda Haksız Rekabet Suçları, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Aytaç**, Zühtü (1979) “Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Borcu” BATIDER, S.10, C.1, 177-218.
- Baudenbacher**, Carl (2001) Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 1. Baskı, Helbing & Lichtenhahn Verlag.
- Brockhaus** Robert (2020) “Das Geschäftsgeheimnisgesetz Zur Frage der Strafbarkeit von Hinweisgebern unter Berücksichtigung der Whistleblowing- Richtlinie” Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, S.3, ss.102-120.
- Çiftçioglu**, Cengiz Topel (2017) Sırrın Korunması Boyutuyla Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrının Açıklanması Suçu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Demirel**, Muhammed/ **Kartal**, Melik (2019) “Ceza Hukukunda Suça Azmettirme Hareketi” Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağanı Özel Sayı D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, ss.457-490.
- Donay**, Süheyl / **Erman**, Hasan (1973), Sınai Mülkiyet Aleyhine Suçlar ve İlgili Mevzuat-Özellikle İhtira Beratı, Marka ve Haksız Rekabet Suçları, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası.
- Ekici**, Akın (2007) “Bankacılık Mevzuatı Kapsamında Banka ve Müşteri Sırrı” Bankacılar Dergisi, S.63, ss. 51-70.
- Erdil**, Engin (2020) Haksız Rekabet Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Frick**, Markus R./ **Reto**, M. Hilty (2013) Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) (Basler Kommentar), 1. Baskı, Basel, Helbing & Lichtenhahn Verlag.
- Gürbüz Usluel**, Aslı E. (2009) Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Harte-Bavendamm**, Hennig (1997) Handbuch des Wettbewerb, 1. Baskı, München.
- Höfinger** Frank Michael “Neue Regelungen für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen”, <<https://www.lausen.com/blog/neue-regelungen-fuer-den-schutz-von-geschaeftsgeheimnissen/>> s.e.t. 11.10.2021.
- İtişgen**, Rezzan (2016) “Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Gerçek Dışı veya Yanıltıcı Açıklamada Bulunma Suçu” TBB Dergisi, C.122, ss. 337-366.
- Kangal**, Zeynel (2014) “Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu” Ceza Hukuku Dergisi, C.9, S.24, ss.9-56.
- Kayasoylu**, Damla (2020) Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Üretim ve İş Sırlarının Korunması, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Köhler, Helmut/Joachim Bornkamm/**Jörn** Feddersen/**Christian** Alexander/ **Baumbach** Adolf / **Hefermehl** Wolfgang (2008) Gesetz gegen der unlauterer Wettbewerb, 1. Baskı, Beck Verlag.

Kudlich Hans/ **Oğlakçioğlu** Mustafa (2014) Wirtschaftsstrafrecht, 2. Baskı, C.F. Müller Verlag.

Küçüktaşdemir, Özgür (2018) Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Letzel Ann-Sophie (2021) Bewertung ausgewählter Aspekte des neuen „Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen“ (GeschGehG) Schutzbereich und Whistleblowing” Zeitschrift für das Juristische Studium, S.1, C.1.

Lucas David/ **Reto** Jacobs (2012) Schweizerisches Wettbewerb, 5. Baskı, Stämpfli Verlag.

Maral, Maşallah (2018) “TCK Madde 239 ‘Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması’ Suçunun İncelenmesi” İstanbul Barosu Dergisi, S.92, C.2, ss.116-138.

Ohly, Ansgar (2019) Das neue Geschäftsgeheimnisgesetz Im Überblick, GRUR S.5, ss.441-451.

Ohly, Ansgar (1996) Richterrecht und Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1. Baskı, Carl Heymanns Verlag.

Özbek, Veli Özer (2021) Ekonomi Ceza Hukuku – İkinci Kitap: Özel Hükümler, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Özbek, Veli Özer (2021) Ekonomi Ceza Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Reisoğlu, Sezai (2015) Bankacılık Kanunu Şerhi Cilt 2, Ankara.

Sayın, Hediye Bahar (2017) “Haksız Rekabet Hukuku Açısından Üretim ve İş Sırrının Hukuka Aykırı Olarak İfşası” Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 136, ss. 36-43.

Soyer, M. Polat (1994) Rekabet Yasağı Sözleşmesi, 1. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Taştekin, Sinem (2019) “Vekilin Vekalet Sözleşmesinden Kaynaklanan Özen Borcu” İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.6, C.2, ss.83-105.

Tepe, İlker (2010) “Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu (TCK m. 239/1-3)” Ceza Hukuku Dergisi, S.5, C.14, ss.103-127.

Troller, Alois (1958) “Das technische Geheimnis im System des Immaterialgüterrechts”, GRUR Int., ss.385- 394.

Uşan, Fatih M. (2003) İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Yaşar, Osman/ **Gökcan** Hasan Tahsin / **Artuk** Mustafa (2014) Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 5, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Yeşiltepe, Salih Önder (2006) “Ticari Sır-İş Sırrı” Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, İstanbul, ss.403-421.

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: *The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.*

Contributions Statement: *Author has contributed 100% into preparing and writing this study.*

Statement for Support and Appreciation If Any: *None.*

Statement for Conflict of Interest: *None.*

BORÇLAR-TİCARET VE TÜKETİCİ HUKUKU BAKIMINDAN AYIPLI MAL KAVRAMININ İNCELENMESİ*

ANALYSIS OF THE CONCEPT OF DEFECTIVE GOODS IN TERMS OF OBLIGATIONS-TRADE AND CONSUMER LAW

Arş. Gör. Elif POLAT**

ÖZ

Satılan bir maldan ortaya çıkan ve o maldan tümüyle veya gerektiği gibi yararlanmayı alıcı bakımından zorlaştıran eksiklik ve aksaklıkları ifade eden ayıp kavramı mevzuatımızda çeşitli kısımlarda düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere TBK, TTK ve TKHK'da rastlamak mümkündür. Ayıplı mal kavramının kapsamının en geniş biçimde TKHK'da ele alındığını söylemek mümkündür. Muayene ve ihbar külfetine ilişkin süreler bakımından ise TTK'nın, TBK'dan ayrıldığı görülmektedir. Bu makalede, ayıplı mala ilişkin hükümler, Borçlar, Ticaret ve Tüketici Hukuku bakımından incelenmiş ve birbirinden ayrılan noktalara değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ayıp, Gizli ayıp, Satış sözleşmesi, Ticari satış, Bildirim külfeti.

ABSTRACT

The concept of "defect", which expresses the deficiencies in a sold good that makes it difficult for the buyer to fully or properly utilize it, is regulated in various parts of our legislation. These regulations can be found in the Turkish Code of Obligations (TCO), the Turkish Commercial Code (TCC) and the Law on Consumer Protection (CPL). It is possible to say that the scope of the concept of defective goods is examined in the CPL in the widest way. In terms of inspection and notice burden, it is seen that the TCC is separated from the TCO in terms of durations. In this article, the provisions regarding the defective goods have been examined in terms of Obligations, Commercial and Consumer Law and the points that differ from each other are mentioned.

Keywords: Defect, Hidden defect, Sales agreement, Commercial sales, Burden of notice.

* (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 06.03.2021 / Kabul Tarihi: 17.03.2022).

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı (epolat@ybu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2477-855X).

Atıf/Citation: Polat, Elif (2022), "Borçlar-Ticaret ve Tüketici Hukuku Bakımından Ayıplı Mal Kavramının İncelenmesi", TFM, C:8, S:1, s. 207-230.

I. GİRİŞ

Bir malın ayıplı olması halinde uygulanacak kurallar, bu hukuki işlemin bir satış sözleşmesi, ticari satış sözleşmesi ya da tüketici sözleşmesi olmasına göre farklılık arz edebilir. Ticari satış sözleşmeleri, tacirler arasından yapıldıklarından; kuruluşu, konusu, tarafları ve özellikle uygulanacak hükümler açısından adi satış sözleşmelerinden ayrılır. Tüketici sözleşmeleri ise, adi satış veya ticari satış sözleşmesinden farklı olarak tek tip bir sözleşme çeşidi ihtiva etmeksizin üretici ve tüketici arasında gerçekleşmektedir. Dolayısıyla bir sözleşmenin, tüketici sözleşmesi olarak kabul edilebilmesi için sözleşmenin tipinin ya da niteliğinin bir önemi bulunmamaktadır. Zira tüketici sözleşmeleri, isimli veya isimsiz bir sözleşme niteliğinde olabilir.

Ayıplı mala ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nun, TBK hükümlerine atıf yaptığı görülmektedir. TTK m. 23 hükmüne göre, ticari satış sözleşmelerine özel hükümler saklı kalmak üzere TBK hükümleri uygulanacaktır. Buna göre tacirler arasında gerçekleşen satış sözleşmelerine ayıba ilişkin TBK hükümleri uygulanacaktır. Ayıbın tanımı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer almaktadır. Genel olarak ayıp, bir malın kullanım değerini azaltan veya ortadan kaldıran her türlü maddi, hukuki ve ekonomik eksiklik olarak ifade edilebilir. Ayıplı mal kavramı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da, TBK ve Türk Ticaret Kanunu'na göre daha geniş bir biçimde ele alınmıştır. Gözden geçirme ve bildirim süreleri bakımından genel olarak Türk Ticaret Kanunu'nun, Türk Borçlar Kanunu'ndan ayrılmakta, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ise herhangi bir süreye yer verilmemektedir. Dolayısıyla tüketici, Tüketicinin Korunması

Hakkında Kanun'da belirtilen zamanaşımı süresi içerisinde ayıp nedeniyle öngörülen seçimlik haklarını kullanabilecektir.

Çalışmamızda ayıplı mala ilişkin hükümler, Borçlar, Ticaret ve Tüketici Hukuku bakımından incelenmiştir. Her ne kadar ayıp hükümleri farklı sözleşme ilişkilerinde de düzenlenmiş olsa da, çalışmamızda genel olarak satış sözleşmesine ilişkin ayıp hükümleri incelenmiştir. Bu bağlamda ilk bölümde ayıp kavramı ve türlerine yer verilmiştir. İkinci bölümde ayıbın ortaya çıktığı sözleşme ilişkilerinden, satış, ticari satış ve tüketici sözleşmeleri incelenmiştir. Üçüncü bölümde ayıplı maldan doğan sorumluluk ve bu sorumluluğun şartları, her üç hukuk bakımından incelenmiş ve farklılıklar ortaya konulmuştur. Dördüncü bölümde, ayıplı mal nedeniyle alıcıya tanınan haklar incelenmiş, ayıba ilişkin zamanaşımı süresi TBK, TTK ve TKHK bakımından ayrı ayrı ele alınmıştır. Sonuç bölümünde ise, çalışma çerçevesinde ele alınan konunun genel bir değerlendirmesine ve bu kapsamda tespit edilen önemli noktalara yer verilmiştir.

II. AYIP

A. KAVRAM

1. Genel Olarak

Ayıp, “ayb” kelimesinden türeyen Arapça bir kavramdır. Bu kavram Arapça'da, “şeydeki eksik, özür, kötü vasıf veya hasar” manalarına gelirken, Türk Dil Kurumu ise bu kavramı “şeydeki kusur veya eksiklik” şeklinde ifade etmiştir¹.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ayıbın genel olarak konusu, satış sözleşmesini düzenleyen

¹ <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%B9%D9%8A%D8%A8/> ; <https://sozluk.gov.tr/> (s.e.t. 22.12.2020).

hükümlerde ele alınmıştır. Satıcının, alıcıya ifa ettiği satılarda ortaya çıkan ve satılanın tümüyle veya gerektiği gibi kullanılmasını alıcı bakımından engelleyen eksikliklere ayıp denilmektedir².

Satıcının ayıptan doğan sorumluluğu bir yan borç olup, Türk Borçlar Kanunu'nun m. 219 hükmü ve devamında düzenlenmiştir. TBK m. 219 hükmünde, satıcının alıcıya ifa ettiği satılardan doğan sorumluluğu "*satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki, ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur*" şeklinde ifade edilmiştir. İlgili hükümde ayıbın iki şekilde ortaya çıkacağı ifade edilmektedir. Bunlardan ilki, satıcının satım konusu mala ilişkin olarak zikir ve vaat ettiği vasıfların bulunmamasıdır. İkincisi ise, malda bulunması gereken lüzumlu vasıfların yokluğu nedeniyle malın olağan kullanım değerinin azalmasıdır³.

Ayıba ilişkin düzenlemenin yapıldığı bir diğer kanun ise Türk Ticaret Kanunu'dur. TTK m. 23 hükmüne göre, ticari satış sözleşmelerine özel hükümler saklı kalmak üzere Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Buna göre tacirler arasında gerçekleşen satış sözleşmelerine ayıba ilişkin TBK hükümleri uygulanacaktır. Burada farklılık arz eden husus TTK m. 23/1-c hükmünde ifade edilen ihbar sürelerine ilişkindir. Nitekim bu hükme göre, ticari satış sözleşmelerinin bulunduğu durumlarda, malın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise alıcının iki gün içinde ihbar etmesi gerektiği, ayıbın teslim sırasında açıkça belli olmaması durumunda ise, alıcının malı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde incelemesi veya incelettirmesi ve mal ayıplı ise haklarını kullanabilmek için durumu satıcıya bildirmesi gerektiği ifade edilmiştir⁴. TTK m. 23/1-c hükmünde ayrıca "*diğer durumlarda Türk Borçlar Kanunu'nun 223'üncü maddesinin ikinci fıkrası uygulanır*" ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde ticari satışların söz konusu olduğu durumlarda, belirlenen sınırlar

² **Eren**, Fikret (2019) Borçlar Hukuku Özel Bölümler, 7. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 100; **Yavuz**, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak (2016) Borçlar Hukuku Dersleri, 14. Baskı, İstanbul, Beta, s. 71; **Remzi**, Mehmet/**Aydın**, Sezer (2018) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, İstanbul, İkinci Sayfa Yayınevi, s. 77; **Zevkililer**, Aydın/**Ertaş**, Şeref/**Havutçu**, Ayşe/**Aydoğdu**, Murat/**Cumaloğlu**, Emre (2013) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, Ana İlkeler, İzmir, s. 429; **Aral**, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan (2015) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 117; **Helvacı**, İlhan (2011) Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, İstanbul, On İki Levha, s. 430-431; **Serozan**, Rona (2018) Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, On İki Levha, s. 195; **Erzurumluoğlu**, Erzan (2012), Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri) C. 1, 2. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 63; **Bahtiyar**, Mehmet (2017) Ticari İşletme Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, Beta, s. 123; **Ülgen**, Hüseyin/**Helvacı**, Mehmet/**Kendigelen**, Abuzer/**Kaya**, Arslan/**Nomer Ertan**, N. Füsün (2015) Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 302; **Alzad**, Maryam (2018) 'Ticari Satışlarda Satıcının Ayıba Karşı Sorumluluğu' (Yüksek Lisans), Ankara

Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 34; **Kocar**, Serra (2018) 'Ticari Satış Sözleşmesi ve Ticari Satışta Ayıp Sorumluluğu' (Yüksek Lisans), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 53; **Genç**, Ali Ahmet (2017) 'Satıcının Ayıptan Sorumluluğunda Alıcının Dönme Hakkının Sınırları' (Yüksek Lisans), Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 5; **Ünal Yeşilyurt**, Esra (2019) '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Malın Satımında Ayıptan Doğan Sorumluluk' (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 10.

³ **Gümüş**, Mustafa Alper (2013) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.1, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 69; **Özdemir**, Hayrunnisa (2013) Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satış Sözleşmesine (CISG) Göre Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları, Ankara, Yetkin, s. 89; **Tandoğan**, Haluk (2008) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 167; **Moral**, Nurullah (2019) 'Satıcının ve Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğu' (Yüksek Lisans), Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 6-7; **Alzad**, s. 34; **Genç**, s. 5-6.

⁴ **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 301; **Kocar**, s. 55.

dışında ayıba ilişkin TBK hükümlerini incelemek gerekmektedir.

Satılana ilişkin ayıp hükümlerinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da da düzenlendiği görülmektedir. TKHK m. 8 hükmünde "Ayıplı Mal" başlığı altında yer alan düzenlemenin TBK ile benzerlik gösterdiğini söylemek mümkündür.

TKHK m. 8 hükmünün 1. fıkrasında geçen "...objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması" ifadesi malda bulunması gereken lüzumlu vasıfların yokluğunu düzenlemektedir. Ayrıca ilgili maddenin 1. fıkrasında geçen "...taraf-larca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması" ifadesi de, satıcının zikir ve vaat ettiği vasıfların satılarda bulunmamasını düzenlemektedir. Benzer şekilde TKHK m. 8 hükmünün 2. fıkrasında geçen "ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan; satıcı tarafından bildirilen... niteliğe aykırı olan... eksiklikler" de satıcının zikir ve vaat ettiği niteliklerin satılarda bulunmaması hususuna ilişkindir⁵. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da niteliği etkileyen niceliğin ayıp kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine ilişkin bir ifadenin yer almadığı görülmektedir⁶. Ancak bu hususa ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu'ndan ayrılmaya gerek bulunmamaktadır. Zira niteliği etkileyen niceliklerinde, TKHK bakımından ayıp olarak sayılacağı belirtilmektedir⁷.

TKHK m. 8 hükmünün 3. fıkrasında montaja ilişkin hususun gereği gibi yerine getirilmemesinin, talimatın eksik veya yanlış olmasının ve satılanın zamanında teslim edilmemesinin de ayıp kapsamında ele alınacağı belirtilmektedir⁸.

Uygulamada bazı malların taşıma kolaylığı sağlaması bakımında demonte olarak satıldığı görülmektedir. Bu malların kullanılması monte edilmesine bağlıdır⁹. Montajın kim tarafından yapılacağı sözleşme ile belirlenebilir. Sözleşmede, montajın satıcı tarafından yerine getirileceği belirlenmişse, bunun satıcı tarafından gereği gibi yerine getirilmemesi borca aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla Kanunda bu hususa ilişkin bir düzenleme bulunmasa da, satıcı ayıptan sorumlu olacaktır¹⁰. Satıcı montajı ya bizzat kendisi yapmalı ya da kendi sorumluluğu altında yaptırmalıdır. Doktrinde "satıcının sorumluluğu altında" ifadesinden kimlerin anlaşılacağı konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre bu ifadede, satıcı ile hizmet sözleşmesinde olduğu gibi bağlilik ilişkisi kapsamında olan kişilerin anlaşılması gerektiği belirtilmektedir¹¹. Bu nedenle satıcı ile tüketici yararına eser sözleşmesi yapan bağımsız üçüncü kişiler bu kapsamda yer almaz¹². Diğer bir görüş ise, söz konusu ayıptan yapılmasının gerekmediğini ifade etmektedir. Buna göre, sorumluluk bakımından önem teşkil eden husus, satıcının montajı kim tarafından yaptığı değil; montajı yerine getirme yükümlülüğünün sözleşme ile satıcı üzerine bırakılmış olmasıdır¹³. Montajın üçüncü bir kişinin eliyle

⁵ **Çabri**, Sezer (2016) 6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara, Adalet, s. 171; **Gümüş**, Mustafa Alper (2014) 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C.1, İstanbul, s. 87; **Aslan**, İ. Yılmaz (2015), Tüketicici Hukuku, Bursa, Ekin Yayıncılık, s. 116; **Genç**, s. 6; **Yeşilyurt Ünal**, s. 12.

⁶ **Aslan**, s. 116; **Genç**, s. 6.

⁷ **Çabri**, s. 171.

⁸ **Genç**, s. 7; **Aslan**, s. 117; **Yeşilyurt Ünal**, s. 15.

⁹ **Zevkililer**, Aydın/**Gökyayla**, Emre (2016) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, Turhan, s. 125.

¹⁰ **Genç**, s. 7; **Çabri**, s. 177.

¹¹ **Gümüş**, Kanun Şerhi, s. 92.

¹² **Gümüş**, Kanun Şerhi, s. 93.

¹³ **Çabri**, s. 178; **Genç**, s. 7.

yapılması durumunda satıcı, borca aykırılıktan, TBK m. 116 hükmü gereği ifa yardımcısının fiillerinden sorumluluk çerçevesinde sorumlu olacaktır¹⁴.

Sözleşme ile montajın tüketici tarafından gerçekleştirileceği de kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir durumda satıcının tam anlamıyla sorumluluğu ortadan kalkmaz. Burada satıcı, montaja ilişkin talimatı eksik veya yanlış vermesi nedeniyle hatalı yapılan montajdan sorumlu olacaktır. Montajın hatalı olarak yapılmaması için talimatın doğru ve eksiksiz bir şekilde tek tek ve açık olarak anlatılması ve alınacak önlemlerin belirtilmesi gerekmektedir. Montajın belirli bir uzmanlığı gerektirmesi halinde ise, uzman niteliğe sahip olmayan tüketicinin talimatı tam olarak anlayamaması, talimatın eksik veya yanlış olduğunu göstermez. Ancak montaj, uzmanlık gerektiriyorsa, bu durumun talimatta belirtilmesi gerekir¹⁵.

Malın belirlenen süre içerisinde teslim edilmemesi de ayıba ilişkin hükümde düzenlenmiştir. TKHK m. 8 hükmünün 3. fıkrasında geçen, “*sözleşmeye konu olan malın, sözleşmede kararlaştırılan süre içinde teslim edilmemesi...*” ifadesi, ifa zamanına ilişkin bir düzenleme olup akla “temerrüt” kavramını getirmektedir. Ancak hükümde geçen “süre” ifadesinden sadece belirli vadenin anlaşılması gerektiği, taraflarca vadenin kararlaştırılmadığı ya da belirsiz vade içeren sözleşmelerin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir¹⁶. Başka bir

anlatımla, taraflarca belirli vadenin kararlaştırıldığı durumlarda, ifanın zamanında gerçekleştirilmesi satıcı bakımından ayıba ilişkin bir sorumluluk yaratır¹⁷. Tüketici, belirlenen süre içerisinde teslim edilmeyen mallara ilişkin ayıp hükümlerine başvurabileceği gibi, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere de başvurabilir¹⁸.

2. Satıcının Malda Zikir ve Vaat Ettiği Nitelikler

Taraflar kanuna aykırı olmadıkça “sözleşme serbestisi” gereği istedikleri içerikte sözleşme yapabilecekleri gibi, satış sözleşmesi yaparken satılan malın hangi vasıflara sahip olması gerektiğine de karar verebilirler¹⁹. Zira taraflar yaptıkları sözleşmede hangi şartlara bağlı olacaklarını kendileri belirler. Çeşit satışının olduğu durumlarda, taraflarca kararlaştırılan tür ve miktar objektif unsurlardan sayılır ve sözleşmenin malın asgari düzeydeki niteliklerini kapsayacak şekilde yerine getirilmesi gerekir²⁰. Bazen satılan malın belli nitelikleri kapsayacağına dair söz satıcı tarafından verilir. Bu durumda satıcı vasıf vaadinde bulunmuş olur²¹.

Satıcının vaat etmiş olduğu vasıflar maddi, ekonomik veya hukuki olabilir. Ayrıca satıcı tarafından vaat edilen vasıflar olumlu olabileceği gibi olumsuz da olabilir²². Söz konusu vaat, zımni veya açık bir şekilde verilebilir²³. Zımni vaade ilişkin çıkan uyuşmazlıklarda; yerel adetlere, ticari teamüllere ve durumun özelliğine göre dürüstlük kuralına başvurulabilir²⁴. Vaat edilen vasıfların satılan malda

¹⁴ Çabri, s. 179.

¹⁵ Genç, s. 8; Çabri, s. 179.

¹⁶ Gümüş, Kanun Şerhi, s. 91; Çabri, s. 180-181; Genç, s. 8.

¹⁷ Gümüş, Kanun Şerhi, s. 92.

¹⁸ Çabri, s. 182; Genç, s. 8.

¹⁹ Alzad, s. 36.

²⁰ Özdemir, s. 115. Alzad, s. 36.

²¹ Zevkiler/Gökyayla, s. 117.

²² Atasoy, Ömer Adil/Özdil, Hanife (2017), ‘Ticari Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu Bağlamında Ayıp İhbarında Şekil ve İspat Sorunu’, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, s. 4.

²³ Yavuz, Nihat (2016) Satış Sözleşmeleri, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 201-202; Özdemir, s. 118.

²⁴ Eren, s. 108; Alzad, s. 36.

bulunmaması durumunda, satıcı ayıptan dolayı sorumlu olacaktır²⁵.

Satılan mala ilişkin söylenen her övgü veya malı alma arzusu yaratan her söz vasıf vaadi olarak kabul edilmez²⁶. Satıcı tarafından verilen vaadin ciddi olması gerekir²⁷. Ancak satıcı tarafından satılan aşırı bir şekilde övülmüş ve alıcı bu nedenle malı almışsa, bu durumda satıcı hileli sözleşmeye sebebiyet verdiği için sorumlu sayılacaktır²⁸. Buna göre vaad, alıcının satılanı almasında önemli bir etken olmuşsa, burada ciddi bir vasıf vaadinden bahsedilmektedir. Dolayısıyla kurulan sözleşme ile vasıf vaadi arasında bir illiyet bağının bulunması gerekir²⁹. Bu durumda satıcı, alıcı tarafından alınan malda vasıf vaadinin etkisinin bulunmadığını iddia ederse, bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olur³⁰.

Vasıf vaadi, taraflar arasında yapılan satış sözleşmesinde belirtilebileceği gibi, sözleşmeden ayrı olarak da verilebilir³¹. Vasıf vaadi herhangi bir şekle tabi değildir. O halde bir taşınmaza ilişkin verilen vasıf vaadi bile, şekil serbestisine tabi olur³².

Satıcının malda zikir ve vaad ettiği vasıflara ilişkin olarak, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da m. 8 hükmünün 1. fıkrasında geçen "...taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması" ve 2. fıkrasında geçen "ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve

ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan; satıcı tarafından bildirilen... niteliğe aykırı olan... eksiklikler" ifadelerini incelemek gerekir. Bu hükümde, belirtilen yerlerde mala ilişkin ifade edilen özelliklerin satıcı ve tüketici tarafından bilindiği varsayılarak, bu niteliklerin malda bulunduğu taraflarca kararlaştırıldığı kabul edilmiştir³³. Benzer bir biçimde, TKHK ile internet portalında belirtilen niteliklere ilişkin sorumluluğun hükümde özel olarak belirtilmesinin nedeni, tüketicilerin reklamlarda yer alan taahhütlerin etkisinde kalarak satın sözleşmesi yapmaları ve satıcılarında genellikle imalatçılar tarafından yapılan bu reklamlardan ve etkilerden haberdar olmasıdır³⁴. Ancak satıcıların, reklam kapsamında yapılan bu açıklamalardan doğan sorumluluktan kurtulmaları üç şekilde gerçekleşir. İlk olarak TKHK m. 9/2 hükmü gereğince satıcı, üretici tarafından mala ilişkin olarak yapılan açıklamalardan haberdar olmadığı veya haberdar olmasının da kendisinden beklenmediği durumlarda sorumlu olmayacaktır. Bu durumda satıcının, söz konusu reklamdan haberdar olmadığını ispat etmesi gerekir³⁵. Ayrıca satıcı satış sözleşmesinin kurulduğu sırada, reklam veya ilan düzeltilmesini ispat ederse sorumluluktan kurtulur. Bu durumda taraflarca yapılan sözleşmenin yeni reklamın içeriğine göre yapıldığı kabul edilir³⁶. Son olarak satıcı, satış sözleşmesi ile reklam ve ilan arasında bir illiyet bağının bulunmadığını ispat ederek

²⁵ Şahiniz, Salih (2008) Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan Sorumluluğu, Ankara, Seçkin, s. 52.

²⁶ Eren, s. 107; Zevkliler/Gökyayla, s. 117.

²⁷ Yavuz, Nihat (2008) Ayıplı İfa, Ankara, Seçkin, s. 95; Yavuz, Satış Sözleşmeleri, s. 202; Özdemir, s. 127.

²⁸ Yavuz, Ayıplı İfa, s. 95; Alzad, s. 37.

²⁹ Eren, s. 107.

³⁰ Şahiniz, s. 57.

³¹ Hayvan satışı, bu kurala istisna teşkil eder. Bkz. Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 302; Eren, s. 108; Özdemir, s. 118.

³² Ancak taşınmaz satışlarında, vasıf vaadi satılan malın sübjektif unsuru kabul edildiğinde şekil şartına tabi olacaktır. Bkz. Yavuz, Ayıplı İfa, s. 95; Yavuz, Satış Sözleşmeleri, s. 202.

³³ Yeşilyurt Ünal, s. 12.

³⁴ Atamer, Yeşim M./Baş, Ece (2014), 'Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk', Tüketici Hakları ve Rekabet Kurulu Özel Sayısı- İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, S. 1, s. 24.

³⁵ Aslan, s. 117.

³⁶ Yeşilyurt Ünal, s. 13; Aslan, s. 117.

sorumluluktan kurtulur. Başka bir anlatımla satıcı, tüketicinin sözleşme yapma iradesinin, ilan ve reklamlardan etkilenmediğini ispat etmelidir³⁷.

3. Satılan Malda Bulunması Gereken Lüzumlu Vasıflar

TBK m. 219 hükmünde, satılarda bazı vasıfların bulunması gerektiği ifade edilmiştir. İlgili hükme göre, “...nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan...” bir ayıbın varlığı halinde satıcının sorumluluğu doğacaktır. Bu hüküm, satılarda bulunması gereken lüzumlu vasıflara ilişkin ayıbın belirlenmesinde hangi ölçütlerin dikkate alınacağını ifade etmiştir³⁸.

Nitelik kavramı, sadece şeyi diğer şeylerden ayıran doğal özellikleri değil, ayrıca işlerde yaygın anlayışa göre o şeye ilişkin olan ve onun değerini etkilediği kabul edilen her türlü hukuki ve iktisadi ilişkileri de ifade etmektedir³⁹.

Taraflar arasında satılanın niteliğine ilişkin zımni bir anlaşmanın bulunmamasında dahi, satış sözleşmesi yapılmasındaki amaç, satılanın hangi amaçla kullanılacağı, işin niteliği ve sözleşmenin şartları yorumlanarak, satılarda bir ayıbın bulunup bulunmadığı belirlenebilir⁴⁰. Örneğin, satılan bir evin tuvaletinin olmaması, buzdolabın soğutması gibi örnekler genel anlayışa göre, kullanım amacına uygun olmadığını gösterir⁴¹.

TKHK m. 8 hükmünün 1. fıkrasında, “...objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşıması” ve 2. fıkrasında geçen “...muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan, tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran...” ifadeleri de, satılan malda gereken lüzumlu vasıfların yokluğunu belirtmektedir. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’dan farklı olarak, 6502 sayılı Tüketici Korunması Hakkında Kanun’da internet portalında ifade edilen özelliklerin bulunmaması veya muadili olan malların kullanım amacını karşılaması durumları da ayıplı mal olarak belirtilmiştir.

Genel olarak nicelik “miktar” farkı ayıp olarak değerlendirilmemektedir. Ancak 6098 sayılı TBK m. 219 hükmünde yer alan “nitelik ve niteliği etkileyen niceliğe aykırı olan” ifadesindeki gibi nicelik niteliği etkileyecek durumda ise ayıp sayılır⁴². Bu hüküm kapsamında nitelik, malın elverişliliğini ve değerini etkileyen her türlü özellik olarak ifade edilebilir⁴³. Ayrıca, 6098 sayılı TBK m. 219 hükmünde yer alan, malın değerindeki ve kullanımındaki azalmanın önemli ölçüde olması kriteri, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da düzenlenmemiştir. Dolayısıyla Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da ayıp kavramının geniş tutulduğunu ifade etmek mümkündür⁴⁴.

³⁷ Reklam veya ilanın ulaşmadığı bir bölgede yapılan sözleşmelerde gündeme gelmesi söz konusu olabilir. Bkz. **Aslan**, s. 117.

³⁸ **Alzad**, s. 35.

³⁹ **Yavuz**, Satış Sözleşmeleri, s. 201; **Şahiniz**, s. 45.

⁴⁰ **Alzad**, s. 35.

⁴¹ **Gümüş**, s. 69; **Yavuz**, Satış Sözleşmeleri, s. 202; **Şahiniz**, s. 46.

⁴² **Eren**, s. 110; **Yeşilyurt Ünal**, s. 14;

⁴³ **Aral/Ayrancı**, s. 117.

⁴⁴ 6502 sayılı Kanun kapsamında ayıptan sorumluluğa ilişkin olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun m. 219 hükmünün kıyasen uygulanarak yararın azalmasının veya ortadan kalkmasının önemli olması kriterine bakılarak karar verilmelidir görüşü için bkz. **Gümüş**, Kanun Şerhi, s. 90; **Aslan**, s.112-113.

B. TÜRLERİ

TBK m. 219 hükmünün yaptığı tanımdan, ayıbın esas olarak iki temel husustan kaynaklandığını söylemek mümkündür. Bunlardan ilki satıcının alıcıya zikir veya vaat ettiği vasıfların satılarda bulunmaması, ikincisi ise satılarda bulunması gereken lüzumlu vasıfların eksikliğidir. İlgili hüküm gereğince malda bulunması gereken lüzumlu vasıflara ilişkin ortaya çıkan her türlü maddi, hukuki ve ekonomik ayıp, satıcı bakımından sorumluluk doğuracaktır⁴⁵.

1. Maddi Ayıp

TKHK m. 8/2'de açıkça maddi ayıp düzenlenmiştir. TBK m. 219 hükmünde de ayıp türleri arasında maddi ayıba yer verilmiştir⁴⁶. TÜRK Ticaret Kanunu'nda ise ayıba ilişkin genel bilgiler verilerek bazı sınırlamalar dışında Türk Borçlar Kanunu'nun ayıba ilişkin hükümlerine atıf yapılmıştır. Dolayısıyla Türk Ticaret Kanunu'na ilişkin ayıp türleri için de TBK m. 219 hükmünü incelemek gerekir.

Hem TKHK m. 8/2 hem de TBK m. 219 hükmü maddi ayıbı düzenlemiştir. Ancak her iki

kanunda da maddi ayıbın tanımı yapılmamıştır. Zira ayıp kavramının türlerine ilişkin sınır belirle-nerek tanım yapmak çok güçtür. Bu nedenle kanun koyucu ayıbın türleri arasındaki ilişkiyi ve tanımını yargı ve doktrine bırakmıştır⁴⁷.

Maddi ayıbı genel olarak, satılanın fiziksel, kimyasal ve teknik varlığı ve durumunu olumsuz bir şekilde etkileyerek, ondan sapan ve onu bozan ayıp şekilde ifade edilebilir⁴⁸. Yargıtay ise, malda madden bulunan hatayı maddi ayıp olarak nitelendirmektedir⁴⁹. Örneğin malın yırtık, bozuk, çatlak veya kırık olması ya da frende bulunan bir arıza nedeniyle aracın kullanılmasının zorlaşması da maddi ayıp kabul edilir⁵⁰. Başka bir anlatımla fiziksel durumda gözlenen bir değişimin varlığı halinde maddi ayıp vardır⁵¹. Taraflarca açıkça kararlaştırılmış olmasa dahi, malda bulunması şart olan niteliklerin yokluğu halinde bunların zımnen kararlaştırıldığı varsayılarak mal ayıplı sayılır⁵².

2. Ekonomik Ayıp

Alıcı tarafından beklenen kullanımı ve faydayı azaltan, mal kullanılabilir bir halde bulunsa bile, ekonomik bakımdan malın değerini düşüren

⁴⁵ **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 302; **Özdemir**, s. 89-90; **Şahiniz**, s. 48; **Gümüş**, s. 72; **Yavuz**, Cevdet (1989) Malın Ayıplarından Sorumluluk, İstanbul, s. 60; **Edis**, Seyfullah (1963) Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, s. 60; **Alzad**, s. 39; **Kalkan**, Arif (2016), 'Tüketici Hukukunda Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk' (Yüksek Lisans), Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 78.

⁴⁶ **Kalkan**, s. 78; **Alzad**, s. 39; **Yeşilyurt Ünal**, s. 18.

⁴⁷ **Kalkan**, s. 78; **Kocar**, s. 77.

⁴⁸ **Eren**, s. 104; Diğer tanımlar için bkz. **Yavuz**, Ayıplı İfa, s. 64; **Deryal**, Yahya/**Korkmaz**, Yakup (2015) Tüketici Hukuku Ders Kitabı, Ankara, Adalet, s. 93; **Kocar**, s. 77; **Yeşilyurt Ünal**, s. 18; **Aslan**, s. 118; **Gümüş**, s. 72; **Kalkan**, s. 78; **Alzad**, s. 39; **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 302.

⁴⁹ Yarg. HGK. T: 02.11.2011, E: 2011/13-453, K: 2011/651, "Maddi ayıp; bir malda madden hata bulunmasıdır. Örneğin, malın yırtık lekeli olması gibi..." (www.kazanci.com).

⁵⁰ Yargıtay bir kararında, "...Beldesinde faaliyet gösteren davalı işletmeden ...marka 4000 TL'ye köşe takımının alındığını ve 6-7 ay geçmeden etajer adı verilen tek kişilik koltuğun ayak kısımlarında paslanma gerçekleştiğini ve bu durumda maddi ayıp olarak değerlendirilerek davacıya maddi ayıptan dolayı bedel iadesi yapılması gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. Yarg. 13. HD. T: 19.06.2017, E: 2015/7131, K: 2017/7568 (www.sinerjimevzuat.com.tr); **Edis**, s. 13; **Yeşilyurt Ünal**, s. 18; **Kocar**, s. 77;

⁵¹ **Yeşilyurt Ünal**, s. 18; **Demir**, Mehmet (2005), 'Tüketim Mallarının Satımındaki Garantilere İlişkin AB Yönergesi ve Ülkemizdeki Pozitif Düzenleme', AÜHFD, C. 54, S. 3, s. 29.

⁵² Araçta sürücü ve yolcu koltuklarının bulunmaması, motorun ve direksiyonun sağlam olmaması veya işlevlerini yerine getirmiyor olması, gece yolculuğu için gerekli olan aydınlatma sisteminin olmaması gibi durumlar malda olmazsa olmaz bulunması gereken özelliklerin bulunmamasına örnek olarak gösterilebilir. Bkz. **Kara**, İlhan (2015) Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Ankara, Engin Yayınevi, s. 727.

niteliklerdir⁵³. Buna göre satılanın beklenen belli bir değeri veya miktarı getirmemesi ya da ondan elde edilmesi beklenen ekonomik faydaların ortaya çıkması için gereken nitelikleri taşımaması halinde ekonomik ayıptan bahsedilir⁵⁴. Yargıtay ise, malın iktisadi vasıflarında olan eksikliği ekonomik ayıp olarak değerlendirmektedir⁵⁵. Örneğin, katalog da araca ilişkin belirtilen 100 km mesafede 4,5 litre benzin yakar hususuna rağmen %100 daha fazla benzin yakması⁵⁶, bulaşık makinesinin bulaşıkları temiz yıkamaması⁵⁷ veya kişiye takılan protezin mekanik yetersizliğe bağlı olarak gerektiği gibi çalışmaması⁵⁸ gibi durumlar ekonomik ayıp olarak ifade edilmektedir.

818 sayılı BK döneminde ayıp türleri arasında ekonomik ayıba yer verilmemiş olsa da, doktrin ekonomik ayıbın söz konusu olduğu hallerde de satıcının sorumluluğunun doğacağını ifade etmiştir⁵⁹. Satıcının sadece zikir ve vaat ettiği durumlarda mı yoksa lüzumlu vasıfların olduğu durumlarda da satıcının sorumlu olup olmayacağı doktrinde tartışılmıştır⁶⁰. Ancak 6502 sayılı TKHK yalnızca

bildiren özellikler değil, lüzumlu eksiklikleri de ekonomik ayıp kapsamına dahil etmiştir⁶¹.

3. Hukuki Ayıp

Hukuki ayıp hem TBK hem de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ayıp türleri arasında ele alınmıştır. Ancak hukuki ayıba ilişkin olarak her iki kanunda da bir tanımın yapılmadığı görülmektedir⁶². Gerek yargı kararları gerekse doktrin açıklamaları dikkate alındığında hukuki ayıp, alıcının satılardan faydalanması veya tasarruf etmesi olanağını azaltan veya ortadan kaldıran ya da engelleyen özel veya kamu hukuku kaynaklı yasaklamalar veya sınırlamalardan doğan eksiklerdir⁶³. Dolayısıyla hukuki ayıp, malın kullanımı veya alıcının faydalanmasını azaltan ya da ortadan kaldıran hukuki eksikliklerdir⁶⁴. Yargıtay ise hukuki ayıbı, malın kullanılmasının hukuken sınırlandırılması olarak ifade etmektedir⁶⁵. Yargıtay tarafından verilen bir kararda, eser sözleşmesinde yüklenicinin esere ilişkin oturma iznini almamış olması hukuki ayıp olarak nitelendirilmiştir⁶⁶.

⁵³ Yarg. 13. HD. T: 05.12.2011, E: 2011/9336, K: 2011/18095, "motorun belirtilen güçte olmaması ekonomik eksiklik oluşturmuştur. Bu nedenle araç ayıplıdır." (www.kazanci.com).

⁵⁴ **Eren**, s. 105; **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s. 302; **Yavuz**, s. 61; **Kalkan**, s. 84; **Yeşilyurt Ünal**, s. 20; **Zevkiler/Gökyayla**, s. 119; **Alzad**, s. 40; **Kocar**, s. 78.

⁵⁵ Yarg. HGK. T: 13.06.2012, E: 2012/13-152, K: 2012/381, "Ekonomik ayıp ise; malın iktisadi vasıflarında eksiklik olmasıdır." (www.kazanci.com).

⁵⁶ Yarg. 13. HD. T: 31.01.2000, E: 1999/10190, K: 2000/405, "Davacı, davalı tarafından üretilen aracı satın aldığını, aracın kataloğunda 90 km. sabit hızda, 100 km mesafede, 4,5 litre benzin yaktığını belirttiği halde, % 100 fazla benzin yaktığını ve Van'da servisi bulunmadığını öne sürerek aracın yenisiyle değiştirilmesini ve bu araç için yaptığı 1.250.000.000 lira masraf ile 750.000.000 lira manevi tazminatın ödenmesini istemiştir." (www.kazanci.com).

⁵⁷ Yarg. 13. HD. T: 31.01.2000, E: 2000/314, K: 2000/434 (www.kazanci.com).

⁵⁸ Yarg. 13. HD. T: 16.03.2011, E: 2011/123, K: 2011/2521 (www.kazanci.com).

⁵⁹ **Yeşilyurt/Ünal**, s. 20; **Edis**, s. 17.

⁶⁰ **Edis**, s. 17; **Yeşilyurt Ünal**, s. 20; **Kalkan**, s. 83-84; **Aslan**, s. 120.

⁶¹ **Aslan**, s. 121; **Yavuz**, s. 61; **Edis**, s. 18; **Özdemir**, s. 96.

⁶² **Kalkan**, s. 80.

⁶³ **Aral/Ayrancı**, s. 106; **Özdemir**, s. 93; **Edis**, s. 17; **Alzad**, s. 40; **Gümüş**, s. 172; **Yavuz**, s. 61; **Kocer**, s. 78; **Aslan**, s. 106; **Kalkan**, s. 81.

⁶⁴ **Yeşilyurt Ünal**, s. 19; **Aydoğdu**, Murat (2014) Tüketici Kılavuzu- Hukuk Rehberi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 114.

⁶⁵ Yarg. HGK. T: 13.06.2012, E: 2012/13-152, K: 2012/381, "Hukuki ayıp; malın kullanımının hukuken sınırlandırılmasıdır. Ör: Malın üzerinde takyitler bulunması gibi" (www.kazanci.com).

⁶⁶ Yarg. 15. HD. T: 04.10.1989, E: 1989/2731, K: 1989/4015, T. 04.10.1989 (www.sinerjimevzuat.com).

Hukuki ayıp ve zapt kavramları genellikle karışmaktadır. Zira bazı olaylara ilişkin olarak doktrin hukuki ayıp ve zapt nitelendirmelerinde bulunarak görüş ayrılığına düşmüştür. Nitekim satılan malın çalıntı veya hacizli olması gibi durumlarda, bu husus bazı yazarlarca⁶⁷ hukuki ayıp olarak, bazı yazarlarca⁶⁸ ise zapt olarak nitelendirilmiştir. Temel olarak hukuki ayıpta kamu hukuku sınırlamaları söz konusu iken, zapta ise mülkiyet veya sınırlı aynı hak gibi özel hukuk bakımından üçüncü kişilerin üstün hakları mevcuttur⁶⁹. Bu kapsamda, Yargıtay malın hacizli olması veya vergi borcunun çıkması gibi durumları hukuki ayıp olarak kabul etmektedir⁷⁰.

III. AYIBIN ORTAYA ÇIKTIĞI BAZI SÖZLEŞME İLİŞKİLERİ

A. SATIŞ SÖZLEŞMESİ

Satış sözleşmesine ilişkin tanım TBK m. 207 hükmünde düzenlenmiştir. İlgili hükme göre satış sözleşmesi, “*satıcının satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir*

bedel ödeme borcu üstlendiği bir sözleşmedir” şeklinde ifade edilmiştir. Başka bir anlatımla satış sözleşmesi, sözleşmenin kurulması ile birlikte satılan malın mülkiyetinin alıcıya doğrudan geçmediği fakat satıcının malın zilyetliği ve mülkiyetini alıcıya geçirme borcu altına girdiği rızai bir sözleşmedir. Dolayısıyla alıcıya satılan malın mülkiyetinin geçirilmesi içi bir tasarruf işleminin yapılması gerekmektedir⁷¹.

Satış sözleşmesi, satıcının satılan malın mülkiyetini geçirdiği, buna karşılık alıcının da bir bedel ödediği tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁷². Ayrıca satış sözleşmesi ani edimli bir sözleşme olup; karakteristik asli edimi satılanın zilyetliğinin ve mülkiyetinin devrinin gerçekleştirilmesidir⁷³. Fakat sürekli borç ilişkisi doğuran satış sözleşmeleri de mevcuttur. Buna örnek olarak; elektrik, doğalgaz ve su abonmanlıkları gibi tedarik sözleşmeleri gösterilebilir. Burada söz konusu edim tek seferde verilmiyip, tedarikçinin ihtiyacı karşılığında sürekli olarak verilmektedir⁷⁴.

Satış sözleşmesinin kurulması, belli bazı unsurların varlığına bağlıdır. Bu unsurları, satılan,

⁶⁷ **Kara**, s. 728; **Atasoy**, Adil Ömer/**Taşkın**, Mustafa/**Acar**, Hakan (2000), Tüketiciyi Koruma Hukuku, İlgili Mevzuat ve Yargıtay Kararları, Ankara, Yargı Yayınevi, s. 45.

⁶⁸ **Aslan**, s. 18; **Aydoğdu**, s. 45.

⁶⁹ “*Yasak olduğu halde kullanımının serbest olduğu ifade edilerek ilacın satılması, telefon idaresi tarafından hat bağlantısı yapılamayacak telefon makinesinin satılması hukuki ayıba örnek verilebilir.*” Bkz. **Aydoğdu**, s. 45.

⁷⁰ Yarg. 13. HD. T: 22.10.2001, E: 2001/7856, K: 2001/9445, “*Davaya konu aracın 11.4.2000 tarihinde noterlikçe yapılan kesin satış sözleşmesinden önce, davalı borcu için 21.8.1998 tarihinde haczedildiği, haczin aracın trafik şube müdürlüğünde bulunan kaydına şerh edildiği, ancak mal sahibinde bulunan trafik tescil ve belgelerine haciz şerhinin konulmadığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Mahkemece, aracın trafik şube Müdürlüğünde bulunan kaydının alıcı tarafça incelenmesi halinde hacizli olduğunu görebileceğine davacının tedbirli bir tacir gibi davranmadığı için aracı bu hali ile kabul etmiş sayılacağı gerekçesi ile dava reddedilmiştir. Ne var ki davalı satıcı elinde bulunan belgelerde araçta haciz olduğuna dair şerh*

bulunmamaktadır. Davalı, elinde bulunan belgelerde haciz şerhi olmadığına göre davacının ayrıca trafik Şube Müdürlüğünde bulunan kayıtları inceleme yükümlülüğü yoktur. Davalı, satış öncesi davacıyı aracın üzerinde haciz olduğu konusunda bilgilendirdiğini veya alıcının bu hususu bildiğini, ispatlayamamıştır. Davalının iyi niyetli olduğu söylenemez. Aksine davalı aracının trafik kaydı üzerindeki haczi, davacıya haber vermeyip gizlemekle kötü niyetlidir. Satışa konu araç hukuki ayıplıdır.” (www.kazancı.com).

⁷¹ **Alzad**, s. 1; **Kocar**, s. 5.

⁷² **Eren**, Fikret (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 211; **Nomer**, Haluk Nami (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, İstanbul, Beta, s. 35; **Oğuzman**, Kemal/**Öz**, Turgut (2018) Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, 16. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 3; **Yavuz/Özen/Acar**, s. 55; **Aral/Ayranç**, s. 70.

⁷³ **Eren**, Genel Hükümler, s. 213; **Kocar**, s. 6.

⁷⁴ **Serozan**, Rona/**Baysal**, Başak/**Sanlı**, Kerem Cem (2018) Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 3. Baskı, İstanbul, On iki Levha, s. 125.

bedel ve tarafların anlaşması olarak ifade etmek mümkündür. Zira satılanı, TBK m. 207 hükmü gereğince, değeri para ile ölçülebilen maddi olan veya olmayan her şey, şeklinde ifade etmek mümkündür. Türk Borçlar Kanunu'nun satış sözleşmesini, taşınır veya taşınmaz sözleşmesi olarak düzenlemiştir. Bunların yanında maddi ve fiziki bir varlığı bulunmayan, ancak mülkiyete konu olabilen alacaklar, doğal güçler ve haklar da satış sözleşmesine konu olabilir. Ayrıca satış sözleşmesi kurulduğu anda mevcut olmayan ancak ileride var olacak hak ve eşya da satılan olarak kabul edilir⁷⁵.

Satış sözleşmesinin ikinci unsuru ise, satış bedelidir. Tam iki tarafa borç yükleyen satış sözleşmesinde, satıcı satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini alıcıya geçirmekle; alıcı ise karşılığında bir bedel ödemekle yükümlüdür. Bedel kavramının bir miktar para olduğu kabul edilmektedir⁷⁶. Bedelin sözleşmenin kurulma anında kesinlikle belirli olması şart değildir. Zira TBK m. 207/3 hükmü, "*durum ve koşullara göre belirlenmesi mümkün olan bedel kararlaştırılmış bedel hükmündedir*" şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla burada önem arz eden husus bedelin belirlenebilir bir niteliğe haiz olmasıdır⁷⁷. Taraflar satış bedelini dilekleri gibi belirleyebilirler. Ancak taraflar satış bedelini belirlerken, TBK m. 27 hükmüne ve dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadır⁷⁸.

Satış sözleşmesine ilişkin son unsur ise, tarafların bedel ve satılan üzerinde anlaşmış olmalarıdır. Rızai bir niteliğe haiz olan satış sözleşmesinin

kurulması için bedelin ödenmesi veya satılanın teslimi gerekmemektedir⁷⁹.

B. TİCARİ SATIŞ SÖZLEŞMESİ

Ticari satış sözleşmesi, ticari işi ilgilendiren bir satış işlemidir. Bir işin ticari olup olmadığı TTK m. 3 ve 19 hükümler dikkate alınarak belirlenmelidir⁸⁰. Ticari satış sözleşmesinin konusu bir ticari iş olduğundan, adi ve tüketici sözleşmelerinden farklı olarak ticari hükümlere tabi tutulacaktır⁸¹. Zira tüketici sözleşmesinin konusu, adi ve ticari satış sözleşmelerinden daha geniş tutulduğundan, satışın türünün belirlenmesi ortaya çıkardığı sonuçlar bakımından önem arz eder⁸².

Genel olarak ticari satış, bir kimsenin mesleği gereği tekrar satıp kazanç sağlamak veya işletmesinde üretim gayesiyle satın aldığı malları kapsayan satıştır⁸³. Ticari satış, adi satıştan farklı olarak ticari işin söz konusu olduğu hallerde gündeme gelmektedir. TTK m. 3 hükmünde ticari iş, "*bu kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlemdir*" şeklinde ifade edilmiştir.

Ticari satış sözleşmesinin unsurları bakımından, adi veya tüketici satış sözleşmesi arasında farklılık bulunmamaktadır⁸⁴. Taraflar her üç tür satış sözleşmesinde de, satılan, bedel ve anlaşma unsurlarını sağlamalıdır. Ancak TTK m. 1530/f. 1 hükmünde bedel unsuruna ilişkin bir farklılık söz

⁷⁵ Kocar, s. 8.

⁷⁶ Yavuz/Özen/Acar, s. 59-60; Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan (2017) Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 57-58.

⁷⁷ Serozan/Baysal/Sanlı, s. 146.

⁷⁸ Kocar, s. 10.

⁷⁹ Zevkililer/Gökyayla, s. 40; Uygur, Turgut (2012) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.1, Ankara, Seçkin, s. 1192.

⁸⁰ Arkan, Sabih (2017) Ticari İşletme Hukuku, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 68.

⁸¹ Alzad, s. 19.

⁸² Bahtiyar, s. 64.

⁸³ Alzad, s. 19.

⁸⁴ Aral/Ayrancı, s. 72.

konusudur. İlgili hükümde, “*aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ve şartlar batıldır. Ancak, sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır; sınırı aşan edimler hata ile yerine getirilmiş olmasa bile, geri alınır. Bu sınırlarda, TBK m.27/f.2-2 uygulanmaz*” denilmektedir. Bu hükümde satış bedelinin belirlenmesi bakımından bir sınırlama getirilmiştir. Burada piyasaya hâkim olan iktisadi teşebbüslerin varlığı ve devlet müdahalesi gibi durumlar satış bedelinin sınırlanması bakımından önem arz eder. İlgili hüküm ile, resmi makamlar tarafından satış bedeline ilişkin öngörülen üst sınırı aşılması durumunda, aşan kısmın batılacağı ifade edilmek istenmiştir⁸⁵.

Ayrıca burada TBK m. 27/2 hükmünden farklı bir düzenleme getirilmiştir. TBK m. 27/2 hükmü, “*sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur*” şeklinde ifade edilmiştir. Zira TTK m. 1530 hükmü gereğince, belirlenen sınırın aşılması durumunda aşılan kısım

hükümsüz hale gelip, sözleşme tümüyle geçersiz hale gelmeyecektir⁸⁶.

Satış sözleşmesi taraflardan biri için ticari iş niteliğinde ise, bu sözleşmenin diğer taraf içinde ticari satış sözleşmesi sayılacağı ifade edilebilir. Ancak TTK 19/I hükmüne göre, tacir olan gerçek kişi, bu satışın ticari işletmesine ilişkin olmadığını karşı tarafa açıkça bildirir ya da işin gereğinden bunun ticari iş olmadığı anlaşılırsa, bu takdirde, adi satış sözleşmesinden bahsetmek gerekir⁸⁷.

C. TÜKETİCİ SÖZLEŞMESİ

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da tüketici sözleşmesinin tanımına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Sözleşmelerinde hukuki işlem niteliğine haiz olması nedeniyle tüketici sözleşmesine ilişkin tanım yapılırken Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da yer alan tüketici işlemi kavramından faydalanmak gerekir. Doktrinde tüketici sözleşmesine ilişkin yapılan tanımlamalarda, tüketici işlemi kavramından faydalandığı görülsede, halen tanıma ilişkin tam olarak bir görüş birliğine varılmamıştır⁸⁸. TKHK m. 3/1 hükmü, “*Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına*

⁸⁵ Bu düzenleme ile genel hükümlerden farklılaşmanın amacı TTK m. 1530/1 hükmüne karşılık gelen 6762 sayılı Kanun m. 1466 hükmünün gerekçesinde belirtilmiştir. İlgili hükmün gerekçesinde bu husus, “*En yüksek haddi aşan akitlerin kısmen batıl olduğunun kabul edildiği hallerde dahi geri alma davalarında 818 sayılı BK 62. maddesi hükmü geri alma davalarını zorlaştırmaktadır. Ve hattı tabiki bakımından neticesiz bir hale sokmaktadır. Çünkü iktisadi sıkıntı altında bulunan taraf bunun tesiri ile en yüksek haddi aşan edada bulunmayı kabul ettiğinden ödemesi bu 62. maddesi geri alma davalarında aradığı hata dolayısıyla yapılmış bir ödeme mahiyetini arz etmemektedir. Hadisede ikrahında kanuni şartları bulunmadığından o yoldan da bir netice çıkmamaktadır ve en yüksek haddi aşan eda bunu haksız yere almış tarafta kalmaktadır. Ticari hükümler sahasında mahzurlu görünen bu durumun*

önlenmesi için hadden fazla görünen edaların hata ile yapılmış olmasa dahi geri alınacağı esası, üçüncü cümle olarak metne yazılmıştır” şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. <http://www.ticaretkanunu.net/turk-ticaret-kanunu-madde-gerekceleri-son-hukumler-ve-gecici-maddeler-madde-1521-1535/> (s.e.t. 31.12.2020).

⁸⁶ **Zevkliler/Gökyayla**, s. 37.

⁸⁷ **Alzad**, s. 22.

⁸⁸ Farklı görüşler için bkz. **Deryal**, Yahya (2008) Tüketici Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 73; **Demir**, Mehmet (2003) Kapıdan İşlemlerde Tüketici Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara, Turhan, s. 50; **Kalkan**, s. 46.

*hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemidir*⁸⁹. Buna göre tüketici işlemi, üretici ve tüketici arasında yapılan hukuki işlemidir. Bu nedenle, üretici ve tüketici arasında gerçekleşen her tüketici işlemi aynı zamanda bir tüketici sözleşmesidir⁹⁰.

Satış sözleşmelerinde taraflar alıcı ve satıcı olarak adlandırılırken, tüketici sözleşmelerinde ise, alıcı için tüketici, satıcı için ise üretici ifadeleri kullanılmaktadır⁹¹.

Tüketici sözleşmelerinin unsurları da, satış ve ticari satış sözleşmesi ile benzerlik gösterir. Zira bir tüketici sözleşmesinin kurulabilmesi için, satılan, bedel ve anlaşma unsurlarının yerine getirilmesi gerekir⁹².

Kanun koyucu Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da tüketici sözleşmesine ilişkin bir hükümde ihdas etmiştir. TKHK m. 4 hükmünde geçen, *"bu kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler"* ifadesinden, bu kanunda doğrudan düzenlenmeyen tüketici sözleşmelerine ilişkin bir şekil şartının olmadığı anlaşılmaktadır⁹³. Dolayısıyla tüketici sözleşmesine ilişkin yazılı şekil şartının aranması için öncelikle, bu sözleşmenin

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenen bir sözleşme olmasına bağlıdır⁹⁴.

Tüketici sözleşmelerinin, satış veya ticari satış sözleşmesinden farklı olarak tek tip bir sözleşme çeşidi ihtiva etmesi şart değildir. Dolayısıyla bir sözleşmenin, tüketici sözleşmesi olarak kabul edilmesi için sözleşmenin tipinin ya da niteliğinin bir önemi yoktur. Bu nedenle tüketici sözleşmeleri, isimli veya isimsiz bir sözleşme niteliğinde olabilir⁹⁵.

IV. AYIPLI MALDAN SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

Satılan malda ortaya çıkan her ayıp sorumluluk yaratmayabilir. Bir malın ayıplı olması nedeniyle satıcının sorumluluğunun doğması bazı şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu şartlar Borçlar, Ticaret ve Tüketici Hukuku başlıkları altında incelenecektir.

A. BORÇLAR HUKUKU BAKIMINDAN

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun m. 229 hükmünde tanımlanan ayıp, genel olarak satıcı tarafından vaat edilen niteliklerin ve kullanım amacına uygun olarak bulunması gereken lüzumlu niteliklerin satılan malda bulunmaması olarak ifade edilebilir⁹⁶.

⁸⁹ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6502.pdf> (s.e.t. 01.01.2021).

⁹⁰ **KALKAN**, s. 47.

⁹¹ <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/C5S2makale8.pdf> (s.e.t 01.01.2021).

⁹² **Aral/Ayrancı**, s. 74; **Kocar**, s. 8.

⁹³ **Kalkan**, s. 47.

⁹⁴ "Tüketicinin korunma ihtiyacının en üst seviyede ortaya çıktığı bu sözleşmeler bakımından geliştirilmiş esasları bu kanunda özel olarak düzenlenmemiş diğer tüketici sözleşmeleri için de aramak kanunun amacına ve ruhuna uygun

olacaktır. Öte yandan tüketici ile müteşebbis arasında yapılan her türlü hukuki işlem, tüketici işlemi olduğuna göre... söz konusu esasların bütün tüketici işlemlerinde geçerli olduğunun kabulü gerekir. Bu sebeple yanlış anlaşımaların önüne geçmek için 'bu kanunla düzenlenen' ifadesinin metinden çıkarılması yerinde olur" Bkz. **Yıldırım, Abdülkerim** (2013), 'Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 1-2, s. 1025.

⁹⁵ **Kalkan**, s. 50.

⁹⁶ **Edis**, s. 8; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 125.

Satıcının ayıba ilişkin sorumluluğunun doğması için malın alıcıya devredilmesi gerekir. Zira malın zilyetliğinin teslim edilmediği sırada satıcının ayıptan dolayı bir sorumluluğu bulunmaz. Nitekim alıcı malın zilyetliğinin devrinden sonra malın ayıplı olup olmadığını öğrenebilecektir. Zira zilyet olmayan alıcının malı gözden geçirmesi her zaman mümkün olmayabilir⁹⁷.

TBK m. 208 hükmü gereğince hasarın malın alıcıya geçtiği anda var olması gerekir. Zira taşınır mallarda zilyetliğin alıcıya geçtiği, taşınmazlarda ise tapu kütüğüne tescil⁹⁸ anına kadar yarar ve hasar satıcı üzerindedir. Bu nedenle satıcının ayıba ilişkin sorumluluğunun doğması, ayıbın yarar ve hasar geçişi anında var olmasına bağlıdır⁹⁹. Dolayısıyla maldaki ayıbın yarar ve hasar geçişinden önce var olması, zilyetliğin devri veya tescil ile birlikte alıcıya geçmesi gerekir¹⁰⁰.

Genel olarak satıcının sorumluluğunun doğması bakımından ayıbın önemli olması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰¹. Buna göre satılanın ayıp nedeniyle değerinin veya elverişliliğinin önemli ölçüde azalması veya tamamıyla ortadan kalkması gerekir¹⁰². Tabi ki bu husus, satılanın ne amaçla kullanılacağına, kişilerin niyetlerine, işlerde kabul gören anlayış veya objektif piyasa değerine göre belirlenir¹⁰³. Gerekirse bu hususun araştırılması amacıyla

birkişiye de başvurulabilir¹⁰⁴. Ancak satıcı tarafından malın niteliğine ilişkin bir vaat söz konusu ise ayıbın önemli olması şart değildir¹⁰⁵.

Satıcı, sözleşmenin kurulduğu sırada alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu değildir. Zira bu husus TBK m. 222 hükmünde, “*satıcı, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu değildir. Satıcı, alıcının satılanı yeterince gözden geçirmekle görebileceği ayıplardan da, ancak böyle bir ayıbın bulunmadığını ayrıca üstlenmişse sorumlu olur*” şeklinde ifade edilmiştir¹⁰⁶. Hükümde geçen ayıp kavramı hem varsayılan hem de bildirilen niteliklerin bulunmamasından doğan ayıpları kapsamaktadır. Ayrıca ayıbın bilinmesi kavramı, ayıbın önemi ve kapsamına ilişkin tam bilgi sahibi olmayı ifade eder. Dolayısıyla yalnız ayıbın bilinmesi, ayıba ilişkin sorumluluk bakımından yeterli değildir¹⁰⁷.

Sorumluluğa ilişkin diğer bir şart ise, alıcının ayıbı kabul etmemesidir. Bu sonucu TBK m. 223/2 hükmünden çıkarmak mümkündür. Zira hükme göre alıcı, gözden geçirme ve bildirimle ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde, satılan ayıplarıyla birlikte zımni olarak kabul etmiş sayılır¹⁰⁸.

Son olarak satıcının ayıptan doğan sorumluluğunu kaldırmaya yönelik bir sözleşmenin

⁹⁷ Alzad, s. 42.

⁹⁸ TBK m. 245 hükmü istisna teşkil etmektedir. Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6098&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> (s.e.t. 02.01.2021).

⁹⁹ Aydoğan/Kahveci, s. 142.

¹⁰⁰ Yavuz, Ayıplı İfa, s. 205.

¹⁰¹ Alzad, s. 43.

¹⁰² Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 302; Eren, s. 110.

¹⁰³ Yavuz, Ayıplı İfa, s. 132; Eren, s. 110; Yavuz, Satış Sözleşmeleri, s. 202.

¹⁰⁴ Eren, s. 111.

¹⁰⁵ Eren, s. 110; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 302.

¹⁰⁶ <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6098&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> (s.e.t. 02.01.2021).

¹⁰⁷ Aral/Ayrancı, s. 111; Yağcı, Uğur (2014) ‘Türk Satım Hukukunda ve Milletlerarası Satım Hukukunda Ayıplı Malın Ayıpsız Benzeriyle Değiştirilmesi’ (Yüksek Lisans), Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 8.

¹⁰⁸ Eren, s. 113; Alzad, s. 44; Yağcı, s. 8.

yapılmaması gerekir. TBK m. 221 hükmünde ayıba ilişkin sorumluluğu ortadan kaldıran bir sözleşmeden bahsedilmektedir. Bu hükme göre, satıcının satılanı ayıplı olarak devretmesinde ağır kusuru yoksa, taraflar ayıba ilişkin sorumluluğu sınırlayabilir veya ortadan kaldırabilir. Eğer satıcının ayıptan doğan sorumluluğu sözleşme ile kaldırılmışsa, bu takdirde alıcı, ayıba ilişkin haklarını kaybedecektir¹⁰⁹.

Bütün bu şartların gerçekleşmesi ile birlikte alıcının ayıba ilişkin haklarının doğması kanundan kaynaklanan bazı külfetlerin yerine getirilmesi ile gerçekleşir. Bunlar gözden geçirme (muayene) ve ihbar külfeti olarak ikiye ayrılmaktadır.

TBK m. 223/2 hükmü gereğince, adi satışların söz konusu olduğu durumlarda, alıcının gözden geçirme külfeti yalnızca açık ayıplara ilişkindir. Dolayısıyla alıcı tarafından gizli ayıpların araştırılması gerekmez. Özel olarak şüphe uyandıracak bir durum söz konusu değilse, alıcının özellikle adi satışlarda, gözden geçirme esnasında bilirkişiye başvurma zorunluluğu yoktur¹¹⁰. Alıcı, işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz gözden geçirmeye başlamakla yükümlüdür. Gözden geçirmeye ilişkin doğan gecikme satıcının sorumluluğunu ortadan kaldırır¹¹¹.

Alıcı, gözden geçirme sonrasında ortaya çıkan ayıbı ve malı bu şekilde kabul etmediğini satıcı ihbar etmelidir. TBK m. 223/I hükmüne göre ayıbın, öğrenildiği andan itibaren uygun bir süre içerisinde satıcıya bildirilmesi gerekir. Alıcı gözden geçirme ve ihbar külfetini yerine getirmedeği takdirde, satılanı o haliyle kabul etmiş olur. Ancak gizli bir ayıp söz konusu ise ve sonradan öğrenilmişse,

bunun hemen satıcıya bildirilmesi gerekir. Aksi halde bu durumda da satılan o haliyle kabul edilmiş sayılır¹¹².

B. TİCARET HUKUKU BAKIMINDAN

Ticaret Hukuku bakımından incelendiğinde, ayıp sorumluluğuna ilişkin TTK m. 23/1-c hükmünün yaptığı atıf gereği, TBK hükümlerine gidilecektir. Buna göre, satıcının ayıptan doğan sorumluluğunun şartları; malın alıcıya devredilmesi, hasarın geçtiği anda satılanın ayıplı olması, ayıbın önemli olması, alıcı tarafından ayıbın bilinmemesi, alıcının ayıbı kabul etmemesi ve ayıba ilişkin sorumluluğun sözleşme ile kaldırılmamış olması şeklinde ifa edilebilir. Ayrıca bu şartlara ek olarak alıcının gözden geçirme (muayene) ve ihbar külfetini de yerine getirmiş olması gerekir.

Tüm bu şartlar, “*Borçlar Hukuku Bakımından*” başlığı altında incelenmiş olduğundan burada sadece TTK bakımından ayıba ilişkin sorumluluğun, Türk Borçlar Kanunu’ndan ayrıldığı hususlara değinilecektir.

TTK m. 23/1-c hükmü “*malın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise alıcı iki gün içinde durumu satıcıya ihbar etmelidir. Açıkça belli değilse alıcı malı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde incelemek veya incelettirmekle ve bu inceleme sonucunda malın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, haklarını korumak için durumu bu süre içinde satıcıya ihbarla yükümlüdür*”¹¹³. Buna göre, satılarda var olan bir

¹⁰⁹ Yağcı, s. 8; Alzad, s. 45.

¹¹⁰ Gümüüş, s. 100.

¹¹¹ Yağcı, s. 9.

¹¹² Alzad, s. 47.

¹¹³ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.6762.pdf> (s.e.t. 03.01.2021).

ayıp tek bir şekilde ortaya çıkmamakta, bu nedenle gözden geçirme süreleri değişmektedir¹¹⁴.

TTK m. 23/1-c hükmüne göre, ticari satışlarda açık ayıbın söz konusu olduğu hallerde, alıcı bunu iki gün içinde satıcıya bildirmekle yükümlüdür. Belirtilen iki günlük sürenin hem gözden geçirme hem de ihbar süresi olduğu hükümden anlaşılmaktadır. Adi satıştan farklı olarak tacirler arasındaki satışta ayıbın açık bir şekilde görülmesi, satıcının sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Ancak adi satışlarda TBK m. 222 hükmü gereği alıcının, *satılanı yeterince gözden geçirmekle görebileceği* ayıplardan sorumluluğu ancak bunun bulunmadığına ilişkin satıcı tarafından bir sorumluluk üstlenilmişse söz konusu olmakta idi¹¹⁵.

Ticari satışların söz konusu olduğu hallerde, olağan bir gözden geçirme ile ortaya çıkan ayıplarda, alıcı sekiz gün içinde gözden geçirmek ve yine bu süre içinde satıcıya malın ayıplı olduğunu bildirmek zorundadır¹¹⁶. Adi satışlarda ise TBK m. 223 hükmü gereğince, olağan bir gözden geçirme ile ortaya çıkan ayıplara ilişkin kesin bir süre belirtilmemiştir¹¹⁷.

Ticari satışlardaki gizli ayıplar açısından ise, TTK m. 23/1-c hükmünün yaptığı atıf nedeniyle TBK m. 223/2 hükmü uygulama alanı bulacaktır¹¹⁸. Nitekim bu tür ayıpların sonradan ortaya çıkması halinde hemen satıcıya bildirilmesi gerekir. Aksi halde alıcı, satılanı bu haliyle kabul etmiş sayılır¹¹⁹.

TTK m. 18/3 hükmü, *“tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe,*

sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre, ticari satışlara ilişkin ayıpların ihbar ve ihtarı, hükümde sayılmadığından, söz konusu ayıplarla ilgili ihbar ve ihtarın hükümde belirtilen yollardan biriyle yapılması şart değildir¹²⁰.

C. TÜKETİCİ HUKUKU BAKIMINDAN

TKHK m. 9/1 hükmü gereğince, malın satıcı tarafından satış sözleşmesine uygun olarak tüketiciye teslim edilmesi gerekir. Kanun koyucu ayıplı maldan sorumluluğu satış sözleşmesini dikkate alarak düzenlemiştir. Bu nedenle ayıplı maldan sorumluluk, satış sözleşmesi biçiminde akdedilen tüketici işlemleri açısından söz konusu olmaktadır. Satıcının ayıptan doğan sorumluluğunun doğması için TBK ve Türk Ticaret Kanunu'nda olduğu gibi, TKHK bakımından da bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir.

Öncelikle malın tüketiciye devredilmesi gerekmektedir. Bu husus TKHK m. 9 hükmünde ifade edilmiş olup, adi ve ticari satışlar bakımından benzerlik gösterir.

Satıcının ayıplı maldan dolayı sorumlu tutulabilmesi için ayıbın, hasarın alıcıya geçtiği anda satılarda mevcut olması gerekir. Bu husus TKHK m. 8 hükmünde TBK m. 208 hükmüne paralel olarak

¹¹⁴ Aydoğan/Kahveci, s. 162.

¹¹⁵ Kanun koyucu TTK m. 23 hükmünde kullanılan ifade “teslim sırasında açıkça belli” ayıpları belirtirken, TBK’da “yeterince gözden geçirmekle görebileceği ayıplardan” ifadesi kullanılmış, lafzi bakımdan uyum sağlanmamıştır. Dolayısıyla bu neticeye varmak normaldir. Oysa adi satışlarda tacir olmayan alıcının daha fazla korunması gerekir. Bkz. Alzad, s. 46.

¹¹⁶ Alzad, s. 48; Yağcı, s. 10.

¹¹⁷ Yavuz, Ayıplı İfa, s. 75.

¹¹⁸ Yağcı, s.10.

¹¹⁹ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 306.

¹²⁰ Uygur, s. 1283; Yağcı, s. 10.

düzenlenmiştir. Hükümde ayıbın bulunması anı “tüketiciye teslim anı” olarak ifade edilmiştir¹²¹.

6502 sayılı TKHK m. 10/2 hükmü, “tüketicinin, sözleşmenin kurulduğu tarihte ayıptan haberdar olduğu veya haberdar olmasının kendisinden beklendiği hallerde, sözleşmeye aykırılık söz konusu olmaz. Bunların dışındaki ayıplara karşı tüketicinin seçimlik hakları saklıdır” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre, tüketicinin ayıbı bildiği veya bilmesinin kendisinden beklendiği hallerde, satıcının ayıba ilişkin bir sorumluluğu doğmayacaktır¹²².

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da, TBK ve Türk Ticaret Kanunu’ndan farklı olarak tüketici için gözden geçirme ve ihbar yükümlülüğü bulunmamaktadır. Dolayısıyla satıcı, tüketici tarafından ayıbın ihbar edilmediği gerekçesiyle, tüketicinin malı kabul ettiği ve bu nedenle seçimlik hakları kullanamayacağını iddia edemez. İki yıllık zamanaşımı süresi içerisinde ayıbın ortaya çıkmasıyla tüketici seçimlik haklarını kullanabilecektir. Ancak tüketicinin ayıplı olduğunu bilerek aldığı mallar için satıcının sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulama alanı bulmayacaktır¹²³.

Satıcının sorumluluğunun genişletilmesine ilişkin TKHK m. 12 ve 16 hükümleri bulunurken, sorumluluğun sınırlandırılması halinde kayıtların geçerliliğine ilişkin herhangi bir hüküm mevcut değildir. Sözleşmede sorumluluğun kaldırılmasına ilişkin kayıtlar, tüketicinin ayıbı bilmesini sağlıyorsa, bu takdirde kayıtlar geçerli olacaktır. Ancak bu durumun dışında, satıcının ağır kusurunun ve kastının bulunmadığı durumlarda da sorumluluğu

kaldırıcı kayıtların geçerli olabileceği kabul edilmektedir¹²⁴.

V. AYIPLI MALDAN SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

A. AYIPLI MAL NEDENİYLE ALICIYA TANINAN HAKLAR

1. Seçimlik Haklar

Satılanın ayıplı olduğu durumlarda, satıcının sorumluluğu kapsamında alıcının sahip olduğu seçimlik haklar TBK m. 227 hükmünde ifade edilmiştir. Bu hükme göre, satılanın ayıplı olması nedeniyle alıcının seçimlik hakları; sözleşmeden dönme, ayıp oranında satış bedelinden indirim isteme, satılanın ücretsiz onarılmasını isteme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme olarak ifade edilebilir¹²⁵.

TBK m. 227/1-b.1 gereğince alıcı, “satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek” sözleşmeden dönebilir. Alıcı, dava açmaya gerek olmaksızın bu hakkını kullanabilir ve dönme iradesi satıcıya ulaştığı anda hükümlerini doğurur¹²⁶. Dönme hakkı dava açma biçiminde kullanılsa bile, mahkemenin kararı açıklayıcı nitelikte olacaktır¹²⁷. Dönme ile birlikte alıcı, satılanı geri vermekle yükümlü olur. Satıcının ise, alıcıdan aldığı satış bedelini faiziyle ödemesi gerekir (TBK m. 229).

Dönme hakkının kullanılması kural olarak herhangi bir şekle tabi değildir. Ancak TTK m. 18/1-b.3’ e göre, dönme hakkının tacirler arasında kullanılması durumunda, dönmenin ancak; noter

¹²¹ Aslan, s. 124; Çabri, s. 86; Edis, s. 48; Erzurumluoğlu, s. 156; Kalkan, s. 119.

¹²² Aral/Ayrancı, s. 112; Aslan, s. 135.

¹²³ Yavuz, s. 82; Gümüş, s. 76; Çabri, s. 129; Şahiniz, s. 59; Edis, s. 62.

¹²⁴ Aslan, s. 143-144; Yağcı, s. 23.

¹²⁵ Gümüş, Kanun Şerhi, s. 88; Aydoğdu, s. 174; Yağcı, s. 10.

¹²⁶ Edis, s. 104; Aslan, s. 183.

¹²⁷ Aral/Ayrancı, s. 28.

aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla ve güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılması gerekir¹²⁸.

Sözleşmeden dönme hakkı TKHK m. 11/1 hükmünde de düzenlenmiştir. TKHK m. 11/5 hükmü gereğince, tüketicinin dönme hakkını kullanması durumunda ödediği bedelin tümünün kendisine ödenmesi gerekir¹²⁹. Türk Borçlar Kanunu'nda, satış bedelinin ödenmesi durumunda alıcının kullanması ve yararlanmasına bağlı olarak bir indirim veya tazminat söz konusu iken, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da tüketicinin ayıplı malı kullanması veya yararlanması durumunda bir tazminat veya indirim söz konusu olmaz¹³⁰.

TBK m. 229 hükmü gereğince sözleşmeden dönen alıcı, satıcıdan tazminat talep edebilir. TKHK m. 11/6 hükmü ise, Türk Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak tazminat talebinde satıcı ile birlikte ithalatçı ve üreticiyi de müteselsil olarak sorumlu tutmaktadır¹³¹.

Ayıplı mal nedeniyle alıcının kullanabileceği diğer bir seçimlik hakkı ise, ayıp oranında satış bedelinde indirim isteme hakkıdır. TBK m. 227/1-b.2 gereğince alıcı, *satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinde indirim* isteyebilecektir. Bu hakkın kullanılması ile satış sözleşmesi sona ermeyip, yalnızca alıcının edimi değişir. Burada amaç, satıcı ve alıcının edimlerinin ayıplı mala bağlı olarak denkleştirilmesidir¹³². Söz konusu seçimlik hak TKHK m.

11/3 hükmünde de düzenlenmiş olup, TBK ile benzerlik göstermektedir¹³³.

TBK m. 227/3 gereğince, alıcının bir diğer seçimlik hakkı da, satılanın ücretsiz onarılmasını isteme hakkıdır. Bu hükme göre, *alıcının aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları alıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme hakkı* bulunmaktadır. Alıcı tarafından satın alınan malın tamirini talep edebilmesi, günümüz bakımından bir ihtiyaç haline gelmiştir. Ayıbın giderilmesine ilişkin seçimlik hakkın kullanılabilmesi için, ayıbın tamirinin objektif olarak mümkün ve bunun dürüstlük kuralı kapsamında satıcıdan beklenebilir olması gerekir¹³⁴. Ayrıca bu hakkın kullanılabilmesi, ayıbın giderilmesinin aşırı bir masraf gerektirmemesine bağlıdır. Onarım aşırı bir masraf gerektiriyorsa alıcı bu seçimlik hakkını kullanamayacaktır¹³⁵. TKHK m. 11/2 hükmünde ifade edilen bu hak satıcıya karşı ileri sürülebileceği gibi üretici ve ithalatçıya karşı da ileri sürülebilecektir¹³⁶.

TBK m. 227/1-b.4 gereği, alıcının, ayıplı malın ayıpsız diğer bir malla değiştirilmesini isteme hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla bu hakkın kullanılmasının temel şartı, ayıplı olan malın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesinin mümkün olmasıdır. Bu hüküm hem parça hem de çeşit satışında uygulanmaktadır. İlgili hükümde geçen "imkan varsa" ifadesinin kullanılmasının nedeni, ayıplı malın her zaman ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesinin

¹²⁸ Yağcı, s. 11; Gümüş, s. 99.

¹²⁹ Gümüş, s. 99; Kalkan, s. 166.

¹³⁰ Yarg. HGK. T: 22.06.2005, E: 2005/4-309, K: 2005/391, "davacının aracı kullanmakta edindiği yararın da gözetilmesi gerektiği belirtilmektedir. 4822 sayılı Yasa ile değişik 4077 sayılı Yasada kullanım bedelinin düşüleceğine dair herhangi bir hüküm yoktur. Kaldı ki aracı satın alan kişi de bu araç nedeniyle bedel ödemiştir. Davacı aracı kullanmış, karşı taraf da ödenen bedeli kullanmıştır. Bu nedenlerle aracın kullanım bedelinin mahsubu yasanın özü ve ruhuna aykırı olur" şeklinde hükmetmiştir.

¹³¹ Yağcı, s. 25.

¹³² Aslan, s. 193;

¹³³ Edis, s. 122; Aslan, s. 190; Gümüş, s. 112; Çabri, s. 235.

¹³⁴ Gümüş, s. 130; Aslan, s. 200; Yavuz, Satış Sözleşmeleri, s. 193.

¹³⁵ Atamer, s. 384.

¹³⁶ Aslan, s. 200; Kalkan, s. 183.

mümkün olmamasıdır¹³⁷. Ancak bu hakkın parça borçlarında kullanılması durumunda edimin değiştiğini söylemek gerekir¹³⁸. Bu hak TKHK m. 11/1-ç bendinde düzenlenmiştir. Bu hakkında satıcı dışında, üretici ve ithalatçıya da ileri sürülmesi mümkündür¹³⁹.

2. Tazminat Hakkı

Satılanın ayıplı olması nedeniyle doğan mağduriyetin ortadan kaldırılması için kanun koyucu, sayılan seçimlik haklardan başka TBK m. 227/2 hükmünde alıcıya ayrıca bir tazminat hakkı sağlamaktadır. Bu hüküm, “*alıcının genel hükümlere göre tazminat hakkı saklıdır*” şeklinde düzenlenmiştir. Alıcı tarafından bu hak müstakil bir biçimde ve yalnızca zararın tazmini için kullanılabilmesi gibi, diğer seçimlik haklarla birlikte de kullanılabilir¹⁴⁰.

Dönme hakkının sonuçlarını açıklayan TBK m. 229/2 hükmü ise, “*satıcı kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının diğer zararlarını da gidermekle yükümlüdür*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu hüküm gereğince dönme durumunda, alıcı tarafından satıcının kusurunun ispatı aranmaz. Zira bu durumda satıcı kusurlu varsayılarak, zararların giderilmesine imkan tanınmıştır¹⁴¹.

TBK m. 227/2 gereğince alıcıya tanınan tazminat hakkı benzer bir şekilde TKHK m. 11/6 hükmünde de ifade edilmiştir. Bu hüküm gereğince tüketici, malın ayıplı olması nedeniyle tazminat hakkını, belirtilen seçimlik haklarla birlikte

kullanabileceği gibi, müstakil bir şekilde doğrudan da kullanılabilir¹⁴².

B. ZAMANAŞIMI

Zamanaşımı, alacaklının alacağını belli bir süre içerisinde talep etmemesi durumunda, borçludan bu alacağını istemediği takdirde, dava yoluyla takip ve tahsil edememesidir¹⁴³. TBK m. 231 hükmü, taşınır satış sözleşmelerinde ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin zamanaşımını düzenlemiştir. Bu hüküm, “*satıcı daha uzun bir süre için üstlenmiş olmadıkça, satılanın ayıbından doğan sorumluluğa ilişkin her türlü dava, satıldandaki ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, satılanın alıcıya devrinden başlayarak iki yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Alıcının satılanın kendisine devrinden başlayarak iki yıl içinde bildirdiği ayıptan doğan def'i hakkı, bu sürenin geçmiş olmasıyla ortadan kalkmaz*” şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla taraflar iki yıllık süreden daha uzun bir süre öngörebilirler¹⁴⁴. Ayrıca ilgili maddenin ikinci fıkrasında, satıcının ayıplı malı devretmesinde ağır kusurunun bulunması durumunda, iki yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmayacağı da ifade edilmiştir. Bu hüküm hem ticari hem de ticari olmayan ayıplı taşınır satışından uygulama alanı bulmaktadır¹⁴⁵. Taşınmazlara ilişkin ayıp sorumluluğunda ise zamanaşımı süresi TBK m. 244'de düzenlenmiştir. Bu hüküm, “*bir yapının ayıplı olmasından doğan davalar mülkiyetin geçmesinden başlayarak beş yıl... geçmesi ile zamanaşımına uğrar*” şeklinde ifade edilmiştir.

¹³⁷ **Yavuz**, Ayıplı İfa, s. 103; **Alzad**, s. 68.

¹³⁸ **Eren**, s. 151; **Yavuz**, Satış Sözleşmeleri, s. 193.

¹³⁹ Üreticinin sorumluluğu bakımından malın piyasaya sürülme anı önemlidir. Zira bu durumda üretici, malın piyasaya sürüldüğü anda bulunan ayıplardan sorumludur. Bkz. **Kalkan**, s. 182.

¹⁴⁰ **Alzad**, s. 69.

¹⁴¹ **Yavuz**, Ayıplı İfa, s. 157.

¹⁴² **Kalkan**, s. 197.

¹⁴³ **Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan (2015) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Bursa, Dora Yayıncılık, s. 192.

¹⁴⁴ **Uygur**, s. 1315; **Atasoy/Özdil**, s. 8; **Eren**, s. 123.

¹⁴⁵ **Alzad** s. 94; **Atasoy/Özdil**, s. 8.

TKHK m. 12 hükmünde de Türk Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi zamanaşımı süresinin uzatılabileceği ifade edilmiştir. TKHK m. 12 hükmüne göre, seçimlik haklarının kullanılabilmesine ilişkin 2 yıllık zamanaşımı süresinden uzun bir süre öngörülüyorsa, bu takdirde bu süre uygulanır. Malın tüketiciye teslim edilmesinden itibaren bu süre başlar. Tüketici, malın üzerinde fiili hakimiyet kuracak şekilde malı teslim almış olmalıdır¹⁴⁶. TKHK m. 12 hükmünün devamında, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malların satışında zamanaşımı süresinin beş yıl olduğu belirtilmiştir. Bu süre Türk Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak teslimden itibaren başlamaktadır. Oysa Türk Borçlar Kanunu'nda belirtilen beş yıllık sürenin mülkiyetin geçirilmesinden itibaren başlayacağı ifade edilmektedir¹⁴⁷. Ayrıca TKHK m 12 hükmünde, zamanaşımına ilişkin sürenin ikinci el satışından bir yıldan, konut ve tatil amaçlı taşınmazların satışında ise üç yıldan az olamayacağı belirtilmiştir. Ancak malda bulunan ayıp, ağır kusur ya da hile yoluyla gizlenmişse, bu takdirde belirtilen zamanaşımı süreleri uygulama alanı bulmaz¹⁴⁸.

VI. SONUÇ

Ayıba ilişkin düzenlemelerin Borçlar, Ticaret ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer aldığı görülmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nda satış sözleşmesini düzenleyen hükümler içerisinde, ayıbın tanımı ve genel olarak konusu incelenmiştir. Buna göre ayıp satıcının, alıcıya ifa ettiği satılan malda ortaya çıkan, söz konusu malın alıcı bakımından tümüyle veya gerektiği gibi kullanılmasını engelleyen eksikliklere denilmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nda ise, ticari satış sözleşmelerine ilişkin özel hükümler saklı kalmak kaydıyla Türk Borçlar

Kanunu'nun ayıba ilişkin hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. TTK bakımından ortaya çıkan ayıba ilişkin hususlar, Türk Borçlar Kanunu'ndan genel olarak ihbar süreleri açısından ayrılmaktadır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da da ayıplı mala ilişkin bir tanıma yer verilmiş olup, ayıplı mal kavramı TBK ve Türk Ticaret Kanunu'na nazaran daha geniş olarak ele alınmıştır.

Ayıp, her üç kanun bakımından da iki şekilde ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki, satılan mala ilişkin satıcının zikir ve vaat ettiği vasıfların yokluğu diğeri ise, malda gereken lüzumlu vasıfların bulunmaması nedeniyle malın olağan kullanım değerinin azalmasıdır. Zira lüzumlu vasıfların yokluğu nedeniyle ortaya çıkan her türlü maddi, hukuki ve ekonomik ayıp, satıcı açısından sorumluluk doğurur.

Ayıba ilişkin sorumluluğun doğması için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartları; malın alıcıya devredilmesi, hasarın geçtiği anda satılanın ayıplı olması, ayıbın önemli olması, alıcı tarafından ayıbın bilinmemesi, alıcının ayıbı kabul etmesi ve ayıba ilişkin sorumluluğun sözleşme ile kaldırılmaması olarak sayılabilir. Bunların yanında ayrıca alıcının muayene ve ihbar külfetini yerine getirmesi gerekir. Ayıba ilişkin bu şartlar hem TBK hem de TTK bakımından benzerlik gösterir. Ancak TTK m. 23/1-c hükmünde, Türk Borçlar Kanunu'ndan farklı muayene ve ihbar süreleri belirtilmiştir. Zira ilgili hükme göre, ticari satışlarda açık ayıbın söz konusu olduğu hallerde iki günlük bir bildirim süresi belirtilmiş olup, bu süre hem muayene hem de ihbar süresini kapsamaktadır. Ancak adi satışlarda, TBK m. 222 hükmü gereğince, alıcının satılanı yeterince gözden geçirmekle görebileceği ayıplara ilişkin sorumluluğu, ancak bu ayıbın bulunmadığına

¹⁴⁶ Alzad, s. 96; Kalkan, s. 201.

¹⁴⁷ Kalkan, s. 200.

¹⁴⁸ Alzad, s. 97.

dair bir sorumluluğun satıcı tarafından üstlenilmesi ile gerçekleşir. Olağan bir gözden geçirme ile ortaya çıkan ayıplarda ise, TTK bakımından sekiz günlük bir muayene ve ihbar süresi belirtilmişken, adi satışlarda ise böyle bir süreye yer verilmemiştir. Gizli ayıplar bakımından ise, TBK m. 23 hükmü gereği TBK hükümleri uygulanacaktır. Zira bu ayıplar hem ticari hem de adi satışlar bakımından öğrenildiği anda hemen satıcıya bildirilmelidir. Aksi halde alıcının, satılanı bu haliyle kabul ettiği varsayılır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da, TBK ve Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak tüketici açısından bir muayene ve ihbar kütüfeti yer almamaktadır. Dolayısıyla tüketicinin ayıbı ihbar etmemesi iddiasına dayanılarak seçimlik haklarının kullanılması engellenemez. Zira tüketici iki yıllık zamanaşımı süresi içerisinde, ayıbın ortaya çıkması nedeniyle seçimlik haklarını kullanabilecektir.

Ayıp nedeniyle satıcının sorumluluğu taşınır satışı bakımından TBK m. 223 hükmü gereğince iki yıllık zamanaşımına tabidir. İki yıllık bu süre hem ticari hem de adi satışlar için söz konusudur. İki yıllık bu sürenin taraflarca uzatılabileceğini söylemek mümkündür. Taşınmazların ayıplı olmasında ise bu süre mülkiyetin geçmesinden itibaren beş yıldır.

TKHK hükmünde de, iki yıllık zamanaşımı süresinden bahsedilmiş olup, Türk Borçlar Kanunu'na benzer olarak bu sürenin uzatılabileceği belirtilmiştir. İki yıllık bu süre malın tüketiciye tesliminden itibaren işlemeye başlar. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da konut veya tatil amaçlı taşınmaz malların satışına ilişkin olarak ise zamanaşımı süresi beş yıl olarak ifade edilmiştir. Ancak bu süre Türk Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak malın tesliminden başlayacaktır.

KAYNAKÇA

- Alzad**, Maryam (2018) ‘Ticari Satışlarda Satıcının Ayıba Karşı Sorumluluğu (Yüksek Lisans), Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Aral**, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan (2015) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Arkan**, Sabih (2017) Ticari İşletme Hukuku, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Aslan**, İ. Yılmaz (2015) Tüketici Hukuku, Bursa, Ekin Yayıncılık.
- Atamer**, Yeşim M./**Baş**, Ece (2014), ‘Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk’, Tüketici Hakları ve Rekabet Kurulu Özel Sayısı- İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, S. 1, s. 19-29.
- Atasoy**, Ömer Adil/**Özgül**, Hanife (2017), ‘Ticari Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu Bağlamında Ayıp İhbarında Şekil ve İspat Sorunu’, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, s. 1-19.
- Atasoy**, Adil Ömer/**Taşkın**, Mustafa/**Acar**, Hakan (2000) Tüketiciyi Koruma Hukuku, İlgili Mevzuat ve Yargıtay Kararları, Ankara, Yargı Yayınları.
- Aydoğdu**, Murat (2014) Tüketici Kılavuzu-Hukuk Rehberi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan (2017) Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Bahtiyar**, Mehmet (2017) Ticari İşletme Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan (2015) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Bursa, Dora Yayıncılık.
- Çabri**, Sezer (2016) 6502 Sayılı Kanun’a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Demir**, Mehmet (2005), ‘Tüketim Mallarının Satımındaki Garantilere İlişkin AB Yönergesi ve Ülkemizdeki Pozitif Düzenleme’, AÜHFED, C. 54, s. 29-40.
- Demir**, Mehmet (2003) Kapıdan İşlemlerde Tüketici Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara, Seçkin.
- Deryal**, Yahya (2008) Tüketici Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Deryal**, Yahya/**Korkmaz**, Yakup (2015) Tüketici Hukuku Ders Kitabı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Edis**, Seyfullah (1963) Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara.
- Eren**, Fikret (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi. (*Kısaltılmışı: Genel Hükümler*).
- Eren**, Fikret (2019) Borçlar Hukuku Özel Bölümler, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Erzurumluoğlu**, Erzan (2012) Sözleşmeler Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Genç**, Ali Ahmet (2017) ‘Satıcının Ayıptan Sorumluluğunda Alıcının Dönme Hakkının Sınırları’ (Yüksek Lisans), Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Gümüş, Mustafa Alper (2013) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.1, İstanbul. Vedat Kitapçılık. (*Kısaltılmışı: Borçlar Hukuku*).

Gümüş, Mustafa Alper (2014), 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C.1, İstanbul. (*Kısaltılmışı: Kanun Şerhi*).

Helvacı, İlhan (2011) Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, İstanbul, On İki Levha.

Kalkan, Arif (2016) 'Tüketici Hukukunda Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk' (Yüksek Lisans), Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Kara, Doğan (2020) 'Satış Sözleşmesi Çerçevesinde Ayıptan Sorumlulukta Zamanaşımı ve Ayıptan Doğan Def'i Hakları' (Yüksek Lisans), Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Kara, İlhan (2015) Yeni Kanuna Göre Tüketicici Hukuku, Ankara, Engin.

Kılıçoğlu, Ahmet M. (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara, Turhan.

Kocar, Serra (2018) 'Ticari Satış Sözleşmesi ve Ticari Satışta Ayıp Sorumluluğu (Yüksek Lisans), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Moral, Nurullah (2019) 'Satıcının ve Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğu' (Yüksek Lisans), Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Nomer, Halük Nami (2020) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, İstanbul, Beta.

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut (2018) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 16. Baskı, İstanbul, Vedat.

Özdemir, Hayrunnisa (2013) Türk Borçlar Kanunu'na ve Viyana Satış Sözleşmesine (CISG) Göre Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları, Ankara, Yetkin.

Remzi, Mehmet/Aydın, Sezer (2018) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, İstanbul, İkinci Sayfa.

Serozan, Rona (2018) Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, On İki Levha.

Serozan, Rona/Baysal, Başak/Sanlı, Kerem Cem (2018) Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 3. Baskı, İstanbul, On iki Levha.

Şahiniz, Salih (2008) Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan Sorumluluğu, Ankara, Seçkin.

Tandoğan, Haluk (2008) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1, İstanbul, Vedat.

Uygur, Turgut (2012) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.I, Ankara, Seçkin.

Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, N. Füsün (2015) Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, On İki Levha.

Ünlütepe, Mustafa (2018), 'Taşınır Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu Bakımından Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetinin Yerine Getirilmesinin Tabi Olduğu Süreler', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 1, s. 296-335.

Yağcı, Uğur (2014) 'Türk Satım Hukukunda ve Milletlerarası Satım Hukukunda Ayıplı Malın Ayıpsız Benzeriyle Değiştirilmesi' (Yüksek Lisans), Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Kayseri.

Yavuz, Cevdet (1989) Malın Ayıplarından Sorumluluk, İstanbul.

Yavuz, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak (2016, Borçlar Hukuku Dersleri, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.

Yavuz, Nihat (2016) Ayıplı İfa, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi. (*Kısaltılmışı: Ayıplı İfa*).

Yavuz, Nihat (2016) Satış Sözleşmeleri, Ankara, Adalet Yayınevi. (*Kısaltılmışı: Satış Sözleşmeleri*).

Yeşilyurt Ünal, Esra (2019) ‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Malın Satımında Ayıptan Doğan Sorumluluk’ (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Yıldırım, Abdülkerim (2013), ‘Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler’, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 1-2, s. 1015-1048.

Zevkliler, Aydın/**Ertas**, Şeref/**Havutçu**, Ayşe/**Aydoğdu**, Murat/**Cumaloğlu**, Emre (2013) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, Ana İlkeler, İzmir, Fakülteler Barış.

Zevkliler, Aydın/**Gökyayla**, Emre (2016) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, Turhan.

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: *The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.*

Contributions Statement: *Author has contributed 100% into preparing and writing this study.*

Statement for Support and Appreciation If Any: *None.*

Statement for Conflict of Interest: *None.*

Yargıtay Kararları

*Decisions of the
Court of Cassation*

**İşçinin Tabi Olduğu Rekabet Yasağı Konusunda
Görevli Mahkeme**

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 03.12.2021, E.
2021/1534, K. 2021/6811

**BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ HUKUK
DAİRELERİ'NİN KESİN NİTELİKTEKİ
KARARLARI ARASINDAKİ UYUŞMAZLIĞIN
GİDERİLMESİNE YÖNELİK KARAR****I. BAŞVURU**

İstanbul 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 11/01/2021 tarih ve 2020/185 Esas sayılı başvurusu ile, işçinin iş akdinin feshinden sonraki dönemi kapsayan rekabet yasağı nedeniyle açılan cezai şart istemine ilişkin davalarda İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk ve İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairelerinin Asliye Ticaret Mahkemelerinin görevli olduğu, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk ve İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 43. Hukuk Dairelerinin ise İş Mahkemelerinin görevli olduğuna dair kararlar verdiğinden bahisle Daireler arasında görevli mahkemenin tespiti hususunda oluşan görüş farkının giderilmesinin talep edilmesi üzerine, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Başkanlar Kurulu 29/01/2021 tarihinde toplanarak konuyla ilgili olarak verilen kesin kararlar nedeniyle görevli mahkemenin tespitine ilişkin oluşan ve saptanan çelişkinin giderilmesi bakımından Yargıtay'ın ilgili dairesinden karar alınması için başvuruda bulunulmasına karar verilmiş, konuyla ilgili olarak düzenlenen evrakı içeren dosya Dairemiz Başkanlığına gönderilmiştir.

**II. İSTANBUL BÖLGE ADLİYE
MAHKEMESİ HUKUK DAİRELERİ
BAŞKANLAR KURULU'NUN KARARI**

Yukarıda açıklanan konu, 29.01.2021 tarihinde İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu'nda görüşülüp Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Daireleri'nce verilen kesin nitelikteki kararlar arasında uyumsuzluk bulunduğu tespit edildikten sonra, yapılan görüşmeler sonucunda 7036 sayılı Yasa'nın, 6102 sayılı TTK'dan sonra yürürlüğe girdiği ve TTK'nın 4/1-c maddesindeki düzenlemeyi zımnen ilga ettiği, 7036 sayılı Yasa'da, iş sözleşmesinin devamı veya sona ermesinden sonra açılan davalar ayırımı yapılmadan, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü uyumsuzluğun iş mahkemelerinde görüleceğinin belirtilmesi karşısında işçinin iş akdinin feshinden sonraki dönemi kapsayan rekabet yasağına ilişkin sözleşmelerden kaynaklanan davaların iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden doğan dava olduğu, bu durumda 7036 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra rekabet yasağından kaynaklanan uyumsuzluklara bakma görevinin, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 5/1-a maddesine göre, iş mahkemelerine ait bulunduğu görüşü ile işçinin iş akdinin feshinden sonraki dönemi kapsayan rekabet yasağı nedeniyle açılan cezai şart istemine ilişkin davalarda Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri arasında görevli mahkemenin tespiti konusunda oluşan görüş farkının giderilmesi için 5235 sayılı Yasa'nın 35/3 maddesi gereğince Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'ne başvurulmasına oybirliği ile karar verilmiştir.

III. UYUŞMAZLIĞIN GİDERİLMESİ İSTEMİNE KONU KESİN NİTELİKTEKİ KARARLAR VE GEREKÇELERİ

A-İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesi'nin 2019/6 E-2019/715 K., ve İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 43. Hukuk Dairesi'nin 2020/1715 E-2020/387K sayılı kararlarında, davanın yasal dayanağının 6098 sayılı TBK'nın 444-447. maddeleri arasında yer aldığı, 25.10.2017 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5/1-a maddesinde, "...6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına iş mahkemelerinde bakılır.." hükmünün düzenlendiği, 7036 sayılı Yasa'nın, 6102 sayılı TTK' dan sonra yürürlüğe girdiği ve TTK'nın 4/1-c maddesindeki düzenlemeyi değiştirdiği, özel nitelikte olan ve daha sonra yürürlüğe giren 7036 sayılı Yasa'da, iş sözleşmesinin devamı veya sona ermesinden sonra açılan davalar ayırımı yapılmadığı, aksine iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden doğan her türlü uyuşmazlığın iş mahkemelerinde görüleceğinin belirtildiği, iş akdinin sona ermesinden sonra oluşacak rekabet yasağına ilişkin davalarda ticaret mahkemelerinin görevli olduğu yönündeki Yargıtay kararlarının hükmünü yitirdiği görüşü benimsenerek karar verilmiştir.

B- İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi 2020/300 E-2020/877 K, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi 2018/2377 E-2020/966 K. sayılı kararlarında, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesinde iş mahkemelerinin görev alanının düzenlendiği ve mülga 5521 sayılı Kanun'un 1. maddesinden farklı

olarak, İş Kanunu kapsamında kalmayan ve sadece TBK'nın hizmet sözleşmesi hükümlerine tabi hizmet sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların da iş mahkemelerinin görev alanına alındığı, yani, mülga 5521 sayılı Kanun'un 1. maddesi, "İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle (o kanunun değiştirilen ikinci maddesinin Ç, D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi ile görevli olarak lüzum görülen yerlerde iş mahkemeleri kurulur..." şeklinde bir düzenleme getirmiş iken 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesinde, "(1) İş mahkemeleri; a) 5953 sayılı Kanuna tabi gazeteciler, 854 sayılı Kanuna tabi gemiadamları, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununa veya 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına, b) İdari para cezalarına itirazlar ile 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi kapsamındaki uyuşmazlıklar hariç olmak üzere Sosyal Güvenlik Kurumu veya Türkiye İş Kurumunun taraf olduğu iş ve sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklara, c) Diğer kanunlarda iş mahkemelerinin görevli olduğu belirtilen uyuşmazlıklara, ilişkin dava ve işlere bakar." düzenlemesi getirildiği, (Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu kapsamındaki uyuşmazlıkların, eski Kanun döneminde de iş mahkemelerinin görev alanı içinde kaldığı), iş mahkemelerinin görev alanını düzenleyen her iki kanunun da iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına bakma görevini iş mahkemelerine verdiği, aralarındaki farkın, İş

Kanunu kapsamında kalmayıp sadece TBK'nın hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerine tabi olan sözleşmelerden kaynaklanan hukuk uyuşmazlıklarının da iş mahkemesinin görev kapsamına alınmasından ibaret olduğu, nitekim 7036 sayılı Kanun'un 5. maddesinin gerekçesinde bunun ifade edildiği, 7036 sayılı Kanun'un genel gerekçesi ve 5. maddesinin gerekçesi göz önünde bulundurulduğunda, bu düzenleme ile kanun koyucunun TTK'nın 4/1-c ve dolayısıyla aynı Kanun'un 5. maddesindeki düzenlemeyi bertaraf etmek gibi bir arzu ve iradesinin bulunmadığı, aksine TTK'nın anılan hükümlerinin 1956 tarihli 6762 sayılı TTK'dan bu yana hiç değişmeden gelmesinin kanun koyucunun bu uyuşmazlığın asliye ticaret mahkemesinde görülmesi yönündeki iradesinin ne derece güçlü olduğunu gösterdiği, sonuçta 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile TTK arasında üstünlüğün TTK'ya tanınması gerektiği ve TBK'nın 444 vd. maddelerinde düzenlenen rekabet yasağı anlaşmasından doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu görüşü benimsenerek karar verilmiştir.

IV. UYUŞMAZLIK

Yukarıda anılan ve birbirinden ayrışan İstanbul Bölge Adliye Hukuk Daireleri'nin kesin nitelikteki kararları gözetildiğinde, konuyla ilgili görevli mahkemenin tayini bakımından, 25/10/2017 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5/1-a maddesindeki "iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veyakanundan doğan her türlü uyuşmazlığın iş mahkemelerinde görüleceği" şeklindeki düzenlemenin rekabet yasağı nedeniyle açılan cezai şart istemine ilişkin davaları da kapsamına alıp almadığı, bir diğer söyleyişle konuyla ilgili uyuşmazlıklara bakmakla görevli

mahkemenin tayininde 7306 sayılı Kanun ile 6102 sayılı TTK arasında bir hüküm çatışması bulunup bulunmadığı, hüküm çatışmasının varlığının kabulü halinde ise 7306 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki düzenleme ile 6102 sayılı TTK'nın 4/1-c maddesindeki düzenlemenin ilga edilmiş sayılıp sayılamayacağı hususlarında bir değerlendirme yapılması gerektiği anlaşılmaktadır.

V. UYUŞMAZLIKLA İLGİLİ YASAL DÜZENLEMELER

6102 SAYILI TTK

6102 sayılı TTK'nın 4/1-c bendi: Tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun rekabet yasağına ilişkin 444 ila 447. maddelerinde öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır.

6102 sayılı TTK'nın 5/1.fıkrası: Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir.

6098 SAYILI TBK

VII. Rekabet Yasağı

1. Koşulları

MADDE 444- Fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girişmekten kaçınmayı yazılı olarak

üstlenebilir.

Rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sınırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir.

2. Sınırlandırılması

MADDE 445- Rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez ve süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz.

Hâkim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlandırabilir.

3. Aykırı davranışların sonuçları

MADDE 446- Rekabet yasağına aykırı davranan işçi, bunun sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlüdür.

Yasağa aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa, işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir; ancak, işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorundadır.

İşveren, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararlarının ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı haklı gösteriyorsa, yasağa aykırı davranışa son verilmesini de isteyebilir.

4. Sona ermesi

MADDE 447- Rekabet yasağı, işverenin bu yasağın sürdürülmesinde gerçek bir yararının olmadığı belirlenmişse sona erer.

Sözleşme, haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından veya işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedilirse, rekabet yasağı sona erer.

MÜLGA 5521 SAYILI İŞ MAHKEMELERİ KANUNU

MADDE 1- İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle (o Kanunun değiştirilen ikinci maddesinin Ç, D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi ile görevli olarak lüzum görülen yerlerde iş mahkemeleri kurulur.

7036 SAYILI İŞ MAHKEMELERİ KANUNU

Görev

MADDE 5- (1) İş Mahkemeleri;

a) 5953 sayılı Kanuna tabi gazeteciler, 854 sayılı Kanuna tabi gemiadamları, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununa veya 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına,

b) İdari para cezalarına itirazlar ile 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi kapsamındaki uyuşmazlıklar hariç olmak üzere

Sosyal Güvenlik Kurumu veya Türkiye İş Kurumunun taraf olduğu iş ve sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklara,

c) Diğer kanunlarda iş mahkemelerinin görevli olduğu belirtilen uyuşmazlıklara ilişkin dava ve işlere bakar.

VI. GEREKÇE

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi ilgili hukuk daireleri arasındaki uyuşmazlıkla ilgili değerlendirmelere geçilmeden önce, bir hususa daha işaret etmek gerekir ki, TTK'nın 1. maddesi bu Kanunun 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ayrılmaz bir parçası olduğunu belirtmekte olup 6098 sayılı Kanun'un 646. maddesi uyarınca TBK'nın Türk Medeni Kanunu'nun 5. kitabı ve onun tamamlayıcısı olarak addedilmesi nedeniyle TBK'da düzenlenen hükümlerin diğer kanunlarla ilişkilendirilmesine ilişkin yorum faaliyetinde, yöntemsel olarak, söz konusu üç temel kanuna yansıyan bu bütünlüğün göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Konuya bu bağlamda yaklaşıldığında; 25.10.2017 tarihinde yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun "Görev" kenar başlıklı 5. maddesi, madde gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere, İş Mahkemeleri'nin görev alanını 5521 sayılı Kanun hükmüne nazaran genişletmiş, 6098 sayılı TBK'da hizmet sözleşmesine tabi işçilerin, işverenleri ile "iş ilişkisi" nedeniyle sözleşme ve kanundan doğan hukuk uyuşmazlıklarını da iş mahkemelerinin görevi kapsamına almıştır.

Ancak, rekabet yasağına ilişkin TBK'nın 444 vd. maddelerinde düzenlenen hükümler, doğrudan hizmet sözleşmesinin bir unsuru olarak görülemeyeceği gibi rekabet yasağının işçi-işveren arasındaki hizmet sözleşmesinin ve buna bağlı

olarak iş ilişkisinin sona ermesinden sonra hüküm ifade edecek mahiyette olması, işçinin tek taraflı bir taahhüdü suretiyle de oluşturulması mümkün bulunmakla, rekabet yasağının ihlali halinde ortaya çıkacak uyuşmazlıkların iş ilişkisinden yahut hizmet sözleşmesinden kaynaklandığı kabul edilemez.

İşçinin bizatihi hizmet sözleşmesinden ve buna bağlı olarak oluşan iş (hizmet) ilişkisinden kaynaklanan rekabet etmeme ve işverene ait sırları saklama yükümlülüğü, TBK'nın 396. maddesinde tanımlanan ve kanundan kaynaklanan işçinin özen ve sadakat borcu ile ilişkili olup TBK'nın 444. maddesinde tanımı yapılan ve taraf iradesine bağlı olarak ortaya çıkan rekabet etmeme taahhüdü (rekabet yasağı) ise, açıklanan bu karakteri nedeniyle, işçinin kanundan kaynaklanan özen ve sadakat yükümlülüğünün bir devamı yahut işçinin bu borcunun, sözleşme sona erdikten sonra da devamına olanak sağlayan bir düzenleme niteliğinde değildir. Nitekim, işçinin hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonraya ilişkin sır saklama yükümlülüğü, TBK'nın 396. maddesinin son fıkrasının ikinci cümlesinde özel olarak düzenlenmiş olup doğrudan kanundan kaynaklanan bir yükümlülük niteliğinde bulunmakla, bu yükümlülüğün, serbest iradeye dayalı rekabet etmeme taahhüdünden hukuki karakteri itibarıyla ayırmakta olduğu, kanunda birbirinden farklı nitelikteki bu iki kavrama ilişkin hükümlerin, açıklanan ayırmaya uygun olarak farklı bölümlerde düzenlendiği gözden kaçırılmamalıdır.

Şu halde, TBK'nın 444 vd. maddelerinde düzenlenen rekabet yasağına ilişkin hükümlerin ve buna bağlı olarak bu yasağın ihlali halinde ortaya çıkacak uyuşmazlıkların, 7306 sayılı Kanun'un 5/1. maddesi kapsamında, iş ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlık olarak tanımlanması ve giderek İş

Mahkemelerinin görevi kapsamında addedilmesi yerinde bir yaklaşım değildir. Bu çerçevede, İş Mahkemeleri ile Ticaret Mahkemelerinin görev alanları bakımından bir hüküm uyuşmazlığından bahsedilemeyeceği gibi 7306 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile TBK'daki rekabet yasağına ilişkin hükümlerin mutlak ticari dava olarak tanımlanmasına ilişkin TTK'nın 4. maddesi hükmünün zımnen ilga edilmiş olduğu da ileri sürülemez.

Hal böyle olmakla, kanun koyucunun, mutlak ticari dava niteliğindeki bir davayı, TTK'nın 5. maddesinde yazılı "aksine hüküm bulunmadıkça" hükmüne dayalı olarak, ihtisas alanı ve yargılama usulü tümüyle farklı bir mahkemenin görevi kapsamına alması gibi kabul edilemez nitelikteki bir yaklaşımda bulunmasının söz konusu olamayacağı kanaatine varılmakla, aşağıdaki şekilde karar verilmesi gerekmektedir.

VII. SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, TBK'nın 444-447 maddelerinden doğan rekabet yasağının ihlaline dair uyuşmazlıklara bakma görevinin TTK'nın 4/1-c maddesi gereğince aynı Kanunun 5. maddesi uyarınca Ticaret Mahkemelerine ait olacağına, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi'nin 13 ve 43. Hukuk Daireleri ile 12 ve 14. Hukuk Daireleri arasındaki uyuşmazlığın bu şekilde giderilmesine, 03/12/2021 tarihinde 5235 sayılı Kanun'un 35/4 maddesi gereğince (gerekçe yönünden çoğunlukla) sonuç itibarıyla oybirliğiyle kesin olarak karar verildi.

İLAVE GEREKÇE ŞERHİ

Somut uyuşmazlık, 25.10.2017 tarihinde yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun Görev başlıklı 5. maddesinin, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK'nın 4/1 - c maddesini fiili olarak yürürlükten kaldırıp kaldırmadığı hususunda kaynaklanmaktadır.

İş mahkemelerinin görev kapsamını düzenleyen İş Mahkemeleri Kanununun 5. maddesi ile "...11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına" iş mahkemelerince bakılacağı öngörülmüştür.

TTK'nın 4/1- c maddesinde ise "...rekabet yasağına ilişkin T.B.K 444 ve 447..." maddelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların Ticaret Mahkemeleri görev alanında bulunduğu hükme bağlanmıştır.

Birbirleriyle çelişen her iki düzenleme karşısında, hizmet akdinden kaynaklanan rekabet yasağına ilişkin davaların hangi mahkemelerin görev alanında kalacağı hususunda haklı tereddütler yaşanmaktadır.

Kanunlar çatışması halinde, bunlardan hangisine itibar edilmesi gerektiğiyle ilgili önceki kanun-sonraki kanun, genel kanun-özel kanun gibi bir takım kıstaslar mevcuttur.

Mahkemelerin genel olarak görev alanını düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanununa kıyasla, Türk Ticaret Kanunu ve İş Mahkemeleri Kanunu arasında; özel kanun - genel kanun ayırımına gidilmesi mümkün olmadığından başka kıstaslara başvurmak gerekir.

Yürürlük tarihi kıstasına göre; sonraki kanun olan İş Mahkemeleri Kanununa öncelik verilmesi gerekli ise de, her iki kanun metni büyüteç altına alındığında; birinin özel hüküm, diğerinin ise ona kıyasla genel hüküm niteliğinde kaleme alındığı müşahede edilmekle konunun bu kapsamda ele alınıp tartışılması daha isabetli görülmüştür.

Şöyle ki, İş Mahkemelerinin görev alanını belirleyen İş Mahkemeleri Kanununun 5. maddesi “...Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısımının Altıncı bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına..” şeklinde genel bir atıfta bulunulmuştur. Kanununun göndermede bulunduğu TBK İkinci Kısım, Altıncı bölümde hizmet sözleşmelerine dair muhtelif konuları düzenleyen 55 madde bulunmaktadır. TBK 393 ile 447 maddeleri arasında sıralanan bu maddelerde rekabet yasağına ilişkin ise yalnızca 4 madde mevcuttur.

TTK'nın 4/C - 1 maddesinde ise TBK'nın 444-447 maddeleri açıkça zikredilmek suretiyle adeta nokta atışı yapılarak hiçbir tereddüte yer bırakmadan işin mutlak ticari dava mahiyetinde olduğu vurgulanmıştır. Bu durumda TTK'daki hükmün, İş Mahkemeleri Kanunundaki düzenlemeye nazaran özel hüküm niteliği taşıdığı apaçık ortadadır.

Diğer yandan, rekabet yasağı kapsamındaki “ticari sır” kavramı, konusunda ihtisas sahibi mahkemelerce, mevcut piyasa şartları çerçevesinde tartışılıp değerlendirilmesi gereken ticari bir kavram olduğundan, işin Ticaret Mahkemesinde görülmesi, hakkaniyet ilkesine de uygun düşecektir.

Sonuç olarak, TBK'nın 444 - 447 maddelerinden doğan rekabet yasağının ihlaline dair uyuşmazlıklara bakma görevinin TTK'nın 4/1 - c maddesi gereğince, Ticaret Mahkemelerine ait olacağı BAM Daireleri arasındaki uyuşmazlığın bu şekilde giderilmesi gerektiği hususundaki sayın çoğunluk görüşüne iştirak etmekle birlikte yukarıda açıklanan görüşün de gerekçeye eklenmesi gerektiği kanaatindeyim.

Tescilsiz Tasarım Orijinal Olsa Dahı Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunamaz**Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 22.04.2021, E. 2021/89, K. 2021/3954**

Taraflar arasında görülen davada İstanbul 1.Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesince verilen 05.11.2015 tarih ve 2014/43 E. - 2015/196 K. sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi davacılar vekili tarafından duruşmalı, katılma yolu ile davalı vekili tarafından duruşmasız olarak istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış bazı noksanlıkların ikmali için mahalline gönderilen dosyanın eksikliklerin giderilmesinden sonra gönderildiği anlaşılmakla, duruşma için belirlenen 15.09.2020 günü hazır bulunan davacılar vekili ile davalı vekili dinlendikten sonra duruşmalı işlerin yoğunluğu ve süre darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanması ileriye bırakıldı. Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, davalının müvekkiline ait eser vasfında olan ayakkabı modellerini aynen taklit ettiğini ileri sürerek, tecavüzün önlenmesini, haksız rekabet ve telif haklarına tecavüzün önlenmesini, ürünlere el konulmasını, imhasını, haksız rekabet ve telif haklarına tecavüz nedeniyle şimdilik 250.000.- TL maddi ve 15.000.- TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren avans faiziyle davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, tasarımların bir kısmının müvekkiline ait olduğunu, bir kısmının da herkes

tarafından kullanılan anonim tasarımlar olduğunu, eser vasfında olmadığını, davacının eser sahipliğine ilişkin olarak sunduğu belgelerin delil vasfı bulunmadığını, haksız rekabet şartlarının oluşmadığını, tasarımın tescilsiz oluşu nedeniyle korumadan yararlanmadığını, davacının tespit konu ettiği ürünleri 1 yılı aşkın süredir piyasada mevcut ürünler olduğunu süre geçtikten sonra tespit talebinde bulunulduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, dava konusu ayakkabı modellerinin menşei ülke Fransa'da eser vasfında olduğu iddia edilmiş ise de, davacı tarafca bunun delili olarak sunulan Paris Mahkeme mübaşiri tarafından tutulan tespit tutanağının Fransız mevzuatına göre eser vasfında olmanın delili olmayıp sadece o modelin o tarihte davacı tarafından tasarlandığının delili olarak düzenleneceği ve ispat hukuku bakımından önemli olduğu, orada da bizdeki gibi bir tasarım veya modelin eser olup olmadığını mübaşirin değil hakimlerin tesbit ettiği, dolayısıyla da bunların Fransa'da eser kabul edildiğine ilişkin davacı iddiasının yasal dayanağının bulunmadığı, zaten Bern Sözleşmesine göre de bir çalışmanın eser olup olmadığının menşei ülkesi yasasına göre değil Bern Sözleşmesi'nin 5-2 maddesi gereğince koruma talep edilen ülke yasalarına göre belirleneceğinden yabancı mahkeme kararı söz konusu olsa bile bir bağlayıcılığının bulunmadığı, alınan bilirkişi raporlarında ayakkabıların hususiyet taşımadığı, moda tasarımı olduğunun ifade edildiği, moda trendlerinin kendisi bir fikir olduğundan ve fikir üzerinden tekel haklar sağlanması mümkün olmadığından trendlerin kendisinin korumadan yararlanmayacağı, ayakkabıların belli bir modaya bağlı olarak ince veya kalın topuklu olması, bağcıklı olup olmaması, açık kapalı olması veya süslemeler

taşımasının genel bir konsept olup, konseptin de fikir olarak korunmayacağı, davacının ürünü ile iltibasa yol açacak modellerin üretilip satılmasının gerek Paris Konvansiyonu ve gerekse TTK'nın rekabet hükümlerine göre haksız rekabet oluşturduğu, haksız rekabete dayalı maddi tazminat hesabında davalının haksız rekabeti nedeniyle davacının elde etmekte mahrum kaldığı kar miktarı esasına göre hesaplama yapılması gerekmekte ise de davacının yurtdışında oluşu ve defterlerinin incelememesi nedeniyle hesaplama yapılmasının mümkün olmadığı ancak davalı defterleri üzerindeki incelemeye göre 2011-2014 yılları arasında bu modeller üzerinde yapılan satışa göre davalının 8.852,00 TL kar elde ettiğinin tespit edildiği, davalının mağazasında davaya konu olmayan çok değişik modellerle üretim yaptığı, dolayısıyla da davalının sağladığı karını sadece davacının sınırlı olarak kullandığı bir kaç modelinden sağlamadığı, kaldı ki davacının iddia ettiği bazı modeller de kullanılmadığından maddi ve manevi tazminata TBK'nın 50. maddesi nazara alınarak takdiren hükmedildiği gerekçesiyle, telif haklarına tecavüzün tespit ve önlenmesine ilişkin talebin reddine, haksız rekabetin tespitine, davalının, davacının ayakkabıları ile iltibas oluşturan ayakkabıları üretim ve satışının önlenmesine, 15.000,00 TL maddi, 8.000,00 TL manevi tazminatın dava tarihinden işleyecek avans faiziyle davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davacılar vekili ile katılma yolu ile davalı vekili temyiz etmiştir.

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmaması ile dava konusu ayakkabı modellerinin eser vasfında olmadığına yönelik mahkeme kabulünde herhangi

bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin aşağıdaki 2 no'lu bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2- Davalı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesine gelince ise; Davacı tarafça, davacıya ait tescilsiz ayakkabı tasarımlarının davalı tarafından aynen taklit edilerek piyasaya sürüldüğü iddiası ile haksız rekabetin tespiti, men'i, ref'i, maddi ve manevi tazminat istemi ile açılan işbu davada, mahkemece yukarıda özetlenen gerekçeyle haksız rekabetin tespitine, davalının, davacının ayakkabıları ile iltibas oluşturan ayakkabıları üretim ve satışının önlenmesi ile takdir edilen maddi ve manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Mülga 6762 sayılı TTK'nın 56. maddesi uyarınca, haksız rekabet, aldatıcı hareket ve hüsnüniyet kaidelerine aykırı suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suistimalidir. Aynı Yasa'nın 57/5. maddesinde haksız rekabet olarak kabul edilen eylemlerden biri de; "Başkasının emtiası, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticari işletmesiyle iltibaslar meydana getirmeye çalışmak veya buna müsait bulunan tedbirlere başvurmak, hususiyle başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka işaret gibi tanıtma vasıtalarıyla iltibasa meydan verebilecek surette ad, unvan, marka gibi tanıtma vasıtalarını kullanmak" olarak belirtilmiştir.

6102 sayılı TTK'nın 54. maddesinde de "Haksız rekabete ilişkin bu Kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır. " hükmü düzenlenmiş, aynı Yasa'nın 55/1-a-4

maddesinde haksız rekabet olarak kabul edilen eylemlerden biri de “Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak” olarak düzenlenmiştir.

6102 sayılı TTK'nın anılan bende ilişkin madde gerekçesinde ise yeni düzenlemenin 6762 sayılı TTK'nın 57/5 maddesindeki düzenleme ile özdeş olduğu, lafızda farklılık bulunduğu, önceki kanun dönemindeki öğreti ve uygulamanın feda edilmemesi gerektiği, “karıştırılma” kavramının dış görünüş (tanıtım, takdim-görsellik) ve duyuruş (ses yönünden benzerlik) bağlamında düzenlendiği, iç benzerlikten kaynaklanan karıştırılmayı kapsamadığına yer verilmesi yanında ayrıca, 6762 sayılı TTK'da, başkasının "ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları ile iltibasa meydan verebilecek surette, ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları" cümle parçasına yer verilmiş ise de, anılan ayırt edici işaretlere ilişkin karıştırılma koşul, hüküm ve sonuçlarıyla birlikte kendi özel kanun hükmünde kararnamelerinde (MarkKHK'da, EndTasKHK'da, CoğışKHK'da ve unvanla ilgili olarak TK'da) ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olması nedeniyle, 6102 sayılı TTK'da bu koruma türlerine yer verilmesine gereksiz olduğu, ayrıca yorum güçlüklerine sebebiyet vereceğine, fikri mülkiyete ilişkin hakların kümülatif korumanın da burada tekrar düzenleme yapmayı gerekli kılmadığına da vurgu yapılmıştır.

Öte yandan, dava tarihi itibarıyla somut olayda uygulanma yeri olmamakla birlikte tescilsiz tasarımlar yönünden, 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 55/4, 56/4-5, 59/2 ve 69/2 maddelerinde getirilen yeni düzenlemeyle, ilk defa Türkiye'de kamuya sunulmuş olması, mutlak anlamda yeni ve ayırt edici olması koşuluyla, sadece üç yıl için koruma getirilmiştir. Söz konusu şartları

taşıyan tescilsiz tasarımlara da tescilli tasarımlar gibi SMK hükümlerine göre koruma sağlanacaktır.

Kanun madde gerekçesiyle birlikte yorumlandığında, 6769 sayılı SMK'daki koruma bir yana, tescilsiz tasarımların haksız rekabet hükümleri çerçevesinde korunabilmesi ancak ve ancak, mutlak manada yenilik ve ayırt edicilik niteliğinin bulunması, onu üreten işletmeyle bütünlük arz ederek aynen bir marka gibi işletmesel kökene işaret edecek derecede yüksek bir ayırt edicilik düzeyine ulaşması ve onunla özdeşleşmesi, öte yandan taklidini üretenlerce, işletmesel kökenleri itibarıyla tasarıma konu malların işletmesel kökenlerinin karıştırılmasına yol açacak tedbirlerin alınmaması, diğer bir anlatımla hedef tüketici kitlesinin bakış açısına göre, orijinal ve taklit malların aynı veya aralarında idari, ekonomik ya da işletmesel bağ bulunan işletmelerce üretilmiş olabileceği hususunda karıştırılma ihtimaline yol açılması halinde söz konusu olabilecektir. Bunun dışında, orijinal tescilli tasarımlar için bile her beş yılda bir yenilenmek koşuluyla yirmi beş yıllık koruma sağlandığı ve sürenin sonunda tasarım hakkının topluma intikal edeceği kabul edildiği halde, haksız rekabet hükümlerinden ve emeğin korunması ilkesinden hareketle sırf orijinal olmasından dolayı tescilsiz tasarımlara daha fazla hak bahşedildiği de iddia edilemez (Fusun Nomer Ertan, Tasarımların Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde Korunması Artık Söz Konusu Değildir, Türkan Rado'ya Armağan, Oniki Levha, İst-2020, s. 313-317).

Haksız rekabetin önlenmesindeki amaç, serbest piyasa düzeninde, herkesin dürüstlük kuralları içerisinde hareket etmesini sağlamak suretiyle bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. Dürüst ve bozulmamış rekabetin varlığı, piyasa

katılımcılarının (tüketiciler, tacirler, rakipler) yanında, bireysel rekabet düzeninin korunmasını da gerektirir. Tacirlerin korunması ilkesi çerçevesinde koruma unsurlarından biri de emeğin ve yatırımların korunması olmakla birlikte, fikri mülkiyet hakları özelinde, bütün dünyada ve ülkemizde geçerli olan tescile bağlı ve süreyle sınırlı koruma ilkelerinin de göz ardı edilmemesi gerekir. Bu çerçevesinde, haksız rekabet hükümlerine dayanılarak anılan ilkeleri geçersiz kılacak veya zedeleyecek yorumlardan dikkatle kaçınılmalı ve bu noktada haksız rekabet hükümleri dar yorumlanmalı, konuya ilişkin özel hükümlerin ötesinde, mal veya hizmetlerle ilgili olarak tekel yaratılmamalı, ekonominin sağlıklı şekilde işlemesi için serbest rekabet ortamı özenle korunmalıdır.

Somut uyuşmazlıkta olduğu gibi, ilk defa yurt dışında kamuya sunulmuş, belli bir süre sonra Türkiye'de ticarete konu edilmiş ve tescile dayalı koruma tercihinde de bulunulmamış tasarımlar yönünden, tasarıma konu malların bir başkasınca üretilmiş ve piyasaya sunulmuş olması halinde, sadece tasarımın orijinal, davacı ile özdeşleşmiş ve büyük emek ve çabalarla tanıtılmış olması, bu davranışın haksız rekabet olarak nitelendirilmesine yeterli olmayıp, ayrıca onu üreten işletmeler arasında, ortalama tüketici kitlesi nezdinde karıştırılma ihtimaline de yol açılması gerekir.

O halde Mahkemece, Dairemizin 21.03.2008 tarih ve 1816/3687 sayılı "Prizmatik Modüler Su Depoları" kararı ile yine Dairemizin 18.10.2018 tarih ve 2016/10703 E. – 2018/6467 K. sayılı USB kararında zikredilen ilkelere uygun olarak, davaya konu tescilsiz tasarıma konu ayakkabıların davacı şirketle özdeşleşecek bir ürün haline gelerek, işletmesel kökene işaret eden bir ayırt edici işaret haline dönüşüp dönüşmediği tartışılmaksızın, dönüşmüş olsa bile davalı tarafın üretmiş olduğu

ayakkabılarda, davacının kullandığı "Christian Louboutin" markasından oldukça farklı "Flower" ibaresini kullanılmak suretiyle her iki tarafa ait ürünler arasında işletmesel köken itibarıyla karıştırılma ihtimalini önleyecek tedbirleri aldığı dikkate alınmaksızın somut olaya haksız rekabet hükümlerinin uygulanması doğru olmamış ve hükmün bu nedenle mümeyyiz davalı yararına bozulmasını gerektirmiştir.

3- Bozma sebep ve şekline göre, davacı vekili ile davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının REDDİNE, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalı yararına BOZULMASINA, (3) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davacı vekili ile davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, takdir olunan 3.050,00 TL duruşma vekalet ücretinin davacıardan alınıp davalıya verilmesine, ödedikleri peşin temyiz harcının istekleri halinde temyiz eden taraflara iadesine, 22.04.2021 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Dosya içindeki bilgi ve belgelere, mahkemece usul ve yasaya uygun olarak delillerin tartışılıp değerlendirildiğinin anlaşılmasına göre; kararın onanması gerektiği halde, aksi yöndeki Daire çoğunluğunun bozma gerekçesine katılmıyorum.

Aldatıcı Reklam, Haksız Rekabet ve İspat Yüğü

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 08.02.2022, E. 2019/11-519, K. 2022/83.

1. Taraflar arasındaki “haksız rekabetin tespit ve men’i” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, Bakırköy 5. Asliye Ticaret Mahkemesince verilen davanın kabulüne ilişkin karar, davalı vekilinin temyiz istemi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, Mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

2. Direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

3. Hukuk Genel Kurulunca dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

I. YARGILAMA SÜRECİ**Davacı İstemi:**

4. Davacı vekili; müvekkilinin davalı ile aynı sektörde faaliyet gösterdiğini, davalıya ait "www.cantek.biz" isimli internet sitesinde “Enerjini doğru kullan %71’e varan enerji tasarrufu” şeklinde bir reklam metninin bulunduğunu, bu metni okuyan tüketicinin davalının reklamını yaptığı soğuk oda kontrol makinesini kullandığında %71 enerji tasarrufu elde edeceğini ve ödemenin de bu oranda azalacağını düşüneceğini, böyle bir enerji tasarrufunun ise mümkün olmadığını, soğutma/klima sektöründe %3-4 enerji verimliliği için dâhi milyonlarca USD harcama ile Ar-Ge çalışması yapılırken %71 enerji verimliliği sağlandığı ifadesinin tüketiciyi yanıltmaya yönelik haksız rekabet oluşturduğunu ileri sürerek haksız

rekabetin tespiti ile söz konusu reklamın kaldırılmasını talep etmiştir.

Davalı Cevabı:

5. Davalı vekili; müvekkili şirketin de içerisinde yer aldığı Cantek Group kapsamında yer alan Cantek Soğutma Makineleri San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından geliştirilen ve Octosense modeli olarak adlandırılan soğuk oda kontrol makinesinin enerji verimlilik testlerinin Tüv Süd Teknik Güvenlik ve Kalite Denetim Tic. Ltd. Şti. tarafından yapıldığını, anılan şirket tarafından düzenlenen raporda söz konusu makinenin muadillerine göre %71 enerji tasarrufu sağladığının tespit edildiğini, dolayısıyla dava konusu reklam metninin yanıltıcı olmadığını ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkeme Kararı:

6. Bakırköy 5. Asliye Ticaret Mahkemesinin 03.05.2016 tarihli ve 2014/918 E., 2016/335 K. sayılı kararı ile; Octosense modeli olarak adlandırılan soğuk oda kontrol makinesinin enerji verimliliği için ihbar olunan Tüv Süd Teknik Güvenlik ve Kalite Denetim Tic. Ltd. Şti tarafından hazırlanan raporun gerçeği yansıtmadığının tespit edildiği, bu itibarla davalının internet sitesinde yer alan reklam metninin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (TTK) 55/a maddesi gereğince haksız rekabet teşkil ettiği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

7. Mahkemenin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalı vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

8. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 17.05.2018 tarihli ve 2016/11490 E.,2018/3698 K. sayılı kararı ile; “...*Dava, haksız rekabetin tespiti ve haksız rekabet*

oluşturan eylemin men'ine ilişkin olup uyumsuzluk TTK'nın 55/a-2 ve 5. maddeleri ile ilgilidir.

Haksız rekabete ilişkin hemen tüm davalarda olduğu gibi, işbu davada da ispat yükü kural olarak davacıdadır. Bu anlamda, davacı, davalının ürünü ile ilgili olarak kendi internet sitesinde yapmış olduğu tanıtımın, kendisi ve malları hakkında gerçekdişi ve yanıltıcı açıklamalarda bulunmak suretiyle vaki bulunduğunu ispatlamak ile yükümlüdür.

Davalı, tanıtımının dava dışı uzman kuruluş tarafından yapılan test sonuçlarına dayalı olduğunu savunmuştur. Gerçekten de, TÜV SUD Teknik Güvenlik ve Kalite Denetim Tic. Ltd. Şti. tarafından yapılan test sonucu düzenlenen raporda, davalının ürününün piyasadaki standart modellere oranla %71'e varan düzeyde enerji tasarruflu bulunduğu belirtilmektedir. Davacı, üzerine düşen ispat yükü çerçevesinde mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda, söz konusu rapor ile varılan sonucun teknik olarak mümkün olamayacağı rapor edilmiştir. Söz konusu rapor, o raporda sözü edilen teknik analizlere ilişkin değerlendirmeler üzerinde ve dosyadaki belgelerle sınırlı olarak yapılan çalışma sonucunda ortaya konulmuş bir rapor niteliğinde olup kimi varsayımsal yaklaşımlarda bulunularak raporla ortaya konulan sonucun doğru olmadığı değerlendirmesini içermektedir. Davalının, söz konusu raporu düzenleyen şirket ile aldatıcı bir rapor hazırlanmasını temin ettiği iddia ve ispat edilmiş değildir. Şu halde, dava dışı şirket tarafından yapılan test sonuçlarına ilişkin laboratuvar ortamı oluşturulmaksızın, raporun teknik detayları konusunda açık bir aldatıcılık, bilimsel olmayan bir yaklaşım saptanmaksızın, dava dışı şirket tarafından gerçekleştirilen testin ve bunun neticesinde düzenlenen raporun doğru olmadığı sonucuna varılması mümkün değildir. Mahkemece, bu açıdan yetersiz bilirkişi raporuna itibar olunup eksik

araştırmaya dayalı olarak davanın kabulüne karar verilmesi yerinde olmamış, davalı vekilinin temyiz itirazının kabulüyle yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir...” gerekçesiyle karar oy çokluğuyla bozulmuştur.

Direnme Kararı:

9. Bakırköy 5. Asliye Ticaret Mahkemesinin 26.02.2019 tarihli ve 2018/853 E., 2019/235 K. sayılı kararı ile; önceki gerekçeye ek olarak, davacı tarafından davalıya ait reklamın yanıltıcı olması nedeniyle haksız rekabetin varlığının tespiti ve önlenmesinin talep edildiği, davalının ise kendisine ait ürünün ihbar olunan şirket tarafından yapılan test ve denetim sonucu belirlenen oranda enerji tasarrufu sağladığını savunduğu, dosya kapsamında alınan bilirkişi raporundateknik yönden %71'e varan enerji tasarrufunun mümkün olmadığı ve reklamın yanıltıcı olduğunun tespit edildiği, bu durumda farklı bir cihaz geliştirdiğini ve fazladan tasarruf sağladığını iddia eden davalının savunmasını kanıtlaması gerektiği, yapılan yargılamada davacının ispat yükünü yerine getirdiği ve cihazın %71'e varan oranda enerji tasarrufu sağlamadığının sabit olduğu, o hâlde davalının yapılan reklamın doğruluğunun kanıtlaması gerektiği, ispat yükü kendisinde olan davalının ise iddiasını kanıtlayamadığı gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

10. Direnme kararı süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

11. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyumsuzluk; davalının internet sitesinde yer alan “Enerjini doğru kullan %71'e

varan enerji tasarrufu” şeklindeki reklam metninin yanıltıcı olduğuna dair ispat yükünün hangi taraf üzerinde olduğu ve buradan varılacak sonuca göre dosya kapsamında alınan bilirkişi raporunda, teknik yönden %71'e varan enerji tasarrufunun mümkün olmadığı ve reklamın yanıltıcı olduğunun tespit edilmesi karşısında davalının eyleminin haksız rekabet teşkil edip etmediği noktalarında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

12. Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle haksız rekabet kuralları hakkında açıklama yapılmasında yarar bulunmaktadır.

13. Serbest piyasa ekonomilerinin temel prensibi olan serbest ticaret hakkı ve rekabet özgürlüğü Anayasa'nın 48/1 maddesinde “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.” denilmek suretiyle vurgulanmıştır. Ancak ticaret serbestisi ve rekabet özgürlüğü, sınırsız rekabet hakkının bulunduğu anlamına da gelmemektedir. Bu nedenle haksız rekabeti düzenleyen kuralların amacı ve içeriği de rekabet özgürlüğünün sınırlarını göstermek ve bu sınırların aşılması durumunda başvurulabilecek hukukî yolları tespit etmektir.

14. Haksız rekabet kuralları, rekabet hakkının dürüstlük kuralları çerçevesinde kullanılmasını sağlamak ve rekabet hakkının kötüye kullanılmasını engellemek amacı ile sevk edilmiştir. Bu kurallar genel nitelikli ve her alanda uygulanabilecek hükümler içermekle birlikte rekabet hakkının, Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi gereğince dürüstlük kurallarına uygun şekilde kullanılmasını sağlamaya çalışmaktadır (Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2018, s. 350).

15. Olay ve dava tarihi itibarıyla somut olaya uygulanması gereken 6102 sayılı TTK'da haksız rekabet kuralları, ticari nitelik taşınan taşınımın tüm haksız rekabet hâllerini kapsayacak şekilde ve son derece ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. 6102 sayılı TTK'nın 54/(1) maddesinde haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacının “bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması” olduğu belirtildikten sonra; 6102 sayılı TTK'nın 54/(2) maddesinde ise haksız rekabete ilişkin genel ilke “Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.” şeklinde belirtilmiştir. Buna göre genel ilke belirlenirken haksız rekabetin varlığı için taraflar arasında rekabet ilişkisinin mevcudiyeti, failin yarar sağlamış olması, failin kusurlu olması ve haksız rekabete uğrayanın zarar görmüş olması aranmamıştır. Bununla birlikte failin kusurlu olması ve haksız rekabete uğrayanın zarar görmüş olması sadece haksız rekabet nedeniyle açılan maddi ve manevi tazminat davalarında rol oynamaktadır.

16. 6102 sayılı TTK'nın 54. maddesinde haksız rekabetin amacı ve genel ilkesi belirtildikten sonra, aynı Kanun'un 55. maddesinde uygulamada sık karşılaşılan ve dürüstlük kurallarına aykırı olan bazı davranış ve fiil örnekleri sayılmıştır (Arkan, s. 350). Bu çerçevede bir davranış veya uygulamanın haksız rekabet teşkil edip etmediği belirlenirken öncelikle özel hüküm niteliğindeki 6102 sayılı TTK'nın 55. maddesinde sayılan hâllerden birinin var olup olmadığına bakılması gerekmektedir. Bu maddede sayılan hâllerden birisi söz konusu ise haksız rekabetin varlığı kabul edilecek, somut davranış veya uygulama bu maddede sayılan haksız rekabet hâllerine tam olarak uymuyorsa veya bu hâllerin kapsamına örnekseme yoluyla dolaylı

olarak da dahil edilemiyorsa, ancak bu takdirde genel hüküm niteliğindeki 6102 sayılı TTK'nın 54/2 maddesinin uygulanması mümkün olacaktır.

17. Bu aşamada uyuşmazlığın kapsamı itibarıyla 6102 sayılı TTK'nın 55/(1)-a-2 ve 55/(1)-a-5 maddelerinin incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

18. 6102 sayılı TTK'nın 55/(1)-a-2 maddesi gereğince; *“Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek”* haksız rekabet olarak düzenlenmiştir. Buna göre gerçek dışı (yanlış) veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak suretiyle kendisini veya üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek haksız rekabettir. Burada haksız rekabet teşkil eden husus; müşterilerin satın alıp almama konusundaki kararlarını etkileyebilecek şekilde “kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri” gibi hususlarda yanlış veya yanıltıcı açıklamalardır.

19. Yanlış açıklama, içeriği gerçeğe bağdaşmayan, belirli bir vakıya veya olay veyahut durum hakkında içeriği objektif olarak yanlış olan açıklamalardır. Açıklamanın “yanlış” olup olmadığını tespit bakımından yegâne ölçüt gerçeğe bağdaşıp bağdaşmadığıdır. Gerçeğe uygun olmayan açıklamalar objektif olarak doğruluğu ve yanlışlığı tespit edilebilen açıklamalardır. Olaylar/olgular hakkındaki her türlü yanlış açıklamalar haksız rekabet olarak değerlendirilecek; açıklama gerçek ise bu durumda haksız rekabetten bahsedilemeyecektir. Yanıltıcı açıklama ise mahiyeti, tarzı ve içeriği birlikte değerlendirildiğinde açıklamanın muhatabının

hataya düşmesine sebep olabilecek, yanlış izlenim bırakabilecek açıklamalardır. Başka bir deyişle yanıltıcı açıklamadan; açıklamanın takdim edilmiş tarzının, seçilen sözcüklerin, resimlerin veya yapılan karşılaştırmanın hedef kitlede veya kişilerde bıraktığı genel izlenim neticesinde açıklama konusunun olduğundan değişik ve olumsuz algılanması kastedilmektedir.

20. Hemen belirtilmelidir ki, bir açıklamanın “yanlış” olup olmadığı tespit edilirken yegâne ölçüt gerçeğe bağdaşıp bağdaşmadığı iken, “yanıltıcı” olup olmadığı tespit edilirken kullanılacak ölçüt açıklamanın orta yetenekteki olağan muhatabıdır. Başka bir deyişle açıklama hangi kişi grubuna yapılıyor ise o kişi grubuna mensup orta yetenekteki bir kişinin açıklamayı algılama biçimi esas alınacaktır. Dolayısıyla bir açıklamanın belirli kişi veya kişiler tarafından ne şekilde algılandığı değil, açıklamanın orta yetenekteki olağan muhatabının algılama şekli önemlidir (Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Aslan/Nomer Ertan, Füsün: *Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2015, s. 540*).

21. 6102 sayılı TTK'nın 55/(1)-a-2 maddesi gereğince yanlış veya yanıltıcı açıklamalarla gerçekleştirilen haksız rekabetin çoğunlukla “aldatıcı reklamlar” şeklinde ortaya çıktığı görülmektedir. Öte yandan kural olarak karşılaştırmalı reklam yapmak tek başına aldatıcı reklam olarak nitelendirilemez. Gerçekten rekabetin en önemli işlevlerinden biri de rakiplerin piyasaya sundukları mal ve hizmetlerin alıcılar tarafından objektif olarak değerlendirilmesinin sağlanmasıdır. Dolayısıyla mal ve hizmetlerin birbiriyle karşılaştırılması aynı zamanda tüketicinin korunmasına ve bilgilendirilmesine hizmet eder. Bu nedenle 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 61/5 maddesinde; *“Aynı*

ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal veya hizmetlerin karşılaştırmalı reklamı yapılabilir.” şeklinde düzenleme yer almaktadır. Aynı Kanun’un 61/6 maddesi ise *“Reklam verenler ticari reklamlarında yer alan iddiaların doğruluğunu ispatla yükümlüdür.”* hükmünü haizdir. Görüldüğü üzere 6502 sayılı Kanun ile karşılaştırmalı reklama izin verilmiş ve ek olarak somut iddialar bakımından reklam verenlerin ispat ile yükümlü oldukları ifade edilmiştir. Anılan Kanun’a dayanılarak çıkarılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’nin 9/1 maddesinde de reklam verenlerin, ticari reklamlarında yer alan iddiaların doğruluğunu ispatla yükümlü oldukları belirtilmiştir.

22. Bununla birlikte karşılaştırmalı reklam, belirli şartların gerçekleşmesi durumunda aldatıcı reklam olarak haksız rekabet teşkil edebilmektedir. 6102 sayılı TTK’nın 55/(1)-a-5 maddesi gereğince *“Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek”* haksız rekabet olarak düzenlenmiştir. Buna göre karşılaştırmalı reklamın haksız rekabet teşkil edebilmesi için öncelikle bir karşılaştırmanın mevcut olması; bu karşılaştırmanın konusunun kişinin kendisi, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları ile ilgili olması ve nihayet bu karşılaştırmanın yanlış, yanıltıcı, rakibini kötüleyici veya tanınmışlığından yararlanacak nitelikte olması gerekmektedir.

23. Görüldüğü üzere karşılaştırmalı reklamın aldatıcılığı, karşılaştırmanın yanlış veya yanıltıcı olmasına göre iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Yanlış karşılaştırmalı reklam;

dayandığı olgular yanlış olan, gerçeğe uymayan, gerçeği saptıran, gerçek ortaya konduğunda (ispatlandığında) doğru olmadığı ortaya çıkan reklamı ifade etmektedir. Buna karşılık yanıltıcı karşılaştırmalı reklam ise; reklam konusu mal veya hizmetin hedefi (muhatabı) olan ortalama tüketicide yanlış anlamlara, zanlara, algılamalara, düşüncelere yol açan (sebeplere) açıklamalar, değerlendirmeler, yargılar vs. içeren reklamlardır. Genel olarak yanıltıcı karşılaştırmalı reklamlarda yanıltma, istatistikî bilgiler, temelleri farklı fiyatlar, önemli ve etkili olanın atlanılması, karşılaştırmanın ilgisiz ve önemsiz konular arasında yapılması ve yapılış şekli ve yöntemi belirtilmeden bilimsel olmayan yöntemle ulaşılmış test sonuçlarına göre karşılaştırma yapılması şeklinde gerçekleştirilmektedir. Bununla birlikte karşılaştırmalı reklam, özellikle eleştirel karşılaştırmalı reklamlar, çoğunlukla karşılaştırılan ürünün kötülenmesini de ihtiva etmektedir. Bundan dolayı kötüleme içeren karşılaştırmalı reklamların ayrıca 6102 sayılı TTK’nın 55/(1)-a-1 maddesi gereğince de haksız rekabet teşkil edeceği belirtilmelidir.

24. Yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davalıya ait internet sitesinde *“Enerjini doğru kullan %71’e varan enerji tasarrufu”* şeklinde Cantek Group tarafından üretilen soğuk oda kontrol makinesinin reklamının yapıldığı, davalının üretilen soğuk oda kontrol makinesinin %71’e varan enerji tasarrufu sağladığı hususunu ihbar olunan Tuv Süd Teknik Güvenlik ve Kalite Denetim Tic. Ltd. Şti. tarafından hazırlanan 08.01.2013 tarihli rapora dayandığı anlaşılmaktadır.

25. İhbar olunan Tuv Süd Teknik Güvenlik ve Kalite Denetim Tic. Ltd. Şti. tarafından dosyaya sunulan 06.10.2015 tarihli beyan dilekçesinde;

davalı tarafından geliştirildiği iddia edilen Octosense modeli olarak adlandırılan soğuk oda kontrol cihazının, yine soğuk oda kontrolü sağlayan standart 974 tip cihaz ile karşılaştırmalı olarak verimlilik ölçümünün yapılmasının talep edildiği, talep edilen ölçümün yalnızca davalı tarafından ileri sürülen ve yine davalının hakimiyet alanı içerisinde gerçekleştirilen ölçüm sonuçlarının objektif bir şekilde kayıt altına alınmasından ibaret olduğu, hiçbir şekilde denetim amacı içermediği, başka bir deyişle davalının kendi bünyesinde hazırladığı düzeneklerde gerekli ölçümlerin yapılarak testlere nezaret edildiği ve sonuçlarının gözetim raporu adı altında raporlandığı belirtilmektedir.

26. Öte yandan dosya kapsamında aldırılan teknik bilirkişi raporunda; davalının dayandığı gözetim raporunda belirtilen enerji tüketimleri arasındaki farkın kesinlikle defrost stratejileri ve senaryolarının farklı olmasından kaynaklandığı, teknik elemana sahip bir soğuk depo işletmesinde defrost aralığı ve süresinin deponun kullanım özellikleri ve mevsime göre değişiklik gösterdiği, odalar 4 C0 sıcaklığa ulaştıktan sonra soğutma sisteminin durduğu, çevre ile oda havası arasındaki sıcaklık farkından dolayı oda dış yüzeylerinden gelen içeriye ısı geçişi nedeniyle oda sıcaklığının yükselmeye başladığı ve soğutma sisteminin tekrar devreye girdiği, dolayısıyla özdeş ortamlarda gözlem yapılmadığı, standart 974 tip kontrol cihazı aleyhine elektrik tüketiminde ortaya çıkan yaklaşık 3,5 kat farkın teknik olarak mümkün olmadığı, standart 974 tip kontrol cihazının gözlem esnasında olabilecek en olumsuz koşullarda ayarlanmış olduğu yönünde görüş bildirilmiştir. Davalının itirazı üzerine alınan ek raporda da aynı sonuçlara ulaşılmıştır.

27. İhbar olunan Tuv Süd Teknik Güvenlik ve Kalite Denetim Tic. Ltd. Şti. tarafından gözlem

ortamının davalı tarafından hazırlandığının kabul edilmesi ve bu hususun gözlem raporundan da anlaşılması karşısında bilirkişi raporunda da tespit edildiği üzere gözlem yapılan ortamların aynı olmadığı, bu itibarla davalı tarafından yapılan reklamın yanıltıcı karşılaştırma reklam niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Zira diğer haksız rekabet hâllerinin aksine karşılaştırmalı reklam durumunda olayın özelliği ve yukarıda belirtilen mevzuat gereğince ispat yükü davalı üzerinde olup davalı tarafından ticarî reklamda yer alan iddianın doğruluğu ispatlanamamıştır. Bu itibarla davalı eyleminin haksız rekabet teşkil ettiğine ve reklamın internet sitesinden kaldırılmasına dair direnme kararı yerindedir.

28. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında; ispat yükünün davalı üzerinde olduğu, davalının bilirkişi raporuna heyette enerji tasarrufu konusunda uzman bilirkişi bulunmadığından bahisle itiraz ettiği, gerçekten bilirkişi heyetinin üniversitenin makine mühendisliği bölümünde profesör olan bir makine mühendisi ve hukukçu bilirkişiden oluştuğu, davalının üzerine düşen ispat yükünü yerine getirebilmesi için içerisinde enerji tasarrufu konusunda uzman olan bilirkişinin de yer aldığı yeni bir bilirkişi heyetinden rapor alınarak sonucuna göre bir karar verilmesi ve direnme kararının bu değişik gerekçeyle bozulması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de; bu görüş, yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

29. O hâlde mahkemece yazılı şekilde karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmediğinden usul ve yasaya uygun direnme kararının onanması gerekmiştir.

IV. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının **ONANMASINA**,

Harç peşin alındığından harç alınmasına yer olmadığına,

6217 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici Madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440. maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 08.02.2022 tarihinde oy çokluğu ile karar verildi.

Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Yokluğu ve Dürüstlük Kuralı

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 08.03.2022, E. 2021/11-701, K. 2022/275

1. Taraflar arasındaki “limited şirketin esas sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararlarının yokluğunun tespiti” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, İstanbul Anadolu 5. Asliye Ticaret Mahkemesince verilen davanın kısmen kabulüne ilişkin karar, davalılar vekilinin temyiz istemi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, Mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

2. Direnme kararı davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

3. Hukuk Genel Kurulunca dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

I. YARGILAMA SÜRECİ**Davacı İstemi:**

4. Davacı vekili; müvekkilinin davalı şirkette %45 oranında pay sahibi olduğunu, müvekkilinin şirket yönetiminde olmaması ve zaman zaman yurt dışında yaşamasından faydalanan davalı şirket ortaklarının müvekkilinin imzasını taklit etmek veya ettirmek suretiyle genel kurulda kararlar aldıklarını, bu hususun müvekkili tarafından alınan imza incelemesine ilişkin uzman görüşleri ve tespit dosyasında alınan bilirkişi raporu ile sabit olduğunu, özellikle genel kurulda alınan sermaye artışına ilişkin kararlarla müvekkilinin davalı şirketteki payının %0,1 oranına düşürüldüğünü, müvekkilinin 23.10.1995 tarihinden itibaren davalı

şirketin genel kuruluna katılmadığını ve bu tarihten itibaren davalı şirketin sevk ve idaresinde usulsüzlükler yapılmaya başlandığını, bu nedenle 23.10.1995 tarihinden itibaren toplantı çağrısı yapılmadan ve müvekkilinin imzası taklit edilmek suretiyle sahte imzalarla alınan tüm genel kurul kararlarının mutlak butlanla batıl ve yok hükmünde olduğunu ileri sürerek davalı şirketin 23.10.1995 tarihinden itibaren alınmış tüm genel kurul kararlarının ve şirket müdürü tarafından alınmış tüm kararların mutlak butlanla batıl ve yok hükmünde olduğunun tespiti ile müvekkilinin davalı şirkette %45 oranında pay sahibi olduğunun tespitine karar verilmesini talep etmiş; yargılama sırasında davalı şirketin genel kurul kararlarından sadece sermaye artışına ilişkin olanların mutlak butlanla batıl ve yok hükmünde olduğunun tespitini talep ettiğini beyan etmiştir.

Davalı Cevabı:

5. Davalılar vekili; davacının kötü niyetli davrandığını, dayandığı bilirkişi raporlarındaki imza incelemelerinin fotokopi üzerinden yapıldığını, fotokopi üzerinde yapılan incelemelerin bir delil olamayacağını, üstelik aynı olan imzaların bazılarının davacı tarafından kabul edilirken bazılarının kabul edilmemesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu, davacının imzasını inkâr ettiği genel kurul toplantılarından birinde alınan karar doğrultusunda sermaye taahhüdü altındaki sermaye borcunu banka havalesi yoluyla ödediğini, ayrıca ticaretle iştigal eden davacının ticaret siciline ilan edilen genel kurul kararlarına 17 yıl geçtikten sonra itiraz etmesinin hakkın kötüye kullanılması olduğunu ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkeme Kararı:

6. İstanbul Anadolu 5. Asliye Ticaret Mahkemesinin 20.01.2016 tarihli ve 2014/673 E., 2016/24 K. sayılı kararı ile; davacının kendi kabulünde olan 09.11.1994 tarihli sermaye artış kararına göre pay oranının %40 olduğu, bundan sonra yapılan davaya konu sermaye artış kararlarında davacı adına atılan imzaların davacının eli ürünü olmadığı, davaya konu sermaye artış kararları ana sözleşme değişikliğine ilişkin olduğu için 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (6762 sayılı TTK) 513/1 maddesinde öngörülen nisapla alınmadığından yok hükmünde olduğu, sermaye ödemesinin davacı tarafça yapıldığı kesin olarak kanıtlanmadığından bu durumun davacının yapılan işlemlere sonradan onay verdiği şeklinde yorumlanamayacağı, davacının dava hakkını bilerek kötüye kullandığına dair savunmayı kanıtlayan somut bir delil gösterilmediği, sadece uzun süre geçmiş olması davacının dava hakkını kötüye kullandığını ortaya koymayacağı, genel kurul kararlarının geçersizliğinin tespiti davası şirket tüzel kişiliğine yöneltilmesi gereken bir dava olup şirket ortağına veya yöneticisine husumet yöneltilmeyeceği gerekçesiyle genel kurul kararlarının yoklukla malul geçersiz kararlar olduğuna dair talep yönünden davalı Gönül Coşkun aleyhindeki davanın pasif husumet ehliyeti yokluğu nedeniyle reddine, genel kurul kararlarının yoklukla malul geçersiz kararlar olduğunun tespiti talebine ilişkin davalı şirket aleyhine açılan davanın kısmen kabulü ile davalı şirketin 12.11.1997 Bakanlık onay tarihli, 17.09.1998 Bakanlık onay tarihli, 28.09.2001 tarihli, 17.06.2004 tarihli, 23.05.2005 tarihli, 16.10.2006 tarihli, 23.07.2008 tarihli, 14.12.2009 tarihli, 02.02.2010 tarihli ve 28.11.2011 tarihli sermaye artış kararlarının yoklukla malul geçersiz kararlar olduklarının tespitine, payın tespiti talebinin her iki davalı yönünden kısmen kabulü ile

davacının davalı şirkette %40 oranında pay sahibi olduğunun tespitine, bakiye %60 payın davalı Gönül Coşkun'a ait olduğunun tespitine karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

7. Mahkemenin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalılar vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

8. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 28.11.2017 tarihli ve 2016/6325 E.,2017/6651 K. sayılı kararı ile; *"...1-Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalılar vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazları yerinde değildir.*

2-Dava, davalı limited şirketin 23.10.1995 tarihinden sonra alınmış tüm sermaye artışına dair ortaklar kurulu kararlarının çağrısız ve davacının imzası taklit edilmek suretiyle alınmış olması nedeniyle mutlak butlanla batıl olduğunun tespiti ve davacının davalı şirketteki pay oranının tespiti istemine ilişkin olup mahkemece yukarıda yazılı gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Her hak gibi genel kurul kararının butlanının ileri sürülmesi de dürüstlük kuralı çerçevesinde mümkündür. (TMK md.2) Bu kurala aykırı olarak dava ve itiraz yoluyla genel kurul kararının butlanına istinat edilemez.

Kararların butlanının ileri sürülmesinin hangi hallerde hakkın kötüye kullanılması olarak niteleneceğini veya hangi hallerde hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olamayacağını önceden belli ilkelere bağlamaya imkân yoktur. Hakim, butlanın ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı veya hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup olmadığını her olayda reserve "ahval ve şartların

heyeti umumiyesini göz önünde tutarak serbestçe takdir edecektir. (Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 2014 syf. 183-184 20, Prof.Dr. Erdoğan Moroğlu)

Davacı, 23.10.1995 tarihinden sonra alınan sermaye artırım kararlarının geçersiz olduğunu ileri sürmüştür. Davalılar da, davacının davalı şirketle aynı alanda faaliyet gösteren bir şirketin ortağı ve müdürü olduğunu, tacir olan davacının ticaret sicilinde ilan edilen ortaklar kurulu kararlarına 17 yıl geçtikten sonra itiraz etmesinin hakkın kötüye kullanılması mahiyetinde olduğunu savunmuştur.

Mahkemece, davaya konu sermaye artırım kararlarında davacıya atfen atılan imzaların davacının eli ürünü olmadığı, davacının dava hakkını bilerek kötüye kullandığına dair savunmayı kanıtlayan somut bir delil gösterilmediği, sadece uzun süre geçmiş olmasının davacının dava hakkını kötüye kullandığını ortaya koymayacağı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Ayrıca mahkemece 23.05.2005 tarihinde davacının yurt dışında olduğu, bu nedenle 23.05.2005 tarihli sermaye artırım kararının alındığı toplantıya katılmasının ve imza atmasının mümkün olmadığı belirtilmişse de dosyada mevcut Emniyet Müdürlüğü kayıtlarına göre davacının bu tarihte yurt dışında olmadığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda mahkemece, yukarıdaki açıklamalar ışığında davacının davalı şirketle aynı alanda faaliyet gösteren bir şirketin ortağı ve müdürü olduğuna ilişkin iddia, sermaye artırım kararının alındığı tarihlerde davacının yurt dışında bulunmadığı ve aradan geçen süre de nazara alınarak alınan kararların butlanının ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı veya hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup olmadığını değerlendirilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle hüküm

tesisi doğru olmamıştır...” gerekçesiyle karar oy çokluğuyla bozulmuştur.

Direnme Kararı:

9. İstanbul Anadolu 5. Asliye Ticaret Mahkemesinin 15.01.2020 tarihli ve 2019/582 E., 2020/23 K. sayılı kararı ile; önceki gerekçeye ek olarak, ilk kararda uzun süre geçmiş olmasının davacının dava hakkını kötüye kullandığını ortaya koymayacağını belirtildiği, yokluk hukuki durumunun zaman geçmekle değişmeyeceği ve hukuken yok hükmünde olan bir kararın zaman geçmesiyle varlık kazanamayacağı gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

10. Direnme kararı süresi içinde davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

11. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davacının davalı şirketle aynı alanda faaliyet gösteren bir şirketin ortağı ve müdürü olduğuna ilişkin iddia, sermaye artırım kararının alındığı tarihlerde davacının yurt dışında bulunmadığı ve aradan geçen süre de nazara alınarak alınan kararların yok hükmünde olduğunun ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı veya hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

III. ÖN SORUN

12. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında öncelikle; Özel Daire bozma kararında dürüstlük kuralına aykırılık veya hakkın kötüye kullanılması yönünden değerlendirme yapılarak karar verilmesi gerektiği belirtilmiş ise de

mahkemece ilk kararda bu konuda değerlendirme yapılarak karar verilmiş olduğundan dosyanın Özel Daireye gönderilmesinin gerekip gerekmediği hususu ön sorun olarak tartışılmış; yapılan görüşmelerde, mahkemece direnme kararında bozmaya cevap verildiği ve gerekçenin kuvvetlendirildiği bu nedenle temyiz incelemesinin Hukuk Genel Kurulunca yapılması gerektiği sonucuna varılarak ön sorunun bulunmadığına oy çokluğu ile karar verilerek işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

IV. GEREKÇE

13. Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü hakkında açıklama yapılmasında yarar bulunmaktadır.

14. Hukukî işlem, bir veya birden çok kişinin hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içinde gerektiğinde diğer unsurlarla birlikte hukukî sonuçlar doğurmaya yönelik irade açıklamasından oluşan hukukî bir olgudur. İrade açıklamasının yönelmiş olduğu hukukî sonuç, bir hakkın veya hukukî ilişkinin kurulmasından, değiştirilmesinden, devredilmesinden veya ortadan kaldırılmasından ibaret olabilir. Bir hukukî işlemin meydana gelmesi, hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi, birden çok kişinin irade beyanına bağlı ise bu hukukî işlemlere iki veya çok taraflı hukukî işlem denir. Çok taraflı hukukî işlemler, sözleşme ve karar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Karar, aynı gruba dâhil kişilerin ortak bir iş veya amaca ilişkin olarak başkana yöneltilmiş irade beyanıdır. Dolayısıyla hukukî işlemlerin hükümsüzlük hâlleri “karar” için de geçerlidir. Dolayısıyla karar şeklindeki bir hukukî işlemin hükümsüz olması, onun yöneldiği hukukî sonucu gerçekleştirme gücünün olmadığı anlamına

gelmektedir.

15. Sermaye şirketlerinde genel kurul kararlarının doğrudan veya dolaylı etkilerini gösterebilmeleri her şeyden önce hukuk kurallarına aykırı bulunmamasına, hukuken mevcut ve geçerli olmalarına bağlıdır. Kararların mevcudiyet ve geçerlilik şartları, kanun koyucu tarafından şirketin, azınlığın, şirket alacaklılarının ve müstakbel pay sahiplerinin hak ve çıkarları ile kamu düzeninin diğer gerekleri göz önünde bulundurulmak suretiyle çeşitli kanun hükümleriyle tespit edilmiştir. Meydana gelişi veya içeriği bakımından bu hükümlere ve bunların ışığında düzenlenmiş olan şirket esas sözleşmesine aykırı bulunan kararlar hukuken hükümsüz olurlar. Genel kurul kararlarında bu hükümsüzlük, ihlâl edilen hukuk kuralının niteliğine göre iptal edilebilirlik, butlan veya yokluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

16. Genel kurul kararlarının hükümsüzlük hâllerinden iptal edilebilirlik anonim şirketlere yönelik olarak somut olaya uygulanması gereken 6762 sayılı TTK'nın 381. (6102 sayılı TTK'nın 445.) maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. 6762 sayılı TTK'nın 536. (6102 sayılı TTK'nın 622.) maddesi yollamasıyla anonim şirket genel kurul kararlarının iptali hakkındaki hükümlerin limited şirket için de uygulanması gerekecektir. 6762 sayılı TTK'nın 381. (6102 sayılı TTK'nın 445.) maddesi gereğince kanun veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırı olan genel kurul kararları aleyhine, karar tarihinden itibaren üç ay içinde şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde iptal davası açılabilir. İptal davasına konu bir genel kurul kararı, şekil veya içeriği bakımından sakat olsa bile iptaline dair hüküm kesinleşinceye kadar geçerli bir karar olarak kabul edilir. Süresinde ve usulüne uygun olarak açılan bir iptal davasında verilen iptal kararı

kesinleşirse, bu karar geçmişe etkili olarak hüküm doğurur. Kararın alınmasından itibaren üç ay içinde dava açılmazsa veya açılan dava reddedilirse söz konusu aykırılık ve bu nedenle kararın iptal edilebilirliği artık ileri sürülemez.

17. Genel kurul kararlarının hükümsüzlük hâllerinden butlan, 6762 sayılı TTK'da ayrıca düzenlenmemiştir. Ancak 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinde düzenlenen butlan yaptırımını, genel kurul kararlarının butlanı hakkında da uygulanmaktadır. Bu itibarla emredici hukuk kurallarına, ahlaka aykırı veya imkânsız olan genel kurul kararları da batıl sayılmaktadır. Öte yandan 6102 TTK'nın 447. maddesi ile genel kurul kararlarının butlanı açıkça düzenlenmiştir. Buna göre genel kurulun, özellikle; pay sahibinin, genel kurula katılma, asgari oy, dava ve kanundan kaynaklanan vazgeçilemez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran; pay sahibinin bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarını, kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlandıran; anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan kararları batıldır. 6102 sayılı TTK'nın 447. maddesinde genel bir düzenleme yapılmamış, sadece örnek niteliğinde butlan sebepleri sayılmakla yetinilmiştir. Dolayısıyla 6102 sayılı TTK'nın 447. maddesinde sayılmayan durumlarda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi uygulanacak; emredici hukuk kurallarına, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan genel kurul kararları da batıl sayılacaktır.

18. Batıl bir hukukî işlem, unsurları itibariyle şeklen ve fiilen mevcut olmakla birlikte, konusu ve içeriği bakımından amaçlanan hukukî hüküm ve sonuçları daha başlangıçtan itibaren kesin olarak hükümsüzdür. Bu kesin hükümsüzlük kural olarak düzeltilemez nitelikte olup hukukî yararı bulunan

herkes tarafından bir süre ile sınırlı olmaksızın ileri sürülebilir. Mahkemeye sunulmuş olan olaylardan anlaşılacak koşuluyla hâkim tarafından res'ên göz önünde tutulur.

19. Genel kurul kararlarının hükümsüzlük hâllerinden olan yokluk, ne 6762 sayılı TTK'da ne de 6102 sayılı TTK'da düzenlenmemiştir. Yokluk yaptırımının kanunlarda düzenlenmemiş olması, yokluk yaptırımının hukukî işlem niteliğinde olan genel kurul kararları hakkında uygulanamayacağı anlamına gelmemektedir. Bir hukukî işlem, meydana gelişi bakımından emredici hukuk kurallarına aykırı ise o işlem yok hükmündedir. Meydana gelişi ilişkin olan emredici hukuk kuralları, hukukî işlemin unsurlarını oluşturan, onun mevcudiyet şartlarını belirleyen kurucu-şekli nitelikteki hükümlerdir. İçeriğe ilişkin emredici hukuk kurallarına aykırılık hâlinde butlan söz konusu olup hukukî işlem şeklen mevcut olmakla birlikte konusu ve içeriği bakımından amaçlanan hüküm ve sonuçları, daha başlangıçtan itibaren hiç kimseye karşı meydana gelmez. Kurucu-şekli nitelikteki emredici hukuk kurallara aykırılık hâlinde ise yokluk söz konusu olup kurucu unsurların veya kanuni şeklin eksikliği sebebiyle hukukî işlem şeklen meydana gelememektedir. Dolayısıyla butlanda hukukî işlemin meydana gelmesi için gerekli olan içerik unsurları vardır; fakat hukuk düzeni bu içerik bakımından amaçlanan sonuçların meydana gelmesini kesinlikle reddetmektedir. Yoklukta ise hukukî işlem için gerekli olan içerik şekli bakımdan dahi meydana gelmiş değildir (*Tekinay, S. Sulhi/Akman, Servet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s. 378*).

20. Görüldüğü üzere yokluk ve butlan arasında, sebepleri yönünden bir farklılık olmakla

birlikte ayrıca bu iki kavrama bağlanan hukukî sonuçlar da, sınırlı da olsa, farklıdır. Bu farklılardan birisi hukukî tahvil müessesesidir. Hukuken yok olan bir işleme hiçbir sonuç bağlanması mümkün değilken şeklen mevcut ancak batıl olan hukukî işleme hukukî tahvil yoluyla bir hukukî sonuç bağlanması mümkündür. Yokluk ile butlan arasındaki en önemli fark ise TMK'nin 2. maddesi gereğince hakkın kötüye kullanılması yasağı bağlamında ortaya çıkar. Butlan durumunda şekli anlamda bir genel kurul kararı mevcut olduğundan bu kararı ve butlan sebeplerini bilen bir kişinin aradan uzun bir süre geçtikten sonra dava veya itiraz yoluyla genel kurul kararının butlanına dayanması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olabilir. Hâkim butlanın ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı veya hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup olmadığını her olayda re'sen ve ahval ve şartların heyeti umumiyesini göz önünde tutarak serbestçe takdir edecektir (*Moroğlu, Erdoğan: Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul 2017, s. 194*). Oysa yokluk durumunda, ortada şekli bakımından dahi bir genel kurul kararı bulunmadığından bunun yokluğunun tespit edilmesinin istenmesi hiçbir şekilde hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilemeyecektir (*Moroğlu, s. 37*).

21. Yokluğun bir hukukî işlemin kurucu unsurlarındaki eksikliği ifade etmesinden hareketle genel kurul kararlarının yokluğunun tespitine karar verilmesi için öncelikle kurucu unsurlarının neler olduğunun belirlenmesi gerekir. Genel kurul kararlarının kurucu unsurları "genel kurul" ve "karar"dır. Dolayısıyla bir genel kurul, kanunun öngördüğü kurucu-şekli emredici hükümlerine aykırı bir şekilde toplanmış veya kanunun öngördüğü kurucu-şekli emredici hükümlerine aykırı bir şekilde karar almışsa, alınan bu karar

yoklukla maluldür. Örneğin usulüne uygun çağrı yapılmadan toplanan genel kurullarda alınan kararlar, toplantı ve karar nisaplarına riayet edilmeksizin alınan kararlar, Bakanlık temsilcisinin bulunması gerektiği hâllerde temsilci olmaksızın gerçekleştirilen toplantılarda alınan kararlar, hakkında hiç oylama yapılmadığı hâlde yapılmış gibi gösterilen kararlar kurucu-şekli unsurları eksik olduğundan yoklukla malul kararlardır.

22. Yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı vekili, müvekkilinin 22.07.1992 tarihinde davalı şirketin ortağı olduğunu, müvekkilinin davalı şirketin 23.10.1995 tarihinden itibaren hiçbir genel kurul toplantısına çağrılmadığını ve dolayısıyla hiçbir toplantıya katılmadığı, bu tarihten sonra alınan genel kurul kararlarında müvekkilinin imzasının taklit edilerek davalı şirketteki hissesinin %01 oranına düşürüldüğünü ileri sürmüştür. Dosya kapsamından davacının davalı şirketin genel kurul toplantılarına katılmadığı, imzaların davacıya ait olmadığı anlaşılmaktadır. Davalı şirket yönetici olan diğer davalı Gönül Coşkun'un eldeki davaya konu eylemler nedeniyle İstanbul Anadolu 8. Asliye Ceza Mahkemesinin 10.07.2018 tarihli ve 2014/69 E., 2018/485 K. sayılı kararı ile mahkumiyetine karar verilmiş ve karar derecattan geçerek kesinleşmiştir. Anılan dosyada davalı Gönül Coşkun tarafından verilen ifadede; davacının şirkete uğramadığı, hiçbir toplantıya katılmadığı, sadece defterlerin ona götürülüp imzası alınarak geri getirildiği, imzanın ona ait olup olmayacağını bilemeyeceği beyan edilmiştir. Dolayısıyla 23.10.1995 tarihinden itibaren bütün genel kurul toplantılarının çağrısız yapıldığı, davacının ise hiçbir genel kurul toplantısına katılmadığı dosya kapsamı ile sabittir.

23. Anonim ve limited şirket genel kurul toplantıları, davetin belli bir prosedüre tâbi tutulup

tutulmadığına göre çağrılı ve çağrısız genel kurul toplantısı şeklinde ikiye ayrılır. Hem 6762 sayılı TTK'da hem de 6102 sayılı TTK'da anonim ve limited şirketin genel kurul toplantılarına ortakları davet belli başlı kurallara bağlanmıştır. Kanun koyucu genel kurul toplantılarına davet şekillerinin az ortaklı şirketler açısından pratik olmayacağı düşüncesiyle her iki kanunda da çağrısız genel kurul toplantısını düzenleme ihtiyacını hissetmiştir. Limited şirketlerde çağrısız genel kurul 6762 sayılı TTK'nın 538/5 maddesinde; *“Bütün ortaklar; aralarından biri itirazda bulunmadığı takdirde toplantıya çağırma hakkındaki merasime riayet etmeksizin de umumi heyet halinde toplanabilirler. Böyle bir toplantıda bütün ortaklar hazır olmak şartıyla, umumi heyetin salahiyetine dahil olan hususlar müzakere edilerek karara bağlanabilir”* şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre limited şirketlerde çağrısız genel kurul toplantısının yapılabilmesi için bütün pay sahipleri veya temsilcilerinin toplantıda hazır bulunması ve hiçbirinin toplantıya itirazda bulunmaması gerekir. Buradaki itiraz, doğrudan yapılacak olan çağrısız genel kurul toplantısına veya karar alınmasına ilişkin olmalıdır. Görüldüğü üzere çağrısız genel kurul toplantısı için toplantı yetersayısı bütün pay sahipleri veya temsilcilerinin hazır bulunması şeklinde belirlenmiştir. Dolayısıyla çağrısız genel kurul toplantısına bütün pay sahiplerinin veya temsilcilerinin hazır bulunması ve hiçbirinin toplantıya itirazda bulunmaması, çağrısız genel kurul toplantısında alınacak kararların kurucu unsurunu teşkil etmektedir. Herhangi bir pay sahibinin veya temsilcisinin toplantıda hazır bulunmaması ya da toplantıya itiraz etmesi hâlinde çağrısız genel kurul mevcut olmadığı için alınan kararlar yoklukla malûldür.

24. Bu itibarla davalı şirketin dava konusu olan sermaye artırımına ilişkin genel kurul toplantılarının çağrısız yapıldığı anlaşılmakta olup davacının bu toplantılara katılmadığı sabit olduğundan bu kararlar yoklukla malûldür. Yukarıda da bahsedildiği üzere yok hükmünde bir genel kurul kararı karşısında bunun yokluğunun tespit edilmesinin istenmesi hiçbir şekilde hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilemez.

25. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında; yokluk yaptırımına tabi işlemlerin aradan zaman geçmesiyle geçerli hâle gelemeyeceği, ancak somut olayda davacıya atfen atılan bir imzanın bulunduğu, davacı sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararlarına katılmamış olsa da kendisine atfen atılan imzalarla yapılan işlemlerin temsil hükümlerine göre yapıldığının kabulü gerektiği, zira davacının bu işlemlere açık onayı bulunmadığı için bu işlemler davacıyı bağlamaz ise de örtülü olarak bu işlemlere icazet verilmiş olması hâlinde işlemlerin geçerli olacağı, davacı şirketin %40 hissesine sahip olan davacının on yedi yıl boyunca şirketin faaliyetine katılmadığı hâlde şirkette neler olduğunu merak etmemesi, şirketin faaliyetini nasıl sürdürdüğünü, alınması gereken kararların nasıl alındığını, ortaklık pay durumuna göre kendisinin oyunun nisap için önem taşıdığı konuların nasıl aşıldığını araştırmamasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu, yapılacak basit bir araştırma ile bu işlemlerin varlığından haberdar olunabileceği, davacının bu usulsüz işlemlere uzun süre ses çıkarmamasının zımni icazet anlamına geldiği, bu nedenle uzun süre geçtikten sonra temsil hükümlerine göre geçerli hâle gelen işlemlerin geçersizliğini ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu, dolayısıyla direnme kararının bu değişik gerekçeyle bozulması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de; bu görüş yukarıda

açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

26. O hâlde mahkemece yazılı şekilde karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmediğinden usul ve yasaya uygun direnme kararının onanması gerekmiştir.

V. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Davalılar vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının **ONANMASINA,**

Harç peşin alındığından harç alınmasına yer olmadığına,

6217 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici Madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440. maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 08.03.2022 tarihinde oy çokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Değerli çoğunluk görüşü ile aramızda hem ön sorun yönünden hem de ön sorun bulunmadığı kabul edilerek yapılan esas incelemesi yönünden görüş farklılığı doğduğundan karşı oy görüşümüzü iki başlıkta değerlendirmek gerekecektir.

A- Ön Sorun Yönünden Karşı Oy Gerekçesi

Yapılan temyiz incelemesi sırasında davacının davalı şirket ile aynı alanda faaliyet gösteren bir şirketin ortağı ve müdürü olduğuna ilişkin iddia, sermaye artırımı kararının alındığı tarihlerde davacının yurtdışında bulunmadığı ve

aradan geçen süre de nazara alınarak alınan kararların butlanının ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı veya hakkın kötüye kullanılması gerekliliğinde olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği belirtildiğinden mahkeme kararında bu hususların değerlendirip değerlendirilmediği ön sorun olarak tartışılmıştır.

Mahkemece direnme öncesi verilen kararda 23.05.2005 tarihli sermaye artış kararının alındığı toplantı tarihinde davacının yurtdışında olduğu ve bu toplantıya davacının katılmasının ve imza atmasının mümkün olmadığına anlaşıldığı belirtilmiştir. Ayrıca kararda davalı tarafın savunmasında 17 yıldan fazla bir süredir davacının işlemlerden habersiz olmasının mümkün olmadığını bu kadar süre sonra dava açılmasının dava hakkının kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu ve davacı davranışlarının MK 2. maddesine aykırı olduğu savunmuş ise de sahteciliğin hukukî sonucunun kararların yoklukla malûl olması olduğu yoklukla malûl kararların hukuk hayatında hiç doğmamış, varlık kazanmamış karar niteliği almamış belgeler olduğu aradan uzun süre geçmesinin bu belgelere ortaklar kurulu kararı vasfı kazandırmayacağı diğer taraftan davacının herhangi bir işlemle davalı tarafça yapılan işlere ve alınan kararlara icazet anlamına gelecek bir işleminin veya davranışının bulunduğu kanıtlanmadığı, aradan uzun süre geçmesi dava hakkının kötüye kullanıldığını kanıtlayan bir husus olarak kabul edilmediği açıkça belirtilmiştir.

Bu gerekçelerin kapsamına göre davacının aynı sektörde çalışan başka bir şirketin ortağı ve müdürü olmasının hakkın kötüye kullanılması sayılıp sayılmayacağı tartışılmamış ise de diğer yönlerden getirilen gerekçeler bu durum için de yeterli gerekçe niteliğini taşıdığından direnmeye esas hükümde hakkın kötüye kullanılmasının

tartışıldığı açıktır.

Özel Daire bozma kararında dürüstlük kuralına aykırılık veya hakkın kötüye kullanılması yönünden değerlendirme yapılarak karar verilmesi gerektiği belirtilmiş ise de mahkemece bu konuda değerlendirme yapılarak bir karar verilmiş olduğundan direnme uygun bulunarak mahkemenin yaptığı değerlendirme de incelenerek bir karar verilmesi için dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerektiği ve ön sorun bulunduğu görüşünde olduğumuzdan ön sorun bulunmadığı yönünde oluşan değerli çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

B- Esasa İlişkin Karşı Oy Gereçesi

Direnmeye konu olan Özel Daire ile Mahkeme arasındaki uyuşmazlık; davacının davalı şirketle aynı alanda faaliyet gösteren bir şirketin ortağı ve müdürü olduğuna ilişkin iddia, sermaye artırımı kararının alındığı tarihlerde davacının yurt dışında bulunmadığı ve aradan geçen süre de nazara alınarak alınan kararların yok hükmünde olduğunun ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı veya hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Borçlar Kanunu 13. (TBK 14) maddeye göre, yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur. Bu hükmün sonucu olarak kişinin iradesini yansıtmayan, imzasını taşımayan bir belgeye dayalı olarak borç altına girebileceği düşünülemez. O nedenledir ki kişinin imzasını taşımayan belgelere dayalı işlemler yok hükmünde olup diğer bir ifadeyle yoklukla maluldür. Yokluk yaptırımına tabi işlemlerin aradan zaman geçmekle geçerli hâle gelebileceği de düşünülemez.

Kural bu olmakla birlikte kişiye atfen atılan bir imza var ancak bu imza atfedildiği kişiye ait değil

ise imzayı atan kimsenin temsil hükümlerine göre hareket edip etmediği sorunu gündeme gelir.

Bir kimse bizzat kendisi tarafından yapılan sözleşme ve işlemlerle borç altına girebileceği gibi, kanuna uygun biçimde kendisi namına başkası tarafından yapılan sözleşme ve işlemler ile de borç altına girebilir. Bu konuda 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) 32 ve devamı maddelerde düzenlenen temsil hükümleri, BK 449 ve devamı maddelerde düzenlenen ticarî temsilciye ilişkin hükümler ve 453. maddede düzenlenen ticarî vekillere ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bu hükümlere göre temsilci tarafından bu sıfatla yapılan işlemlerden doğan hak ve borçlar temsil olunana ait olup, temsilci nezdinde hak ve borç doğurmaz. Sözleşmelerin nispiyeti ilkesi de bunu gerektirmektedir.

Borçlar Kanunu 33. (TBK 41) maddeye göre; temsil yetkisinin içeriği ve derecesi, temsil Kanundan doğuyorsa Kanun hükümlerine göre, hukuksal bir işlemde doğuyorsa o hukuksal işleme göre belirlenir. Örneğin vekâleten işlem yapılmış iş vekâletname içeriği temsil yetkisinin sınırlarını belirleyecektir.

Temsilci akdi yaparken temsilci sıfatını bildirmediği takdirde alacak ve borçlar kendisine ait olur ise de akdi yapan kimse bir temsil ilişkisinin varlığını haln icabından (durumdan) çıkarıyor ise BK 32/2 (TBK 40/2) hükmü gereğince hukukî işlemin sonuçları temsil olunana aittir.

Yetkisiz temsilin düzenlendiği BK 38. (TBK 46) maddede, bir kimse yetkisi olmadığı hâlde temsilci olarak bir hukukî işlem yaparsa, namına işlem yapılan kimsenin bu akde onay vermedikçe alacaklı ve borçlu olmayacağı diğer bir ifade ile bu sözleşmeyle bağlı olmadığı hükme bağlanmıştır. Maddede düzenlenen onama (icazet verme) temsil

olunanın bu konudaki irade beyanını gerektirmekte ise de bu irade beyanı açık olabileceği gibi örtülü olarak da gerçekleşebilir. Örtülü onama (zımni icazet) yoluyla da yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemlerin kabul edilebileceği BK 39 (TBK 47) madde düzenlemesinden de açıkça anlaşılmaktadır. BK 38. maddede eğer icazetten sarahaten (açık) veya zımnen (örtülü) imtina olunur ise akdin geçerli olmamasından doğan zararın istenebileceğinin hükme bağlanmış olması zımni icazet hâlinde temsile konu işlemlerin varlık ve geçerlilik kazanabileceğini ortaya koymaktadır.

Yukarıda yapılan açıklama ve sözü edilen kurullarla birlikte somut olay değerlendirildiğinde; sermaye artırıma ilişkin işlemlere davacı katılmamış olsa da kendisine atfen atılan imzalarla işlemler gerçekleştirilmiş olup yapılan işlemlerin temsil hükümlerine göre yapıldığının kabulü gerekir. Davacının bu işlemlere icazet verdiğine dair açık onayı bulunmadığı için bu işlemler kural olarak davacı hakkında sonuç doğurmaz ise de örtülü olarak bu işlemlere icazet verilmiş olması hâlinde davacı bakımından temsil hükümlerine göre geçerli işlemler bulunduğu kabulü gerekir.

Yargısal uygulamalarda da örtülü icazetin varlığı kabul edilmektedir. Benzer bir olayla ilgili olarak Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 13.04.2000 T. 1999/9744 E. 2000/3002 K. sayılı ve 21.3.2002 T. 2001/10744 E. 2002/2529 K. sayılı kararlarında davacıların yapılan usulsüz işlemlere uzun süre sessiz kalarak oluşan sermaye artırımları ve pay durumuna icazet verdikleri, 6 yılı aşkın süre sonra böyle bir dava açılmasının hukuk güvenliği ilkesi yönünden hakkın kötüye kullanımı olduğu kabul edilmiştir.

Geçersizlik ve hakkın kötüye kullanılması kuralının çatışması hâlinde hangisine öncelik verileceği de uygulamada tartışılmıştır. Yargıtay

İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 30.09.1988 gün 1987/2 Esas, 1988/2 Karar sayılı içtihadı birleştirme kararında şekil koşulu bakımından geçersizlik tartışılmış ve o kararda da belirtildiği üzere geçersizliğin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılacağı hâllerde geçersizliğin ileri sürülemeyeceğinin kabulü gerekir. Bu gibi hâllerde hâkim amacı, hâkime özel ve istisnai hâllerde (adaletle uygun düşecek şekilde) hüküm verme imkânı sağlayan hakkın kötüye kullanılma yasağına dayalı olarak karar verebilecektir. Hukukun her alanında uygulama niteliğine sahip olan hakkın kötüye kullanılması yasağı, uzun süre suskun kalınan geçersiz işlemlere itiraz hakkı için de bir sınır teşkil etmelidir.

Somut olayda davacı 1995 yılından itibaren şirketin genel kurullarına katılmadığını ve bu tarihten itibaren usulsüzlükler yapıldığını belirterek dava açmış olup dava tarihi 31.12.2012'dir. Davada karşı çıkılan 11.11.1997, 09.09.1998 ve 25.09.2001 tarihli işlemler davacının ortaklık payının önemli ölçüde düşmesi sonucunu doğurmaktadır. Davacı ortaklık payının düşmesi sonucunu doğuran 11.11.1997 tarihli işlemin üzerinden 15 yılı aşkın süre sonra 25.09.2001 tarihli işleme karşı ise 10 yılı aşkın süre geçtikten sonra bu davayı açmıştır. 1995 yılından itibaren genel kurul toplantılarına katılmadığı belirtilmiş olmakla bu tarihin üzerinden de 17 yılı aşkın süre geçmiştir.

Şirketin %40 hissesine ortak olan bir kimsenin 17 yıl boyunca şirketin faaliyetlerine katılmadığı hâlde şirkette neler olduğunu merak etmemesi, şirketin nasıl faaliyetini sürdürdüğü, alınması gereken kararların nasıl alınabildiği, ortaklık pay durumuna göre kendisinin oyunun nisap için önem taşıdığı konuların nasıl aşıldığını araştırmaması hayatın olağan akışına aykırıdır. Yapılacak basit bir araştırma ile bu işlemlerin varlığı

da öğrenilebilecektir. Ticaret Sicilli Gazetesinde ilan edilen bu işlemlerin varlığından haberdar olunamaması da söz konusu değildir. Davacının yapılan usulsüz işlemlere 15 yıl gibi uzun süre ses çıkartılmamasının kendisi adına yapılan usulsüz işlemlere zımni olarak icazet verilmesi (örtülü onama) anlamına geldiğinin kabulü gerekir. Yapılan işlemlere uzun süre ses çıkarılmamak suretiyle icazet verildiği için temsil hükümlerine göre geçerli hâle gelen işlemlerin geçersizliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Bu durumda açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken yetkisiz temsile ilişkin hükümler gözetilmeden davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır.

Açıklanan nedenlerle direnme hükmünün bozulması (değişik bozma) gerektiği görüşünde olduğumuzdan hükmün onanması yönünde oluşan değerli çoğunluk görüşüne katılamıyoruz.

Anonim Şirket Tüzel Kişiliği

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 25.01.2022, E. 2019/11-118, K. 2022/47

1. Taraflar arasındaki “itirazın iptali” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, Bakırköy 4. Asliye Ticaret Mahkemesince verilen davanın reddine ilişkin karar, davacı vekilinin temyiz istemi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, Mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

2. Direnme kararı davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

3. Hukuk Genel Kurulunca dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

I. YARGILAMA SÜRECİ**Davacı İstemi:**

4. Davacı vekili; müvekkili Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun (TMSF) 28.06.2007 tarihli kararı doğrultusunda D. Soft Yazılım ve Dış Tic. A.Ş.'nin ticaret sicili kaydının 26.07.2007 tarihinde terkin edildiğini, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 134/9 maddesi gereğince tasfiye olunan şirketlere ilişkin hukuk davalarına TMSF tarafından halef olarak devam edileceğini ve takip haklarına kanunî halefi sıfatı ile haiz olduğunu, davalının D. Soft Yazılım ve Dış Tic. A.Ş.'nin ana sözleşmesi gereğince 31.12.2005 tarihinde ödenmesi taahhüt edilen 3/4 oranındaki sermaye taahhüt borcunu ödemediğini, bunun üzerine hakkında ilamsız icra takibi başlatıldığını, TMSF tarafından takibin devamının talep edildiğini, ancak

Küçükçekmece 4. İcra Müdürlüğünce alacaklı şirketin tüzel kişiliği bulunmadığı ve itiraz kaldırılmadığı sürece işlemlere devam edilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle talebinin reddine karar verildiğini, söz konusu kararın kaldırılması için yapılan şikâyetin de aynı gerekçeyle reddedildiğini, oysa şirketin 26.07.2007 tarihinde terkin edilmesine rağmen icra takibinin 23.07.2007 tarihinde başlatıldığını, dolayısıyla icra takibi başlatıldığında alacaklı şirketin tüzel kişiliğinin mevcut olduğunu ileri sürerek borçlu tarafından söz konusu takibe yapılan itirazın iptaline ve icra inkâr tazminatına karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabı:

5. Davalı vekili; takibe konu alacaklı şirketin takip tarihinden önce tüzel kişiliğinin sona erdiğini, dolayısıyla icra takibinde alacaklının aktif husumetinin bulunmadığını, ayrıca müvekkiline apel ödeme çağrısı yapılmadığını ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkeme Kararı:

6. Bakırköy 4. Asliye Ticaret Mahkemesinin 04.10.2012 tarihli ve 2011/311 E., 2012/602 K. sayılı kararı ile; D. Soft Yazılım ve Dış Tic. A.Ş.'nin sicilinden terkin işleminin 26.07.2007 tarihinde yapıldığı, icra takibinin ise 23.07.2007 tarihinde başlatıldığı, her ne kadar terkin işlemi takip tarihinden sonra ise de takip alacaklısı şirketin tüzel kişiliğinin TMSF'nin 28.06.2007 tarihli kararı ile sona erdiği, bu nedenle takip tarihi itibari ile tüzel kişiliği bulunmayan takip alacaklısı D. Soft Yazılım ve Dış Tic. A.Ş.'nin takip yapmasının mümkün olmadığı, ortada geçerli bir takibin bulunmadığı, ayrıca alacaklı D. Soft Yazılım ve Dış Tic. A.Ş.'nin kanunî halefi sıfatıyla TMSF vekilinin icra dairesine müracaat ile bundan böyle icra takip ve tahsil işlemlerine TMSF tarafından devam edilmesini talep ettiği, İcra Müdürlüğünce

takip tarihi itibarıyla şirketin tüzel kişiliğinin bulunmadığı belirtilerek talebin reddine karar verildiği, davacı tarafından söz konusu kararın kaldırılması amacı ile yaptığı şikâyetin Küçükçekmece 2. İcra Hukuk Mahkemesinin 10.02.2011 tarihli ve 2011/135 E., 2011/162 K. sayılı kararı ile takip tarihi itibarıyla şirketin tüzel kişiliği olmadığından takip yapma hakkının da bulunmadığı belirtilerek şikâyetin reddine karar verildiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

7. Mahkemenin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davacı vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

8. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 21.01.2015 tarihli ve 2014/15246 E.,2015/781 K. sayılı kararı ile; *“...Dava, alacağın tahsili amacıyla yapılan icra takibine itirazın iptali istemine ilişkindir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 134/9 maddesi gereğince D. Soft Yazılım ve Dış Ticaret A.Ş'nin tasfiyesine ilişkin olarak 28.06.2007 tarihli TMSF Fon Kurulu kararı alındığı, vaki icra takip tarihi itibarıyla icra takibine başlayan şirketin tüzel kişiliğinin son bulunduğu ve bu nedenle geçerli bir icra takibinin bulunmadığı kabul edilmiş ise de, gerek Fon Kurulu kararının içeriği gerekse Yasa'nın 134/9 maddesinde yer alan düzenleme dikkate alındığında, Fon Kurulu kararı alındıktan sonra şirket tasfiyeye girecek olup, tasfiye işlemleri henüz takip tarihi itibarıyla tamamlanmadığı gibi, şirketin ticaret sicilinden terkinin de icra takibi sonrasında 26.07.2007 tarihinde gerçekleşmiştir. Bu durumda takip tarihi olan 23.07.2007 itibarıyla şirketin henüz terkin edilmediği ve tüzel kişiliğinin bulunduğu, şirketin terkininden sonra da TMSF tarafından kanuni halef sıfatıyla bu davanın açıldığı gözetilerek oluşacak sonuç çerçevesinde karar vermek gerekirken, yazılı*

gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir...” gerekçesiyle karar bozulmuştur.

Direnme Kararı:

9. Bakırköy 2. Asliye Ticaret Mahkemesinin 29.11.2016 tarihli ve 2016/338 E., 2019/961 K. sayılı kararı ile; önceki gerekçeye ek olarak, Küçükçekmece 2. İcra Hukuk Mahkemesinin 10.02.2011 tarihli ve 2011/135 E., 2011/162 K. sayılı kararının Yargıtay denetiminden geçerek kesinleştiği, dolayısıyla söz konusu şirketin 28.06.2007 tarihi itibarıyla tüzel kişiliğinin son bulunduğu hususunun mahkeme kararı ile kesinleşmiş olduğu gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

10. Direnme kararı süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

11. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; TMSF'nin 28.06.2007 tarihli kararıyla D. Soft Yazılım ve Dış Tic. A.Ş'nin sicilden terkin edilmesine karar verilmesi ve terkin işleminin 26.07.2007 tarihinde yapılması karşısında anılan şirketin icra takip tarihi olan 23.07.2007 tarihi itibarıyla tüzel kişiliğinin bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

12. Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle anonim şirketlerde, “şirketin sona ermesi” ve “şirket tüzel kişiliğinin sona ermesi” kavramları hakkında açıklama yapılmasında yarar bulunmaktadır.

13. Somut olaya uygulanması gereken 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (6762 sayılı TTK) 137. maddesi gereğince ticaret şirketleri tüzel kişiliği haizdir [6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (6102 sayılı TTK) m. 125/1). Tüzel kişilik ile ticaret şirketi, kendisini meydana getiren kişilerden ayrı bir hukukî varlık kazanarak; hukukî bir kişiliğe, ehliyeteye ve kendi bağımsız malvarlığına sahip olur. Buna karşılık adi şirketin tüzel kişiliği bulunmamakta olup ortaklar tarafından getirilen sermaye ve sonradan edinilen varlıklar üzerinde mülkiyetin ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliği hâlinde bütün ortaklara ait olması söz konusudur. Dolayısıyla tüzel kişiliğin bulunması, ticaret şirketlerinin ayırt edici temel bir niteliğidir. Tüzel kişiliğin ticaret şirketlerinin temel niteliklerinden biri olması, ticaret şirketlerinin tüzel kişilik kazandıkları anda hukukî varlıklarına kavuşması şeklinde kendini gösterir.

14. 6762 sayılı TTK'nın 301/1 (6102 sayılı TTK'nın 355/1) maddesi gereğince anonim şirket ticaret siciline tescille tüzel kişilik kazanır. Bu bağlamda tescil kurucu nitelikte olup sicil kaydının varlığı, tüzel kişilik ve ticaret şirketi statüsü için zorunludur. Ticaret siciline kayıt tüzel kişilik kazanılması için kurucu nitelikte olmakla beraber bu kaydın yapılmaması sadece üçüncü kişilere karşı tüzel kişiliğin, dolayısıyla ticaret şirketi statüsünün kazanılıp kazanılmadığı konusunda önem taşır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 520/2 (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 620/2) maddesi gereğince bir şirket, ticaret kanununda tarif edilen şirketlerin mümeyyiz vasıflarını haiz değil ise bu şirket, adi şirket sayılır. Bu nedenle bir anonim şirketin ticaret siciline tescil edilemediği hâllerde, henüz bir tüzel kişilik bulunmadığı için ortakların, ayrı ve bağımsız nitelik kazanmamış malvarlığıyla tali bir şirket olarak adi şirket niteliğinde faaliyet göstermesi olanaklıdır.

15. Ticaret siciline kayıtlarla birlikte tüzel kişilik kazanıldıktan sonra şirket malvarlığının sahibi şirket tüzel kişiliği olur; ancak ticaret sicilinden kaydının silinmesi, malvarlığının kendiliğinden ortaklara geçmesi sonucunu doğurmaz. Başka bir deyişle tüzel kişiliğin sona ermesiyle malvarlığının doğrudan ortaklara aktarılmasını sağlayan bir mirasçılık düzeni bulunmamaktadır. Ortaklar, ancak tasfiye sonucunda kalan şirket malvarlığının dağıtımını veya devri ile malvarlığı üzerinde mülkiyet hakkını kazanabilir. Dolayısıyla ticaret sicilinden şirketin kaydının silinmesi ile ortaklar, adi şirket olarak anonim şirketinin devamı şeklinde hukukî ilişkiler sürdüremez, bir davada davacı ve davalı olamaz ve doğrudan faaliyette bulunamazlar. Bu nedenle tüzel kişilik ve şirket ortadan kaldırılmadan önce şirket malvarlığının dağıtıldığı ve hukukî ilişkilerinin sonlandırıldığı tasfiye işlemlerinin yapılması gerekir.

16. 6762 sayılı TTK'nın 434 vd. (6102 sayılı TTK'nın 529 vd.) maddelerinde anonim şirketin infisah veya fesih hâlinde sona ereceği düzenlenmiştir. İnfisah, kanunda veya esas sözleşmede öngörülen sebeplerden birinin gerçekleşmesi ile ayrıca bir karar alınmasına veya ihbarda bulunulmasına gerek olmaksızın şirketin kendiliğinden sona ermesini ifade ederken; fesih ise kanun veya esas sözleşmede yer alan sebeplerden birine dayanarak bu yetkiye sahip olanlar tarafından şirketin karar şeklinde somutlaşan irade ile sona erdirilmesidir. 6762 sayılı TTK'nın 439. (6102 sayılı TTK'nın 533.) maddesi gereğince sona eren şirket, tasfiye hâline gelir; tasfiye hâlindeki şirket pay sahipleriyle olan ilişkileri de dâhil, tasfiye sonuna kadar tüzel kişiliğini korur ve ticaret unvanını "tasfiye hâlinde" ibaresi eklenmiş olarak kullanır. Tasfiye ise anonim şirketin malvarlığının nakde dönüştürülmesi, alacakların tahsil edilip borçların ödenmesi ve varsa kalanın kural olarak ortaklara

dağıtılmasını ifade eder. Bu işlemlerin kesin olarak sonuçlandırılmasıyla tasfiye tamamlanır. Tasfiye işlerinin tamamlanması için zorunlu olduğundan, sona eren şirketin tüzel kişiliği ve hak ehliyeti tasfiye sürecinde de devam eder. Ancak tasfiye işlerinin tamamlanması, ticaret siciline kayıtlı tüzel kişilik kazanan anonim şirketin ortadan kalkması için gerekli olsa da yeterli değildir. Başka bir deyişle anonim şirketin tüzel kişiliğinin sona ermesi için 6762 sayılı TTK'nın 449. (6102 sayılı TTK'nın 545/1) maddesi gereğince tasfiyenin tamamlanmasından sonra tasfiye memurları, şeklen var olan durumun ortadan kalkması amacıyla ticaret unvanının ticaret sicilinden silinmesini talep etmesi ve bu istemin kabul edilerek silinmenin tescil edilmesi gerekmektedir. Tasfiye tamamlanmasına rağmen tasfiye memurları bu yükümlülüklerini yerine getirmemezse, müdürler, ortaklar ya da üçüncü kişiler ticaret sicil müdürüne başvurarak 6762 sayılı TTK'nın 35/1 (6102 sayılı TTK'nın 33/1) maddesi gereğince tescile davet yetkisini kullanmasını ve bu yolla şirketin ticaret sicilinden silinmesini isteyebilir. Ticaret unvanının ticaret sicilinden silinmesiyle birlikte anonim şirketin tüzel kişiliği ortadan kalkar, şirket hukukî varlığını ve hak ehliyetini kaybeder (*Tekinalp, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, 2015, s. 192*).

17. Görüldüğü üzere bir anonim şirketin sona ermesiyle hukukî varlığının tamamen ortadan kalkmasını ifade eden tüzel kişiliğinin sona ermesi birbirinden tamamen farklı durumlardır. Sona ererek tasfiye hâline gelen ve tasfiye işlemleri eksiksiz bir şekilde tamamlanan şirketin tüzel kişiliğinin sona erebilmesi için ayrıca ticaret sicilinden de silinmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle anonim şirketin tüzel kişiliğinin sona erdiğinden bahsedebilmemiz için hem tasfiye işlemlerinin eksiksiz olarak tamamlanması hem de

hukuk güvenliğinin sağlanması açısından ticaret sicilinden silinmesi ve bu iki durumun birlikte gerçekleşmesi gerekir. Dolayısıyla mal varlığı olmayan veya tasfiyesi eksiksiz tamamlanan bir anonim şirket ticaret sicilinden terkin edilmemişse tüzel kişi olarak varlığını devam ettirir (*Yılmaz, Asuman: Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim ve Limited Şirketlerde Ek Tasfiye, BATİDER, 2016, C. XXXII, S. 2, s. 154*).

18. Bu itibarla anonim şirkete ait alacağın veya borcun varlığı ya da malvarlığı ile ilgili olmasa da taraf sıfatını gerektiren devam eden hukukî ilişkilerinin söz konusu olduğu hâllerde ticaret sicilinden silinme şirketin gerçekten ve kesin olarak ortadan kalkmış olması sonucunu doğurmaz; bu hukukî ilişkilerin sonlandırılabilmesi için şirketin tüzel kişiliğinin devamının sağlanması gerekir. 6762 sayılı TTK döneminde ticaret sicilinden terkin edilen bir şirketin, daha sonra tasfiyesinin eksik yapıldığının anlaşılması ya da taraf sıfatını gerektiren devam eden hukukî ilişkilerinin söz konusu olması hâlinde, bu şirketin ek tasfiyesinin mümkün olduğu ve ek tasfiyeye karar verilerek geçici olarak tescil edilebileceği öğretisi ve uygulamada kabul edilmekteydi. 6102 sayılı TTK'nın 547. maddesiyle "ek tasfiye" özellikle düzenlenmiş; anonim şirketin tasfiye işlemleri tamamlanıp ticaret sicilinden terkin edilmesinden sonra tasfiyenin eksiksiz bir şekilde gerçekleştirilmediğinin ve dolayısıyla ek tasfiye işlemlerinin yapılmasının zorunlu olduğunun anlaşılması hâlinde son tasfiye memurları, yönetim kurulu üyeleri, pay sahipleri veya alacaklıların şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden, bu ek işlemler sonuçlandırılıncaya kadar, şirketin yeniden tescilini isteyebilecekleri; mahkeme istemin yerinde olduğuna kanaat getirirse, şirketin ek tasfiye için

yeniden tesciline karar vereceği ve bu işlemlerini yapmaları için son tasfiye memurlarını veya yeni bir veya birkaç kişiyi tasfiye memuru olarak atayarak tescil ve ilan ettireceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere TTK'nın 547. maddesi ile ek tasfiye işlemleri tamamlanıncaya kadar, ticaret sicilinden silinmiş olan şirketin mahkeme kararı ile sicile yeniden tescil ettirilmesi açıkça öngörülmüştür. Dolayısıyla TTK'nın 547. maddesi, bir anonim şirketin tüzel kişiliğinin sona ermesi için hem tasfiye işlemlerinin eksiksiz olarak tamamlanmasının hem de ticaret sicilinden silinmesinin birlikte gerçekleşmesi gerektiğini göstermektedir.

19. Bununla birlikte 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 134/9 maddesi gereğince TMSF tarafından tasfiyesine karar verilen ve ticaret sicilinden terkin edilen şirketlerin TTK'nın 547. maddesi kapsamında ihyası istenemez. Gerçekten de 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 134/9 maddesi gereğince sermayesinin %50'sinden fazlası TMSF tarafından temsil edilen şirketler, yönetim kurulları tarafından alacaklılarına ve borçlularına TMSF'nin belirlediği esaslar çerçevesinde yapılacak ilânı müteakiben düzenlenen bilançoları esas alınarak TMSF kararı ile İcra ve İflas Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi olmaksızın tasfiye olunur; tasfiyeye ilişkin TMSF kararı şirketin infisah ettirilmesi anlamına gelir. İnfisah eden bu şirketler TMSF'nin yazılı bildirimine üzerine ilgili sicilden başkaca bir işleme gerek kalmaksızın terkin olunur. TMSF'nin kararı ile tasfiye olunan ve sicilden terkin edilen şirketlerin hâkim ortakları ve yöneticileri ile üçüncü şahıslar aleyhine açılan şahsi sorumluluk, iflas ve alacak davaları kanunî halef; ceza davaları ise kanunî müdahil sıfatıyla TMSF tarafından devam ettirilir. Bu davalar sonucunda herhangi bir tahsilat yapılması hâlinde başkaca bir işleme gerek kalmaksızın tahsil edilen meblağ düzenlenmiş sıra cetveline uygun olarak dağıtılır.

20. Görüldüğü üzere TMSF tarafından tasfiyesine karar verilen şirketlerin de TMSF'nin tasfiye kararı doğrultusunda tasfiyenin tamamlanması ve ticaret sicilinden silinmesi üzerine tüzel kişiliği sona ermektedir. Sadece Kanun tarafından TMSF'nin bu şirketlerin kanunî halefi olarak ön görülmesi nedeniyle tasfiyenin eksik yapılması durumunda bu şirketlerin ihyası istenemeyecek, talepler kanunî halef sıfatıyla TMSF tarafından gerçekleştirilecektir. Öte yandan anılan şirketlerin tüzel kişiliğinin ticaret sicilinden silinmekle sona erdiği hususu Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Kontrolündeki Şirketlerin Tasfiyesine Dair Yönetmelik'in 8/2 maddesinde özellikle belirtilmiştir. Anılan madde gereğince şirket veya iştirakin sicilden terkinini, ilgili kamu kurumlarına ve vergi dairelerine, şirket aleyhine açılan davaların görüldüğü mahkemelere, şirket aleyhine yapılan takiplerin yürütüldüğü icra müdürlüklerine ve halka açık şirket ve iştiraklerde ise Sermaye Piyasası Kuruluna ve İstanbul Menkul Kıymetler Borsasına ayrıca bildirilir. Dolayısıyla ilgili yerlere şirketin infisah olduğu değil, ticaret sicilinden terkin olduğu bildirilmektedir.

21. Yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; dava konusu icra takibinde alacaklı olan D. Soft Yazılım ve Dış Tic. A.Ş.'nin 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 134/9 maddesi gereğince sermayesinin %50'sinden fazlasının TMSF tarafından temsil edilen şirketlerden olduğu, anılan şirketin yönetim kurulu tarafından düzenlenen bilançolar dikkate alınarak TMSF'nin 28.06.2007 tarihli ve 2007/278 sayılı kararı ile şirketin tasfiyesine ve neticede sicilden terkinine karar verildiği, tasfiye işlemleri için üç kişiden oluşan tasfiye komisyonu görevlendirildiği anlaşılmaktadır. TMSF'nin anılan kararı gereğince D. Soft Yazılım ve Dış Tic. A.Ş.'nin Kanun gereğince infisah olduğu ve tüzel kişiliğinin hâlen devam ettiği

aşikardır.

22. TMSF'nin kararı gereğince görevlendirilen Tasfiye Komisyonu tarafından Çorlu Ticaret Sicil Memurluğuna yazılan 09.07.2007 tarihli ve 2007-178/2 sayılı yazıda; şirketin borca batık olduğu, tüzel kişiliğinin devam etmesinin yarar sağlamayacağı belirtilerek ticaret sicilinden terkin edilmesi talep edilmiştir. Bunun üzerine D. Soft Yazılım ve Dış Tic. A.Ş., Çorlu Ticaret Sicil Memurluğu tarafından 26.07.2007 tarihinde ticaret sicilinden terkin edilmiştir. Dolayısıyla yukarıda da bahsedildiği üzere D. Soft Yazılım ve Dış Tic. A.Ş.'nin tüzel kişiliği 26.07.2007 tarihinde sona ermiştir.

23. Dava konusu icra takibinin ise 23.07.2007 tarihli olduğu gözetildiğinde bu tarihte D. Soft Yazılım ve Dış Tic. A.Ş.'nin tüzel kişiliği bulunmaktadır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 134/9 maddesi dikkate alındığında, TMSF kararı alındıktan sonra şirket infisah ederek tasfiyeye girecek olup tasfiye işlemleri henüz takip tarihi itibarıyla tamamlanmadığı gibi, şirketin ticaret sicilinden terkinini de icra takibi sonrasında 26.07.2007 tarihinde gerçekleştirmiştir. Bu durumda takip tarihi olan 23.07.2007 itibarıyla şirketin henüz ticaret sicilinden terkin edilmediği ve tüzel kişiliğinin bulunduğu, şirketin terkininden sonra da TMSF tarafından kanunî halef sıfatıyla bu davanın açıldığı gözetilerek oluşacak sonuç çerçevesinde karar verilmesi gerekmektedir.

24. Hemen belirtmelidir ki; mahkemece direnme kararında Küçükçekmece 2. İcra Hukuk Mahkemesinin 10.02.2011 tarihli ve 2011/135 E., 2011/162 K. sayılı kararının Yargıtay denetiminden geçerek kesinleştiği, dolayısıyla söz konusu şirketin 28.06.2007 tarihi itibarıyla tüzel kişiliğinin son bulunduğu hususunun mahkeme kararı ile kesinleşmiş olduğu belirtilmiştir. Oysa icra mahkemeleri dar

yetkili yargı yerleri olup, genel olarak icra ve iflas takibi sırasında doğan uyuşmazlıkları biçimsel olarak incelemeye ve karar vermeye yetkilidir. Dolayısıyla genel mahkemeler gibi geniş yetkili bir mahkeme olmadığı için bu sınırlandırılmış yetkisinden ötürü icra mahkemelerinin kararları sınırlandırılmış yetki nedeniyle kural olarak maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Mahkemenin takip hukukuna ilişkin kararları sadece yürütülen takip konusu bakımından tarafları bağlar ve sadece takip hukuku anlamında kesin hüküm teşkil eder. Bu itibarla D. Soft Yazılım ve Dış Tic. A.Ş.'nin tüzel kişiliğinin 28.06.2007 tarihi itibarıyla son bulunduğu hususunda icra mahkemesi tarafından verilen kararın, eldeki uyuşmazlık yönünden kesin hüküm niteliğinde olduğundan bahsedilmesi mümkün değildir.

25. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 134/9 maddesi gereğince TMSF tarafından tasfiyesine karar verilen şirketler infisah ederek tasfiye sonuna kadar tüzel kişiliklerinin devam edeceği, TMSF tarafından görevlendirilen dava konusu icra takibinde alacaklı olan D. Soft Yazılım ve Dış Tic. A.Ş.'nin tasfiye komisyonunun Çorlu Ticaret Sicil Memurluğu'na yazdığı 09.07.2007 tarihli ve 2007-178/2 sayılı yazı ile anılan şirketin tasfiyesinin sona erdiğini bildirdiği, dolayısıyla şirketin tüzel kişiliğinin 09.07.2007 tarihinde sona erdiğini kabul edilmesi gerektiği, bu itibarla icra takibi tarihinde şirketin tüzel kişiliğinin bulunmadığı, sonucu itibarıyla doğru olan direnme kararının bu değişik gerekçeyle onanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de; bu görüş yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

26. Hâl böyle olunca Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma

kararına uymak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

IV. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3. maddesi atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,**

Aynı Kanun'un 440-III/1 maddesi gereğince miktar itibarıyla karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 25.01.2022 tarihinde oy çokluğu ile kesin olarak karar verildi.

KARŞI OY

Tüzel kişinin ticaret sicilinden terkin edildiği tarih gözetildiğinde somut uyuşmazlık 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) hükümleri de gözetilerek çözümlenmelidir.

Anonim şirketin genel infisah sebepleri TTK 434. maddede sayılmış olup genel kurulca feshe karar verilmiş olması 9. bentte infisah nedenleri arasında sayılmıştır. Anonim şirketin infisah etmesiyle tüzel kişiliğin son bulup bulmadığı konusunda TTK 439. madde hükmüne bakmak gerekir.

Şirketin diğer bir şirketle birleşmesi, bir limited şirket şekline çevrilmesi veya bir âmme hükmi şahsı tarafından devralınması hâlleri hariç olmak üzere, infisah eden şirket tasfiye hâline girer (TTK 439/1).

Tasfiye hâline giren şirket, pay sahipleriyle olan münasebetlerinde dahi, tasfiye sonuna kadar ve ehliyeti, 232'nci madde hükmü mahfuz olmak kaydıyla tasfiye gayesiyle mahdut olarak hükmi şahsiyetini muhafaza ve ticaret ünvanını (tasfiye hâlinde) ibaresini ilâve suretiyle kullanmakta devam eder (TTK 439/2).

Bu hükümler ile infisah ile tüzel kişiliğin son bulmadığı tasfiye gayesiyle sınırlı olarak tüzel kişiliğin devam edeceği ve bu devam etmenin tasfiye sonuna kadar olacağı anlaşılmaktadır.

Tüzel kişilik tasfiye ile sona ereceğine göre tasfiyenin hangi tarihte sona erdiğinin de belirlenmesi gerekir. Bu ise tasfiyenin ticaret sicilinden yapılan terkin ile mi sona ereceği ya da terkin istenmeden dahi sona ermiş olup olmadığının saptanmasını gerektirmektedir.

Bu konuda belirleyici bir düzenleme olarak; "Tasfiyenin sona ermesi üzerine şirkete ait ticaret ünvanının sicilden terkinini tasfiye memurları tarafından sicil memurluğundan talep olunur. İşbu talep üzerine terkin keyfiyeti tescil ve ilân olunur." (TTK 449/1) hükmü bulunmaktadır. Bu hükümde tasfiyenin sona erdiği ticaret siciline bildirileceğine göre terkinden önce tasfiyenin sona ereceği ve bu sona ermenin tescil edileceği açıkça anlaşılmaktadır.

Şirketin tasfiye edildiği ve sona erdiğinin ticaret siciline tescil edilmesi böylece şirketin tescil edilmesinin kurucu değil açıklayıcı bir işlem olduğu yukarıdaki düzenlemelerin sonucu olarak açıkça anlaşılmaktadır. Gerek sözü edilen düzenlemeler gerekse TTK 26 vd. maddelere göre bu tescilin açıklayıcı işlem olduğu sonucuna varılabilmekte ise de bu terkinin zorunlu olmasına göre bu işlemin kurucu işlem sayılması gerekip gerekmediği üzerinde de durulmalıdır. TTK hükümleri ile bazı hususların ticaret siciline bildirilmesi zorunlu olsa

da bu şekilde getirilen zorunluluk hükümleri üçüncü kişilerin haklarının korunabilmesi, sicile itimat prensibinden yararlanılması ve üçüncü kişilere karşı şirket ortaklarının kişisel olarak da sorumlu sayılabilmesi yönünden önemli olup tescil açık bir geçerlilik şekli olarak öngörülmedikçe bunun geçerlilik koşulu olduğu sonucuna varılmamalıdır. Bu yönüyle de farklı bir sonuca varılabilmesi mümkün değildir.

İcra takibinde bulunan şirket 5411 sayılı Bankacılık Kanunu 134. madde kapsamındaki şirketler olduğundan bu konuda sözü edilen kanunda özel hüküm var ise öncelikle uygulanmalı özel düzenleme bulunmayan hâllerde TTK'daki hükümler esas alınmalıdır.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu 134/10. maddede bu konuda bir düzenleme yer almakta olup hüküm şöyledir:

Bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 15'inci maddesinin (7) numaralı fıkrası ile bu madde kapsamında olan şirketler ile sermayesinin %50'sinden fazlasını temsil eden hisseler Fonun, Fon Bankasının veya Fon iştiraklerinin sahip olduğu şirketler, yönetim kurulları tarafından alacaklılarına ve borçlularına Fonun belirlediği esaslar çerçevesinde yapılacak ilanı müteakiben düzenlenen bilançoları esas alınarak Fon Kurulu kararı ile İcra ve İflas Kanunu, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi olmaksızın tasfiye olunur. Tasfiyeye ilişkin Fon Kurulu kararı şirketin infisah ettirilmesi anlamında olup, bu şirketler Fonun yazılı bildirim üzerine ilgili sicilden başkaca bir işleme gerek kalmaksızın terkin olunur. Tasfiye kararı aleyhine ilgililer tarafından açılacak davalar Fonun merkezinin bulunduğu yer idare mahkemelerinde görülür. Fon Kurulu tarafından tasfiyesine karar verilen şirketlerin iflas ve ihyası istenemez. Yapılan ilan neticesinde kayıt altına

alınan alacaklar Fon tarafından Bu Kanun, 6183 sayılı Kanun ve İcra ve İflas Kanunu'nun 206'ncı maddesine uygun olarak düzenlenecek sıra cetveli ile tasfiye kararı verilen şirketin alacaklılarına dağıtılır. Bu madde hükümlerine uygun olarak tasfiye olunan şirketlerin hakim ortakları ve yöneticileri ile üçüncü şahıslar aleyhine açılan şahsi sorumluluk, iflas ve alacak davaları kanunî halef; ceza davaları kanunî müdahil sıfatıyla Fon tarafından devam ettirilir. Bu davalar sonucunda herhangi bir tahsilat yapılması hâlinde başkaca bir işleme gerek kalmaksızın tahsil edilen meblağ düzenlenmiş sıra cetveline uygun olarak dağıtılır. Dağıtım sonrasında alacağını tamamen alamamış olan alacaklılara talepleri hâlinde şirketin tasfiye edildiğine ve dağıtılacak tasfiye bakiyesi bulunmadığına dair bir belge verilir. Bu belge İcra ve İflas Kanunu'nun 105'inci maddesi hüküm ve sonuçlarını doğurur. Alacaklılara sıra cetveline uygun olarak yapılacak dağıtım sonrası tasfiye bakiyesi kalması hâlinde bu bakiye şirket hissedarlarına hisseleri oranında ödenir. Tasfiyenin usul ve esasları Fon Kurulu tarafından çıkarılacak Yönetmelikle belirlenir.

Maddede, Fon Kurulu kararı ile İcra ve İflas Kanunu, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi olmaksızın tasfiye olunacağı, tasfiyeye ilişkin Fon Kurulu kararı şirketin infisah ettirilmesi anlamında olup, bu şirketlerin Fonun yazılı bildirim üzerine ilgili sicilden başkaca bir işleme gerek kalmaksızın terkin olunacağı düzenlenmiş olup bu hükümler arasında tüzelkişiliğin ne zaman sona ermiş sayılacağına dair bir düzenleme yer almadığından yukarıda anılan TTK hükümlerine göre sonuca gidilmesi gerekir.

Yukarıda yapılan açıklama ve sözü edilen kurullarla birlikte somut olay değerlendirildiğinde 28.06.2006 tarihli Fon kararı ile tüzel kişilik sona

ermiş olmayıp tasfiye sonuna kadar tüzel kişilik devam edecektir. Tasfiyenin sona erdiği konusunda dosyada delil olarak tasfiye memurlarının ticaret siciline yazdığı 09.07.2007 tarihli yazı bulunmaktadır. Bu yazı tasfiye sona erince yazılacak bir yazı olduğuna göre en geç bu tarihte tasfiyenin tamamlandığı ve tüzel kişiliğin de sona erdiğinin kabulü gerekir. Somut olayda ise icra takibi bu tarihten sonra ancak terkinden önce yapılmış olduğundan tasfiye edilen şirketin takip tarihinde tüzel kişiliğinin bulunmadığı sonucuna varılmalıdır.

Mahkemece verilen karar sonucu itibarıyla bu esaslara uygun ise de gerekçesi itibarıyla buna uygun değildir. Bu durumda mahkeme kararının gerekçesi yukarıda açıklanan şekilde düzeltilmek suretiyle hükmün onanması gerektiği görüşünde olduğumdan tüzel kişiliğin terkin tarihinde sona erdiği kabul edilerek özel daire kararı gibi bozma yönünde oluşan değerli çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Eserle İlişkin Mali Hakların Devri Sözleşmesi

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 22.02.2022, E. 2019/11-24, K. 2022/188

1. Taraflar arasındaki “maddi ve manevi tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, İstanbul 3. Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesince verilen maddi tazminat talebinin kabulüne, manevi tazminat talebinin reddine ilişkin karar, taraf vekillerinin temyiz istemi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, Mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

2. Direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

3. Hukuk Genel Kurulunca dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

I. YARGILAMA SÜRECİ**Davacı İstemi:**

4. Davacı vekili; müvekkilinin B. Kitabevi'nin sahibi olduğunu, müvekkilinin davalı ile görüşerek kendisinden İngilizce, Fransızca, Almanca ve İspanyolca Konuşma Kılavuzu, Dilbilgisi-Sözlük kitaplarının hazırlanmasını talep ettiğini, taraflar arasında 2002 yılında yapılan sözleşmeler ile kitaplar üzerindeki tüm malî hakların müvekkiline devredildiğini, müvekkilinin sözleşme gereğince üzerine düşen tüm yükümlülükleri yerine getirmesine rağmen davalının müvekkiline devrettiği kitaplarla aynı veya benzer ad ve içerikte kitap basımı için dava dışı A. Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti. ile hukuka aykırı şekilde sözleşme yaptığını, davalının bu tutumunun

müvekkilinin malî ve manevi haklarına zarar verdiğini ileri sürerek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 5TL maddi ve 10.000TL manevi tazminatın, temerrüt tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiş ve yargılama aşamasında maddi tazminat talebini 18.742,50TL olarak ıslah etmiştir.

Davalı Cevabı:

5. Davalı vekili; davacının basımını yaptığı kitaplar ile A. Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti. tarafından basımı yapılan kitapların konu başlıkları dışında birbirlerinden tamamen farklı olduğunu, davacı tarafından basımı yapılan kitapların sonraki baskılarında eserler üzerinde kendisinden izin alınmadan tahrifatlar yapıldığını, bu durumun itibarını zedelediğini, dolayısıyla sözleşmenin davacı tarafından ihlal edildiğini ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkeme Kararı:

6. İstanbul 3. Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesinin 14.07.2010 tarihli ve 2008/186 E., 2010/152 K. sayılı kararı ile; taraflar arasında 2002 yılında yapılan sözleşmeler gereğince birçok dilde konuşma kılavuzu, dil bilgisi-sözlük niteliğinde hazırlanan kitapların çoğaltma, yayma gibi malî haklarının davacıya devredildiği, davalı tarafından sözleşmelerin 5. maddesinde haklarını devrettiği kitapla ilgili aynı veya benzer ad veya içerikte kitap basamayacağı, yayınlamayacağı ya da bu amaçla başka bir yayıneviyle sözleşme yapamayacağı hususunun kabul edildiği, buna rağmen henüz sözleşme geçerliliğini korumakta iken davalı tarafından 10.09.2004 tarihinde dava dışı A. Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti. ile davacıyla yaptığı sözleşmedeki kitaplarla gerek içerik, gerekse ad itibarıyla benzer ve aynı sayılabilecek nitelikte kitap

yazma konusunda sözleşme yapıldığı ve neticede A. Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti. tarafından benzer kitaplar basılarak satışa sunulduğu, dolayısıyla davacının malî haklarının zarara uğradığı, öte yandan FSEK'in 14 vd. maddeleri gereğince eserden kaynaklanan manevi haklar, eser sahibine ait olduğundan sözleşmeye dayalı olarak malî hakları devralan davacının eser sahibi olan davalıdan manevi tazminat talebi yasal olmadığı gibi genel hukuk kurallarına da aykırı olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile davacının manevi tazminat talebinin reddine, 18.742,50TL maddi tazminattan 5TL'sinin dava tarihinden itibaren, bakiyesinin ıslah tarihinden itibaren işletilecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

7. Mahkemenin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalı vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

8. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 27.06.2013 tarihli ve 2011/10724 E.,2013/13646 K. sayılı kararı ile; "...1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bent dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2- Dava, taraflar arasında akdedilen sözleşme uyarınca davalı tarafından hazırlanan Hızlı&Pratik&Kolay İngilizce, Fransızca, Almanca ve İspanyolca Konuşma Kılavuzu, Dilbilgisi-Sözlük kitapları üzerindeki davalının tüm mali haklarını davacıya devrettiği, sözleşme gereği davalının devrettiği kitaplarla aynı veya benzer ad ve içerikte kitap basımı için bir başka yayınevi ile anlaşma ve sözleşme yapamayacağı yasağına rağmen, dava dışı A. Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti. ile hukuka aykırı

şekilde anlaşma yaptığı, davalının bu tutumunun davacının mali ve manevi haklarına zarar verdiği iddiasına dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Davalı savunmasında davacıya sözleşme gereği verdiği eserler ile dava dışı A. Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti.'ne verdiği eserlerin farklı olduğunu savunmuş, mahkemece hükme esas alınan bilirkişi kurulu raporu esas alınarak davacının yayımladığı kitaplar ile dava dışı A. Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti.'nin yayımladığı kitapların birbiri ile tamamen aynı olmadığı, ancak büyük ölçüde benzerlikler taşıdığı, aslında bu kitaplarda benzerliklerin kaçınılmaz olduğu, iki kitap arasındaki temel farkın telaffuzların yani, yabancı dildeki kelimelerin okunuş şekillerinin gösterilmesindeki biçimde olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiş ise de, alınan bilirkişi raporu yeterli değildir. Zira, bilirkişi heyetinde fonetik konusunda uzman bilirkişi bulunmamaktadır. O halde mahkemece fonetik konusunda uzman bir öğretim üyesinin de bulunduğu bilirkişi heyetinden taraflar arasındaki sözleşmeye konu olan kitaplar ile dava dışı A. Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti. tarafından basılan kitapların aynı ya da farklı eserler niteliğinde olup olmadığı hususunda görüş alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

3- Bozma sebep ve şekline göre davacı vekilinin temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına karar vermek gerekmiştir..." gerekçesiyle bozulmuştur.

Direnme Kararı:

9. İstanbul 3. Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinin 13.05.2014 tarihli ve 2014/60 E., 2014/107 K. sayılı kararı ile; önceki gerekçeye ek olarak, taraflar arasında düzenlenen sözleşmenin 5. maddesinde davalının sözleşmeye konu kitaplarla

aynı veya benzer ad veya içerikte kitap basamayacağını, yayınlamayacağını veya bu amaçla başka bir yayıneviyle sözleşme yapamayacağını kabul etmesi karşısında fonetik konusunda uzman bir bilirkişinin değerlendirme yapmasına ihtiyaç olmadığı, öte yandan bilirkişi heyetinin alanında uzman kişilerden oluştuğu gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

10. Direnme kararı süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

11. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; taraflar arasında düzenlenen sözleşmenin 5. maddesinde davalının davacı ile yaptığı sözleşmeye konu kitaplarla aynı veya benzer ad veya içerikte kitap basmayacağını, yayımlamayacağını veya bu amaçla başka bir yayıneviyle sözleşme yapmayacağını kabul etmesi ve bilirkişi raporunda davacı tarafından basımı yapılan kitap ile dava dışı A. Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti. tarafından basımı yapılan kitap arasında büyük ölçüde benzerlik bulunduğu, temel farkın yabancı dildeki kelimelerin okunuş şekillerinin gösterilmesinde olduğunun belirlenmesi karşısında fonetik konusunda uzman bir öğretim üyesinin de bulunduğu bilirkişi heyetinden rapor alınmasının gerekli olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

12. Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle eserden kaynaklanan malî hakların devrine ilişkin açıklama yapılmasında yarar bulunmaktadır.

13. Fikir ve sanat eserleri hukukunun en önemli kavramı eserdir. Bir fikri ürünün eser olarak korunabilmesi için, onun FSEK kapsamında eser vasfına sahip olması gerekir. Hangi fikri ürünün eser olarak kabul edileceği ise FSEK'e göre belirlenecektir. FSEK'in 1. maddesinde eser; *“sahibinin hususiyetini taşıyan ve aşağıdaki hükümler uyarınca ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulüdür”* şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre, bir fikri ürünün FSEK kapsamında eser olarak vasıflandırılabilmesi için, iki unsurun bir arada bulunması gerekir. Bunlar bir fikri ürünün sahibinin hususiyetini taşıması ve Kanun'da sınırlı sayıda belirtilmiş olan eser türlerinden birine dâhil olmasıdır.

14. Fikrî bir ürün, ancak dış dünyaya aksettirildiği ve üçüncü kişilerin duyularına hitap edecek niteliğe büründüğü takdirde eser niteliğini kazanabilir. Başka bir deyişle insanın düşünceleri değil, bunların dış âleme yansıdığı biçim eser olarak koruma altındadır. Ayrıca eser bir bütün olarak himaye görür; yoksa eserde yer alan veya eserde ifadesini bulan her türlü münferit fikir veya düşünce ayrı ayrı korumaya konu olamayacağı gibi, kural olarak bütünlük arz etmeyen fikir ürünleri de eser olarak nitelendirilemezler.

15. FSEK'te eser ve eser sahipliği tanımlanmakla birlikte eser sahibinin hakları da malî ve manevi haklar olarak ikiye ayrılmıştır. Eser sahibine tanınan bu haklar mutlak ve inhisari nitelikte olup, sahibine tek başına kullanma ve herkese karşı ileri sürebilme yetkisi sağlar. Eser sahibinin hakları malî ve manevi haklar olarak ayrılmış olsa da esasen eser üzerindeki bu hakları birbirinden ayırmak kolay değildir. Başka bir deyişle malî hakların manevi bir yönü, manevi hakların ise malî bir yönü daima mevcuttur.

16. FSEK'te eser sahibine tanınan malî ve manevi haklar sınırlı sayı yöntemi ile belirlenmiştir. Bu kapsamda eser sahibine tanınan manevi haklar; eserin umuma arz yetkisi (m. 14), adın belirtilmesi yetkisi (m. 15/1), eserde değişiklik yapılmasını menetme yetkisi (m. 16 ve m. 17/2) ve eserin aslına ulaşma ve eseri sergileme hakkı (m. 17/1 ve 17/3) şeklindedir. Eser sahibine tanınan malî haklar ise; işleme hakkı (m. 21), çoğaltma hakkı (m. 22), yayma hakkı (m. 23), temsil hakkı (m. 24), işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı (m. 25) şeklinde ifade edilmiştir. Bununla birlikte FSEK'in malî ve manevi hakları düzenleyen hükümlerinden farklı bir bölümde düzenseler de pay ve takip hakkı (m. 45), cayma hakkı (m. 58) ve vazgeçme hakkı (m. 60) da FSEK'in eser sahibine tanıdığı haklardandır.

17. FSEK'te eser sahibine tanınan malî haklar, eser sahiplerine ayrıca bu haklardan iktisaden yararlanma yetkisini de sağlamaktadır. Eser sahibi, eserinden yararlanabilmek için eserle ilgili kendisine tanınan malî haklar üzerinde üçüncü kişilere bazı yetkiler tanımak hatta hakları devir etmek durumundadır. Bu itibarla FSEK'te eser sahibine tanınan malî hakların veya bunların kullanım yetkisinin hukukî işlem ve tasarruflara konu edilebileceği kabul edilmiştir. FSEK'in 48/1 maddesi "*Eser sahibi veya mirasçıları kendilerine kanunen tanınan malî hakları süre, yer ve muhteva itibarıyla mahdud veya gayrimahdud, karşılıklı veya karşılıksız olarak başkalarına devredebilirler.*" hükmünü haizdir. Ayrıca eser sahibi veya mirasçıları malî hakları devretmeyip sadece kullanma yetkisini de ruhsat olarak isimlendirilen bir sözleşme ile diğer bir kişiye bırakabilirler. Bu durum ise FSEK'in 48/2 maddesinde "*Mali hakları sadece kullanma salahiyeti de diğer bir kimseye bırakılabilir (Ruhsat).*" şeklinde ifade edilmiştir.

18. FSEK'in 48. maddesinde sadece "malî hakların" veya "bu hakların kullanım yetkisinin" devrinden söz edilmekte; manevi hakların devrinden ise söz edilmemektedir. Dolayısıyla FSEK'in 48 vd. maddelerinde düzenlenen husus manevi hakların veya bunların kullanım yetkisinin devri değildir. FSEK'in 48. maddesi gereğince eser sahibi, sahip olduğu malî hakları tek tek veya bir bütün olarak devredebilir; zira malî haklar birbirine bağlı olmadığından bunlardan birinin tasarrufu ve kullanılması diğerine tesir etmemektedir (FSEK m. 20/1). Örneğin eser sahibi eserin çoğaltma ve yayma haklarını bir yayınevine, temsili hakkını bir tiyatro grubuna, temsilin bulunduğu yerden yayın yoluyla umuma iletimi hakkını bir yayın kuruluşuna, eserin tercüme edilerek işlenmesi hakkını bir başka kişiye devir edebilir.

19. Bununla birlikte malî hakkın tamamının devredilme zorunluluğu bulunmayıp; yalnızca bir parçası dahi, üçüncü bir kişiye devredilebilir. Örneğin eser sahibi FSEK'in 24. maddesi gereğince yazılı eserinin temsil hakkı kapsamında olan okumak, çalmak, oynamak ve göstermek yetkilerinden yalnızca göstermek veya oynamak biçimindeki temsil hakkını; yine FSEK'in 25/1 maddesi gereğince yazılı yayın yoluyla umuma iletim hakkı kapsamında olan sadece televizyon yoluyla göstermek suretiyle umuma iletim hakkını başkasına devredebilir. Bu hâllerde temsil ve umuma iletim hakkının devir edilmeyen kısımları eser sahibinde olmaya devam eder. Herhangi bir malî hak devir olduğunda eğer tasarruf işleminde ayrıca bir sınırlama yapılmamışsa hak, mevcut kapsamdaki tüm yetkilerle birlikte devralana intikal eder. Örneğin çoğaltma hakkında herhangi bir sınırlama olmaksızın devir olunmuş ise eserin baskı usulü ile yahut dijital biçimde veya plak, CD, DVD gibi ortamlara çoğaltılması da hakkın kapsamında sayılır.

20. Görüldüğü üzere malî hakların devri, hiçbir kayıt ve şarta tabi tutulmadan süre, yer ve muhteva itibarıyla sınırlandırılmadan yapılabileceği gibi süre, yer ve muhteva itibarıyla sınırlandırılarak da yapılabilmektedir. Öte yandan malî hakkın devrine FSEK'in 48. maddesinde yazılı süre, yer ve muhteva dışında örneğin kitap veya konser biletinin satış fiyatının belirlenmesi, dağıtımın şekli gibi sözleşmesel sınırlandırmalar da getirilmesi mümkündür. Sözleşmenin taraflarıyla doğrudan ilgili olan sözleşmesel sınırlamalar FSEK'in 48. maddesi kapsamında olmadığından bu durumlarda FSEK uygulanma imkânı bulunmamaktadır.

21. FSEK'in 52. maddesi gereğince malî bir haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır. Başka bir deyişle malî hakkın devrini amaçlayan sözleşmenin mutlaka yazılı biçimde yapılması ve devre konu malî hakkın açık bir biçimde ifade edilmesi gerekmektedir. Sözleşmede devrin hangi malî hak veya haklara özgülediğinin belirtilmemesi, aksine belirsiz veya genel ifadeler kullanılması geçersizlik sonucunu doğurur. Malî hakkın devri bir tasarruf işlemi olduğundan sözleşmenin yapılmasıyla birlikte malî hak, eser sahibinin mal varlığından çıkar ve devralanın mal varlığına dahil olur. Malî hakkı devralan hakkı devredenine yerine geçer ve herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir hakkın sahipliğini elde eder. Devirle birlikte hakkın devralanın mal varlığına dahil olmasıyla birlikte devreden hakkın sahibi olma vasfını yitirir ve aynı hakkı ikinci bir defa başkasına devredilmesi olanaksızdır. Dolayısıyla devirle birlikte devralan üçüncü kişilere karşı bu malî hakkın sağladığı yararlanma ve yasaklama yetkilerinin tamamını kullanır; hatta yasaklamaya ilişkin yetkilerini eser sahibine karşı da ileri sürebilir.

22. Yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; taraflar arasında yapılan 10.04.2002, 10.05.2002 ve 01.08.2002 tarihli yazılı sözleşmeler ile davalı tarafından ayrı ayrı yazılan Fransızca, İngilizce, Almanca ve İspanyolca "Konuşma Kılavuzu, Dil Bilgisi, Sözlük" isimli kitaplar üzerindeki basım, yayım, dağıtım, satış, reklamasyon, çoğaltma, değişiklik yapma, güncelleştirme, yeni basım yapma hakları davacıya bedel karşılığı süre sınırı olmaksızın devredildiği anlaşılmaktadır.

23. Taraflar arasındaki sözleşmelerin 5. maddesinde; yazarın haklarını devrettiği kitapla aynı veya benzer ad veya içerikte kitap basamayacağı, yayımlayamayacağı veya bu amaçla başka bir yayıneviyle sözleşme yapamayacağı düzenlenmiştir. Dosya kapsamında taraflar arasında düzenlenen sözleşmelere konu kitapların eser niteliğinde olduğu ve taraflar arasındaki malî hakların devrine ilişkin sözleşmelerin de FSEK'in 52. maddesi gereğince geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Esasında bu husus, Özel Daire ile mahkeme arasında uyuşmazlık konusu da değildir.

24. Davalı tarafından dava dışı A. Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti. ile 10.09.2004 tarihinde "10 kitaplık Konuşma Kılavuzları Serisi"ni konu edinen tam tasarruf yetkisinin devri sözleşmesi yapılmıştır. Sözleşmenin 2. maddesinde, davalı tarafından; sözleşme konusu eserlerin tamamının özgün olduğu, her türlü hakkının tamamının kendisine ait olduğu, bu hakların hâlen tam veya kısmi olarak başka kişi veya kuruluşa devredilmemiş olduğu, beyan ve taahhüt edilmiştir.

25. Davacı tarafından dava konusu sözleşmeler gereğince basımı ve yayımı yapılan kitapların; özellikle yurt dışı seyahatlerinde karşılaşılabilecek her duruma ilişkin örneklerin ve kısa cümlelerin yer aldığı ve yabancı dildeki

cümlelerin okunuşlarının da bulunduğu “Fransızca Konuşma Kılavuzu, Dil Bilgisi-Sözlük”, “İngilizce Konuşma Kılavuzu”, “Hızlı Kolay Almanca Konuşma Kılavuzu, Dil Bilgisi-Sözlük” ve “İspanyolca Konuşma Kılavuzu, Dil Bilgisi-Sözlük” adlarıyla piyasaya sürüldüğü görülmektedir. Dava dışı A. Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti. tarafından basım ve yayımı yapılan kitapların “Fransızca Konuşma Kılavuzu”, “Almanca Konuşma Kılavuzu” ve “İngilizce Konuşma Kılavuzu” adıyla piyasaya sürüldüğü, bu kitapların da davacı tarafından basımı yapılan kitaplar gibi özellikle yurt dışı seyahatlerinde karşılaşılabilecek her duruma ilişkin örneklerin ve kısa cümlelerin yer aldığı ve yabancı dildeki cümlelerin okunuşlarının da bulunduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan hem davacı tarafından basımı yapılan kitapların hem de dava dışı A. Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti. tarafından basımı yapılan kitapların kapak sayfasında davalının adı yer almaktadır.

26. Dosya kapsamında aldırılan bilirkişi raporunda; davacı tarafından basımı yapılan kitaplar ile dava dışı A. Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti. tarafından basımı yapılan kitapların birbiri ile tamamen aynı olmadığı, ancak büyük ölçüde benzerlikler bulunduğu, aslında bu tip kitaplarda benzerliklerin de kaçınılmaz olduğu, iki basım arasındaki temel farkın yabancı dildeki kelimelerin okunuş şekillerinin gösterilmesindeki biçimde olduğu belirtilmiştir. Gerçekten de davacı tarafından basımı yapılan kitaplarda yabancı dildeki kelimelerin okunuş şekillerinin gösterilmesinde Uluslararası Fonetik Alfabeti (IPA) kullanılmış, dava dışı A. Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti. tarafından basımı yapılan kitaplar da ise IPA uygulanmamış, sadece IPA karakterlerinin tonlaması alınmış ve Türkçe karakterler eklenerek yazılması tercih edilmiştir.

27. Davacı tarafından basımı yapılan kitaplar ile dava dışı A. Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti. tarafından basımı yapılan kitapların gerek işlev gerekse görsel olarak aynı amaca hizmet ettiği, isimlerinin dahi aynı olduğu, içerik olarak büyük ölçüde benzerlik bulunduğu gözetildiğinde yabancı dildeki kelimelerin okunuş şekillerinin gösterilmesinin kitapları farklılaştırmadığı, ayrıca fonetik konusunda uzman bir bilirkişinin değerlendirme yapmasına da ihtiyaç bulunmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla taraflar arasında düzenlenen sözleşmelerin 5. maddesinde davalının sözleşmeye konu kitaplarla aynı veya benzer ad veya içerikte kitap basamayacağını, yayınlamayacağını veya bu amaçla başka bir yayıneviyle sözleşme yapamayacağını kabul etmesi karşısında davalı eyleminin davacının haklarına aykırılık teşkil ettiği kabul edilmelidir.

28. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında; dosya kapsamında aldırılan bilirkişi raporunda davacı tarafından basımı yapılan kitaplar ile dava dışı A. Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti. tarafından basımı yapılan kitaplar arasındaki temel farkın yabancı dildeki kelimelerin okunuş şekillerinin gösterilmesindeki biçimde olduğunun belirttiği, bu durumun basımı yapılan kitapları birbirinden farklı hâle getirip getirmediğini bilirkişi raporunda belirtilmediği, zira bilirkişi heyetinde fonetik konusunda uzman bilirkişinin bulunmadığı, kitapların benzer olup olmadığının tespit edilebilmesi için içerisinde fonetik konusunda uzman bilirkişinin bulunduğu heyetten yeni bir rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi ve direnme kararının Özel Dairenin bozma kararında belirtilen gerekçeyle bozulması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de; bu görüş yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

29. Hâl böyle olunca; mahkemece yukarıda açıklanan hususlara değinilerek verilen direnme kararı uyuşmazlık noktası itibariyle usul ve yasaya uygun olup yerindedir.

30. Ne var ki, Özel Dairece davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

IV. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Direnme uygun olduğundan davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE,**

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440/III-1 maddesi gereğince karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 22.02.2022 tarihinde oy çokluğu ile kesin olarak karar verildi.

KARŞI OY

Uyuşmazlık, taraflar arasında düzenlenen sözleşmenin 5. maddesi nazara alındığında, dosyadan alınan bilirkişi raporunun yeterli olup olmadığı, fonetik konusunda uzman bir öğretim üyesinin de bulunduğu bilirkişi heyetinden rapor alınması gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Taraflar arasında düzenlenen sözleşmelerde, davalı eser sahibi Almanca, İngilizce, Fransızca konuşma Kılavuzu, Dilbilgisi, Sözlük kitaplarını hazırlayıp, mali haklarını davacıya devretmiş sözleşmelerin 5. maddesinde “Yazar, üzerindeki

bütün haklarını devrettiği kitapla aynı veya benzer ad veya içerikte kitap basamaz yayınlamaz veya bu amaçla başka bir yayınevi ile sözleşme yapamaz” hususunu kararlaştırmışlardır.

Davalı tarafından davacıya karşı açılan İstanbul 1. Fikri Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesinin 2010/103 Esas 2011/49 Karar sayılı dava dosyasından, işbu davanın davacısının davalıya ait orijinal İngilizce, Fransızca Almanca konuşma kılavuzlarında değişiklik yaparak, orijinalinde IPA'ya göre uluslararası standartlara uygun fonetik kurallara göre hazırlanan kitaplardan sözcükleri Türkçe okunuşlarıyla verdiği, IPA fonetiği kullanılmayarak basılan bu orijinal olmayan kitaplar nedeniyle 5846 sayılı FSEK 16. maddesi ve 70/1. maddesi gereğince manevi tazminatla sorumlu olduğu gerekçeleriyle, dava konusu kitapların bundan sonraki yayınlarda fonetik normlara göre hazırlanan orijinal eserde fonetik yapı değiştirilmeden yayınlanmasına, değişikliğin önlenmesine, manevi tazminata karar verilmiş temyiz edilen karar Özel Dairece onanmış ve karar düzeltme talebi de reddedilerek kesinleşmiştir.

Kesinleşen dosyada alınan bilirkişi raporunda heyette çeviribilim bölümünden akademisyen bilirkişiler bulunmakta olup, raporda kitapların ilk orijinalin de Uluslararası Fonetik Alfabesinin kullanıldığı, FSEK 2/1'e göre ilim ve edebiyat eseri olduğu belirlenmiş, mahkeme karar gerekçesinde de fonetik yapının taraflar arasındaki yayın sözleşmesine konu kitapların esaslı unsuru olduğu, IPA fonetiğe göre hazırlanan kitapların, daha ileri eksiksiz, kusursuz ve o dilin ülkesinde telaffuz edildiği şekliyle öğrenmek isteyen bir kesime Türkçe okunuşlu sözcüklerin ise bu tür kaygısı olmayan, dolayısıyla da daha basit biçimiyle o dili öğrenmek isteyenlere hitap ettiği belirtilmiştir.

Davalının A. Basın Dağıtım Ltd. Şti. ile yaptığı 10.09.2004 tarihli sözleşme de 10 kitaplık konuşma kılavuzları serisine ilişkin olup, davalı yazar, yayın ve devir haklarını yayıncıya devretmiştir. Davacı, bu sözleşme ile malî hakları devredilen kitapların, taraflar arasındaki sözleşmelerdeki 5. maddeye göre benzer kitaplar olduğunu ileri sürerek maddi-manevi tazminat talep etmiş, manevi tazminat talebi reddedilmiş, maddi tazminata hükmedilmiş olup, manevi tazminatın reddi kesinleşmiştir. Dosyada alınan bilirkişi raporu hukukçu akademisyen bilirkişi ve yayınevi yetkilisi bilirkişiden alınmış, rapor içeriğinde yayıncı bilirkişinin, A. Ltd. Şti. ile yapılan sözleşmeye konu kitaplar ile davacı ile yapılan sözleşmeye konu kitapların birbiri ile tamamen aynı olmadığı, büyük ölçüde benzerlik taşıdığı aslında bu tip benzerliklerinde kaçınılmaz olduğu, iki kitap arasındaki temel farkın telaffuzların yani yabancı dildeki kelimelerin okunuş şekillerinin gösterilmesindeki biçiminde olduğu görüşünü belirttiği bu değerlendirme kapsamında davalının haklarını B. Kitapevine devrettiği eserlerin benzerini A. Yayınevi için hazırladığı ve bu yayınevinin kitapları basıp piyasaya arz ettiği sonucuna varılmış, Mahkemece de rapor doğrultusunda tazminata hükmedilmiştir.

FSEK 1/B maddesinde “eser sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musikî, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevî fikir ve sanat mahsulleri” olarak tanımlanmıştır. Bir eserin varlığından söz edebilmek için fikri bir ürünün varlığı ve bu fikri ürünün yaratıcısının hususiyetini taşıması gerekmektedir. Dava konusu, yabancı dilde konuşma kılavuzu olarak hazırlanıp basılan kitaplar ilim ve edebiyat eseri olduğu dosyaya sunulan bilirkişi raporuyla belirlenmiştir. Davacıya malî hakları devredilen davalının eserlerinin orijinalinin

IBA (Uluslararası fonetik kuralları) fonetiğine uygun teleffuzları yazılarak hazırlandığı ve davalının fikri ürünü olup, hususiyetini yansıttığı anlaşılmaktadır. Taraflar arasındaki sözleşmenin 5. maddesinde bu eserlerin aynı veya benzer ad ve içerikte davalı yazar tarafından basılması, yayınlanması veya bu amaçla başka yayınevi ile sözleşme yapması yasaklanmıştır. Her ne kadar alınan bilirkişi raporunda yayınevi yetkilisi bilirkişi benzerlikler bulunduğunu belirtmiş ise de bu benzerliklerin aslında zorunlu benzerlikler olduğunu, temel farkın telaffuzların gösterilmesinde olduğunu beyan etmiştir. Taraflar arasındaki sözleşmenin 5. maddesinde yazarın benzer kitapları basın/yayım amacıyla başka yayınevine vermesi men edilmiş olup, bu benzerlik yabancı dildeki konuşma kılavuzu-sözlüğünde olması gereken zorunlu benzerlikler değil, aksine kitaba eser niteliğini veren, sahibinin hususiyetini yansıtan, fikri ürünü olan kısımlardaki benzerliktir. Orijinal kitaplarda IPA kurallarına göre cümlelerin telaffuzunun yazıldığı, Türkçede olmayan harf ve işaretlerin yer aldığı, dava konusu A. Ltd. Şti. ile sözleşme yapılan kitapların ise telaffuzları Türkçe olan, daha sade ve anlaşılır, basitçe dil öğrenmek isteyenlere hitap ettiği anlaşılmaktadır. Dosyadaki bilirkişi heyetinde fonetik alanında uzman bilirkişi yoktur. Davalının dava dışı yayınevine verdiği kitapların, davacıya verdiği orijinal kitaplarla eser niteliği bakımından benzer olup olmadığı, fonetik kurallara göre telaffuzunun yazılışıyla, Türkçe telaffuzlarının yazılışının ayrı eser niteliğinde mi olduğu, benzer eserler mi olduğu hususunun çözümlenmesi davanın neticesine etkili olacaktır. Bu nedenle fonetik konusunda uzman bilirkişinin de bulunduğu bilirkişi heyetinden davacıyla yapılan sözleşmeye konu ilk-orijinal eserler ile A. Ltd. Şti. tarafından basılan kitapların eser olarak benzer olup olmadıkları, farklı eser niteliğinde olup olmadığının

tespiti gerekmektedir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle Özel Dairenin usul ve Yasaya uygun bozma ilamına uyulması gerekirken, direnilmesi yerinde görülmediğinden direnme kararının bozulması gerektiğini düşünüyor, Sayın Çoğunluğun "direnme uygun" görüşlerine katılmıyoruz.

Genel Kurul Kararının İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulunun Onayına Tabi Olup Olmadığı

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18.01.2022, E. 2020/11-722, K. 2022/4

1. Taraflar arasındaki “ana sözleşme değişikliğine ilişkin tescil işleminin iptali” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, İstanbul 13. Asliye Ticaret Mahkemesince verilen asıl ve birleşen davanın kabulüne ilişkin karar, asıl ve birleşen davada davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, Mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

2. Direnme kararı asıl ve birleşen davada davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

3. Hukuk Genel Kurulunca dosyadaki belgeler incelendikten ve direnme kararının verildiği tarih itibarıyla 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 26.09.2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanun’la değişikliği öncesi hâliyle 438/2 maddesi gereğince direnme kararlarının temyiz incelemesinde duruşma yapılamayacağından asıl ve birleşen davada davalı vekilinin duruşma isteminin reddine karar verilip dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

I. YARGILAMA SÜRECİ

Asıl ve Birleşen Davada Davacılar İstemi:

4. Asıl ve birleşen davada davacılar vekili; müvekkillerinin her birinin davalı şirketin %16,67 oranında payına sahip kurucu pay sahibi

olduklarını, şirket ana sözleşmesi gereğince payların A ve B grubuna ayrıldığını, ana sözleşmenin 7. maddesine göre yönetim kurulunun üç kişiden oluşacağı ve üyelerden ikisinin B grubu, diğer bir üyenin ise A grubu pay sahiplerinin çoğunluğunun göstereceği adaylar arasından seçileceğinin belirtildiği, yine ana sözleşmenin 10. maddesinde de A ve B grubu hisselerin oy hakkının düzenlendiğini, dolayısıyla ana sözleşme ile her iki grup paya da 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (6762 sayılı TTK) 401. maddesi gereğince imtiyazlı pay niteliği kazandırıldığını, davalı şirketin 06.10.2011 tarihli olağanüstü genel kurul toplantısında ana sözleşmenin 7 ve 10. maddelerinin değiştirilmesine müvekkillerinin olumsuz oyuna karşın karar verildiğini, oysa 6762 sayılı TTK’nın 389. maddesi gereğince imtiyazlı pay sahipleri kurulunun vereceği kararlar onaylanmadıkça genel kurul kararının infaz edilemeyeceğini, durumun ticaret siciline de bildirilmesine rağmen kararın tescil edildiğini ileri sürerek davalı şirketin 06.10.2011 tarihli genel kurul toplantısına yönelik 10.10.2011 tarihinde tescil edilen batıl nitelikteki ana sözleşme değişikliğine ilişkin tescil işleminin iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Asıl ve Birleşen Davada Davalı Cevabı:

5. Asıl ve birleşen davada davalı vekili; müvekkili şirketin ana sözleşmesinin 6. maddesi gereğince hisse gruplarının A ve B olarak ayrıldığını, anılan maddenin ise 02.12.2010 tarihli olağan genel kurulda oy birliği ile tadil edilerek A ve B şeklindeki grup ayrımının kaldırıldığını, bu değişikliğe davacılar tarafından da olumlu oy verildiği için anılan genel kurulda 6762 sayılı TTK’nın 389. maddesinin uygulanmasının mümkün olmadığını, dolayısıyla ana sözleşmesinin 6. maddesinin tadil edilmesiyle imtiyazın temeli kalmadığı için ana sözleşmenin 7 ve 10.

maddelerinin de uygulama alanı kalmadığını, bu nedenle dava konusu genel kurul toplantısında ana sözleşmenin 7 ve 10. maddelerinin değiştirilmesinde imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun onayının aranmasına imkân bulunmadığını ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkeme Kararı:

6. İstanbul 13. Asliye Ticaret Mahkemesinin 20.10.2015 tarihli ve 2014/359 E., 2015/736 K. sayılı kararı ile; davalı şirket ana sözleşmesinin 7. maddesinde A ve B grubu hissedarlar arasında yönetim kuruluna aday gösterilmesi bakımından A grubu hissedarların bir, B grubu hissedarların iki aday göstermesi yönünde 6762 sayılı TTK'nın 401. maddesi gereğince imtiyaz tanındığı, ancak dava konusu genel kurul toplantısı ile bu imtiyazın kaldırıldığı, A ve B grubu imtiyazlı pay sahipleri genel kurulunun dava konusu genel kurul toplantısında alınan ana sözleşmenin tadiline ilişkin kararı 6762 sayılı TTK'nın 389. maddesi gereğince ayrı ayrı oylayıp onaylaması gerektiği, davacıların katıldığı ve oy birliğiyle alınan 02.12.2010 tarihli olağan genel kurul toplantısı sermaye artırımına ilişkin olduğundan 6762 sayılı TTK'nın 391. maddesi gereğince ayrıca imtiyazlı pay sahipleri genel kurulu toplantısı ile kararın onanmasına gerek olmadığı, 02.12.2010 tarihli genel kurul toplantısında ana sözleşmenin "sermaye" başlıklı 6. maddesinin sermaye artırımını nedeniyle değiştirilmesine karar verilmiş ise de, bu durumun örtülü şekilde 7 ve 10. maddelerde düzenlenen yönetime katılma ve genel kurulda oy kullanma imtiyazının da değiştirildiği anlamına gelmeyeceği, yorum yoluyla "imtiyaz" hakkının kaldırılmasının mümkün olmadığı, bu nedenle dava konusu genel kurul toplantısında esas sözleşmenin 7 ve 10. maddelerinin değiştirilmesine ilişkin kararların

imtiyazlı pay sahipleri genel kurulu tarafından onaylanmaması nedeniyle infazının olanaklı olmadığı gerekçesiyle asıl ve birleşen davanın kabulü ile 06.10.2011 tarihli genel kurul toplantısında ana sözleşmenin 7 ve 10. maddelerinin değiştirilmesine ilişkin 10.10.2011 tarihli tescil işleminin iptaline karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

7. Mahkemenin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde asıl ve birleşen davada davalı vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

8. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 06.06.2017 tarihli ve 2016/394 E., 2017/3442 K. sayılı kararı ile; *"...Asıl ve birleşen dava, batıl nitelikte olduğu iddia edilen ana sözleşme değişikliğine ilişkin olağanüstü genel kurul kararının tescil işleminin iptali istemine ilişkindir. Mahkemece asıl ve birleşen davanın kabulüne karar verilmiştir.*

Ancak, 6762 sayılı TTK'nın 389. maddesi uyarınca "Umumi heyetçe esas mukavelenin değiştirilmesine dair verilen karar imtiyazlı hisse senedi sahiplerinin haklarını ihlal edecek mahiyette ise bu karar, adı geçen pay sahiplerinin yapacakları hususi bir toplantıda verecekleri diğer bir kararla tasdik olunmadıkça, infaz edilemez. Bu heyeti idare meclisi veya murakıplar toplantıya çağırma mecburdur. Heyet azasından herhangi birisi de çağırabilir. Bu hususi toplantıda müzakere ve karar nisabı, 388 inci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkraları hükümlerine tabidir."

Somut olayda uyuşmazlık, davalı şirketin ana sözleşmesinin imtiyaz hakkı tanıdığı iddia edilen 7. ve 10. maddelerinin değiştirilmesine ilişkin 06/10/2011 tarihli olağanüstü genel kurul toplantısında alınan kararların 6762 sayılı TTK'nın 389. maddesinde hükme bağlanan yasal düzenleme uyarınca imtiyazlı pay sahipleri kurulunun vereceği kararla

onaylanmadıkça infaz edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Davalı şirketin ana sözleşmesinde imtiyaz oluşturan temel madde sermayenin yapısına ilişkin 6. maddedir. Şirket ana sözleşmesinin işbu 6. maddesinin de 02/12/2010 tarihinde yapılan olağan genel kurul toplantısında A ve B grubu hissedarların tümünün katılımıyla oy birliği ile değiştirildiği ve tescil edildiği, aynı genel kurul toplantısında alınan kararla yönetim kurulu üyelerinin seçimi maddesi ile de yeni değişikliğe uygun olarak yönetim kurulu üyelerinin seçiminin yapıldığı anlaşılmıştır. Bu suretle, yeni yönetim kurulu üyelerinin seçiminde A ve B grubu hissedarlara tanınan imtiyazın bağlam kuralını teşkil eden 6. madde ile ilgili ana sözleşme değişikliği kesinleşmiş olmakla ana sözleşmenin 7. maddesinde A ve B grubu hissedarlara tanınan imtiyazın maddi temeli kalmamıştır.

Yukarıda da açıklandığı üzere, davalı şirketin 02/12/2010 tarihli olağan genel kurul toplantısında yapılan ana sözleşme değişikliği ile ortada imtiyazlı pay sahibi olarak tanımlanabilecek bir hissedar grubu kalmadığından imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlal edildiğinden de söz edilemeyecek olmasına rağmen mahkemece ana sözleşmenin 7. maddesinin değiştirilmesine ilişkin genel kurul kararının tescil işleminin iptaline karar verilmesi doğru olmadığı gibi, ana sözleşmenin 10. maddesi bakımından da durum aynı olup, hatta ana sözleşmenin değiştirilen işbu 10. maddesinin ne payların kullanılmasında ne de oy hakkı bakımından bir imtiyaz da içermemesine karşın anılan maddenin değişikliğine ilişkin genel kurul kararının tescilinin iptaline karar verilmesi de doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...” gerekçesiyle karar bozulmuştur.

Direnme Kararı:

9. İstanbul 13. Asliye Ticaret Mahkemesinin 12.12.2019 tarihli ve 2019/486 E., 2019/993 K. sayılı kararı ile; önceki gerekçeye ek olarak, karar düzeltme aşamasında dava dosyasına sunulan hukukî mütalaalarda değinildiği üzere anonim ortaklıklar hukukunda imtiyazların ancak açık bir ana sözleşme değişikliği ile kaldırılabilceği, genel kurulun iradesinin imtiyazların kaldırılması yönünde olduğu açıkça anlaşılacağı taktirde imtiyazların kaldırılmamış olduğu ve varlıklarını aynen korudukları, dolayısıyla 02.12.2010 tarihli olağan genel kurul toplantısında payların A ve B gibi grup ayırımının kaldırılması da imtiyazların otomatikman kaldırılması sonucunu doğurmayacağı, sadece A ve B gibi grup adlandırılmalarının terk edilerek gruplara farklı ve üstün haklar bahşeden içeriği düzenleyen hükümlerin muhafaza edilmesi hâlinde imtiyazların artık yürürlükten kaldırıldığının ileri sürülemeyeceği, başka bir deyişle davalı şirketin 02.12.2010 tarihli olağan genel kurul toplantısında ana sözleşmesinin 6. maddesinde yer alan A ve B grubu şeklindeki ayırımın tek başına kaldırılmış olması imtiyaz haklarını düzenleyen 7 ve 10. maddeleri dayanaksız hâle getirmeyeceği gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

10. Direnme kararı süresi içinde asıl ve birleşen davada davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

11. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davalı şirketin 02.12.2010 tarihli olağan genel kurul toplantısında şirket hisselerinde A ve B grup ayırımını öngören ana

sözleşmenin 6. maddesinin kaldırılması karşısında ana sözleşmenin 7. maddesinde A ve B grubu hissedarlara tanınan imtiyazın maddi temeli kalıp kalmadığı, buradan varılacak sonuca göre dava konusu 06.10.2010 tarihli genel kurulda A ve B gruplarına imtiyaz sağlayan 7 ve 10. maddelerinin değiştirilmesine ilişkin kararın imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun onayına tabi olup olmadığı noktalarında toplanmaktadır.

III. ÖN SORUN

12. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında işin esasının incelenmesinden önce; mahkemece direnme kararında karar düzeltme aşamasında davacı vekili tarafından dosyaya sunulan bir başka dosyada aynı konu üzerine alınan hukukî uzman görüşü ile eldeki dava için sunulan hukukî uzman görüşüne atıfta bulunulması karşısında, direnme kararının yeni hüküm niteliğinde olup olmadığı ve buna göre temyiz incelemesinin Hukuk Genel Kurulunca mı, yoksa Özel Dairece mi yapılacağı ön sorun olarak tartışılmış; yapılan görüşmelerde HMK'nın 266/1 maddesi ile 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu'nun 3/3 maddesi gereğince çözümü için hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilginin yeterli olduğu uyuşmazlık konularında bilirkişiye başvurulamayacağı, buradan hareketle hukukî uzman görüşünün de delil olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı, dolayısıyla direnme kararında hukukî uzman görüşüne yapılan atıf ile yeni bir delile dayanılmadığı, yapılan atıf ile sadece ilk gerekçenin kuvvetlendirildiği ve böylece yeni hüküm bulunmadığı, bu nedenle temyiz incelemesinin Hukuk Genel Kurulunca yapılması gerektiği sonucuna varılarak ön sorunun bulunmadığına 18.01.2022 tarihinde yapılan ikinci görüşmede oy çokluğu ile karar verilerek işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

IV. GEREKÇE

13. Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle anonim şirketlerde "imtiyaz" kavramı üzerinde durulmasında fayda vardır.

14. Somut olaya uygulanması gereken mülga 6762 sayılı TTK'de imtiyaz kavramı tanımlanmamakla birlikte öğreti ve uygulamada "imtiyazlı pay"; sahiplerine diğer paylara oranla farklı ve üstün haklar tanıyan pay olarak tanımlanmaktadır (*Türk Tarih Kurumu: Türk Hukuk Lûgatı C. I, 2021, s. 906*). Nitekim imtiyazlı pay, 6762 sayılı TTK'nın 401. maddesinde; "*Esas mukavele ile bazı nevi hisse senetlerine kâr payı veya tasfiye hâlinde şirket mevcudunun dağıtılması ve sair hususlarda imtiyaz hakları tanınabilir*" şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre anonim şirketlerde "imtiyaz" ancak şirket esas sözleşmesi ile paya tanınabilmektedir. Dolayısıyla esas sözleşmenin değiştirilmesi yoluyla da paya imtiyaz tanınması mümkündür.

15. 6762 sayılı TTK'nın 401. maddesi gereğince imtiyaz, kâr payına veya tasfiye bakiyesi payına veyahut da diğer pay sahiplerine nazaran "sair hususlarda" bir farklılığa hasredilmiş olmalıdır. Anılan maddede belirtilen imtiyazın tahdidi olmadığı "sair hususlar" ifadesinden açıkça anlaşılmaktadır. Dolayısıyla imtiyaz, pay sahipliği haklarının hem malî yönünden hem de idari yönünden tanınabilmektedir. Hemen belirtilmelidir ki; bir pay sahibinin gerek kâr gerekse tasfiye bakiyesine farklı bir şekilde iştirak etmesi ve hatta sermaye artırılması hâlinde yeni pay alınabilmesi pay sahipliği hakkının malî yönünü; şirket genel kuruluna katılmak suretiyle oy kullanma veya şirkete ait yönetim işlerini kontrol ederek bu yolda ilgililerden bilgi edinebilme ve ayrıca yönetim kurulunda temsil edilebilme gibi haklar da pay sahipliği hakkının idari yönünü teşkil etmektedir.

16. İmtiyazların tanınabilmesine ilişkin en önemli özellik, ana sözleşmede bu yönde bir hükmün bulunmasının zorunlu olmasıdır. Başka bir deyişle imtiyazlar ancak anonim şirket ana sözleşmesi ile tanınabilir. Gerçekten de anonim şirketler hukukunda payın sağladığı haklardan yararlanmada ölçü olarak pay sahibinin sermayeye katılım oranı (oransallık ilkesi) geçerli olduğundan bunun aksini kararlaştırabilmek için muhakkak ana sözleşmede açık bir hüküm bulunmalıdır. Öte yandan ana sözleşme ile sadece bir grup paya imtiyaz tanınmış olduğunun belirtilmesi yeterli olmayıp, ayrıca bu konuda öngörülen ana sözleşme hükmünün en azından imtiyazın konusuna ilişkin açık bir düzenlemeyi içermesi de zorunludur. Bu açıdan önemli olan ana sözleşmede imtiyaz kavramına yer verilmiş olması değil, bazı paylara üstün haklar tanındığının hiçbir şüpheye yer kalmayacak şekilde açıkça belirtilmesidir (Kendigelen, Abuzer: *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, 1. Baskı, İstanbul, 1999, s. 36). Bu nedenle imtiyazların var olup olmadığı sonucuna ulaşırken ana sözleşmenin metninin yanı sıra sözleşmenin hazırlanmasına veya değiştirilmesine ilişkin diğer tüm çalışmalardan pay sahiplerinin imtiyaz oluşturma amaçlarının var olduğu açık bir biçimde anlaşılmalıdır.

17. İmtiyaz kavramının öneminden dolayı kanun koyucu imtiyazlar için ayrıca özel bir korunma sistemi öngörmüştür. Bu husus 6762 sayılı TTK'nın 389. maddesinde; "Umumi heyetçe esas mukavelenin değiştirilmesine dair verilen karar imtiyazlı hisse senedi sahiplerinin haklarını ihlal edecek mahiyette ise bu karar, adı geçen pay sahiplerinin yapacakları hususi bir toplantıda verecekleri diğer bir kararla tasdik olunmadıkça, infaz edilemez. Bu heyeti idare meclisi veya murakıplar toplantıya çağırma mecburdur. Heyet

azasından herhangi birisi de çağırabilir. Bu hususi toplantıda müzakere ve karar nisabı, 388 inci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkraları hükümlerine tabidir." şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre genel kurul ana sözleşme değişikliğine ilişkin hükümler kapsamında alacağı bir çoğunluk kararıyla paylara tanınan imtiyazların sınırlandırılmasını ya da kaldırılmasını tek başına yapamamakta; ayrıca imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun bu yönde verecekleri bir onay kararı, ana sözleşme değişikliğine ilişkin genel kurul kararının infaz edilebilmesi şartı olarak aranmaktadır.

18. Benzer bir düzenleme de esas sermaye artırımına ilişkin şartların düzenlendiği 6762 sayılı TTK'nın 391. maddesinde yer almaktadır. Anılan madde; "Esas sermayeye karşılık olan hisse senetlerinin bedelleri tamamen ödenmedikçe, umumi heyet yeni hisse senetleri çıkarmak suretiyle sermayenin artırılmasına karar veremez. Muhtelif imtiyazları haiz mütaaddit nevi hisse senedi sahipleri mevcut olduğu takdirde, umumi heyetin kararından ayrı olarak adı geçen nevilere her birine ait hisse senedi sahiplerinin de hususi bir toplantı yaparak karar vermeleri şarttır. 389 uncu maddenin iki ve üçüncü cümlesi hükümleri bu toplantılar hakkında da tatbik olunur." hükmünü haizdir. Buna göre esas sermaye artırımına ilişkin ana sözleşme değişikliği ile diğer ana sözleşme değişiklikleri farklı bir düzenlemeye tabi tutularak; diğer ana sözleşme değişikliklerinin (6762 sayılı TTK m. 389) aksine, sermaye artırımlarında imtiyazların ayrıca ihlal edilmiş olması şartı aranmamış, sermaye artırımını ile birlikte imtiyazların herhâlde ihlal edileceği varsayımından hareket edilerek imtiyazlı pay sahiplerinin sermaye artırımını mutlaka onaylamaları zorunluluğu getirilmiştir.

19. Görüldüğü üzere imtiyazların oluşturulması için gerekli şartlar imtiyazların

kaldırılması için de geçerli olup imtiyazlar, ancak açık bir ana sözleşme değişikliği ile kaldırılabilir. Başka bir deyişle anonim şirket ana sözleşmesinde yer alan bir ya da birden fazla imtiyazın bertaraf edilebilmesi için genel kurulun bu konuda hiçbir duraksamaya yer bırakmayacak şekilde açıkça bir karar almış olması ve bu kararın imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu tarafından onaylanması gerekmektedir.

20. Yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davalı şirketin 12.09.2007 tarihinde tescil edildiği, şirketin kurucu ortaklarının K. S., A. H. B., H. Y., S. Y. ve O. Y. olduğu, ana sözleşmenin 6. maddesinde sermaye ve paylar düzenlendiği, bu kapsamda şirketin sermayesinin A ve B grubu paylara ayrılarak bu payların %50'sine tekabül eden H. Yılmaz, S. Yılmaz ve O. Yılmaz'ın eşit oranda B grubu paya sahip oldukları, diğer ortakların A grubu paya sahip oldukları, daha sonra A grubu payların yabancı uyruklu International Business Center ve B. Abdram isimli kişilere devredildiği anlaşılmaktadır.

21. Ana sözleşmenin 7. maddesinde yönetim kurulunun teşkili düzenlenmiş ve bu maddede B grubu paylara imtiyaz tanınarak yönetim kurulunun üç üyeden oluşacağı ve yönetim kurulunun iki üyesinin B grubu payların çoğunluğunun gösterdiği adaylar arasından, birinin ise A grubu payların çoğunluğunun gösterdiği adaylar arasından seçileceği, yönetim kurulu başkanının B grubu payları temsil eden, başkan vekilliğinin ise A grubu payları temsil eden yönetim kurulu üyeleri arasından seçileceği belirtilmiştir. Ana sözleşmenin 10. maddesinde ise genel kurul düzenlenmiş ve anılan maddede A grubu hisseler ile B grubu hisselerin birer oy hakkı bulunduğu belirtilmiştir.

22. Davalı şirketin 2009 yılı olağan genel kurul toplantısı 02.12.2010 tarihinde tüm ortakların katılımı ile çağrısız olarak yapılmış ve gündemin 16. maddesi ile sermayenin artırımına ve ana sözleşmenin 6. maddesinin tadil edilmesine oy birliğiyle karar verilmiştir. Ana sözleşmenin 6. maddesinin yeni hâlinde ortakların pay sayısı artırılmış, ancak payların A ve B grubu ayırımına yer verilmemiştir.

23. Davalı şirketin 06.10.2011 tarihli olağanüstü genel kurul toplantısında, toplantı çağrısında belirtildiği üzere ana sözleşmenin 7 ve 10. maddelerinin değiştirilmesine davacıların muhalefeti ile oy çokluğuyla karar verilmiştir. Davacılar vekili anılan toplantıda, ana sözleşmede imtiyazlı payların bulunmasına rağmen hazırlanmış listesinde imtiyazlı payların belirtilmediğini ileri sürerek itirazda bulunmuş; davalı şirket yetkilisinin vekili ise şirketin 02.12.2010 tarihinde yapılan genel kurul toplantısında ana sözleşmenin 6. maddesinin tadil edilerek imtiyazların kaldırıldığını savunarak gündemin görüşülmesine geçilmiştir. Davalı vekili asıl ve birleşen davada da şirketin 02.12.2010 tarihinde yapılan genel kurul toplantısında ana sözleşmenin 6. maddesinin tadil edilerek imtiyazların kaldırıldığını, bu nedenle dava konusu 06.10.2011 tarihli olağanüstü genel kurul toplantısı için imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu onayının söz konusu olmadığını savunmaktadır.

24. Davalı şirketin 02.12.2010 tarihinde yapılan olağan genel kurul toplantısının gündeminde A ve B grup ayırımının ya da imtiyazın kaldırılacağına dair bir madde ya da bir ibare yer almamaktadır. Aynı şekilde toplantı esnasında da A ve B grup ayırımının ya da imtiyazın kaldırılacağına dair bir görüş veya beyanda da bulunulmamıştır. Anılan genel kurul toplantısının 8. maddesinde yeni yönetim kurulu ve denetçinin seçimi yapılmış; 16.

maddesinde ise şirkete bugüne kadar yapılan finansal yardımların sermayeye ilave edilmesi suretiyle sermaye artışı yapılmasına karar verilerek ana sözleşmenin "sermaye ve hisseler" başlıklı 6. maddesi tadil edilmiştir. Gündemde ve 30.12.2010 tarihli ticaret sicil gazetesindeki ilanda tadil edilen 6. maddenin yeni hâli yer almış, eski hâline ise yer verilmemiştir.

25. Ayrıca anılan genel kurul toplantısında sermaye artırımına ilişkin ana sözleşmenin 6. maddesi değiştirilmeden önce yeni yönetim kurulu seçiminin yapılması ve B grubu pay sahiplerinin ana sözleşmenin 7. maddesi gereğince yönetim kuruluna aday göstermemiş olmasının sadece bu konudaki imtiyazı kullanmayarak seçim yapmaları anlamına geldiği, ancak bu durumun imtiyazın kaldırıldığı sonucunu doğurmayacağı, öte yandan ana sözleşmenin 7. maddesindeki imtiyaza uygun olarak yönetim kuruluna, B grubu pay sahiplerinden iki kişi O. Yılmaz ve S. Yılmaz'ın seçildiği, daha sonra yine ana sözleşmenin 7. maddesine uygun olarak yönetim kurulu başkanlığına B grubu pay sahiplerinden O. Yılmaz'ın, başkan yardımcılığına ise A grubu pay sahiplerinden B. Abdram'ın seçildiği anlaşılmaktadır.

26. Davalı şirketin 02.12.2010 tarihinde yapılan olağan genel kurul toplantısında sadece ana sözleşmenin 6. maddesinin tadil edilmesine karar verilmiş; yönetim kuruluna seçilmede imtiyaz tanıyan 7. madde ile A ve B grup ayrımını pekiştiren 10. madde aynen bırakılmıştır. Dolayısıyla 02.12.2010 tarihli olağan genel kurul sonrasında da imtiyaza ilişkin ana sözleşmenin 7. maddesi ile A ve B grup ayrımını pekiştiren 10. madde varlıklarını hâlen sürdürmektedir. Sadece sermaye artırımını sırasında sermayenin A ve B grubu paylara ayrıldığı şeklindeki ibare kuruluş ana sözleşmesinden

sonraki 6. maddede yer almamaktadır.

27. Bir ana sözleşmede tanınmış imtiyazlar konularıyla birlikte varlıklarını, çeşitli maddelerde sürdürüyorlarsa, A ve B grupları ayrımı ana sözleşmenin çeşitli maddelerinde belirginse imtiyazlar devam ediyor demektir. Bu kapsamda ana sözleşmenin sermayeye ilişkin maddesinde ayrıca sermayenin pay gruplarına bölünmüş olduğu ibaresinin yer almasına ve bu ibarenin her sermaye artırımında muhafaza edilmesine de gerek yoktur. Zira sermayenin gruplara ayrılmış olduğunun varlığı için bu hususun ana sözleşmeden anlaşılıyor olması yeterlidir.

28. Yukarıda da bahsedildiği üzere imtiyazların oluşturulması için gerekli şartlar imtiyazların kaldırılması için de geçerli olup imtiyazlar, ancak açık bir ana sözleşme değişikliği ile kaldırılabilir. Dolayısıyla imtiyazlar ancak ya imtiyaz esasına göre düzenlenmiş bütün hükümlerdeki imtiyazların kaldırılmasıyla ya da açık bir hükümle tüm imtiyazların kalktığı belirtilerek ana sözleşme değişikliğiyle kaldırılabilir. Dolayısıyla davalı şirketin 02.12.2010 tarihinde yapılan olağan genel kurul toplantısında ana sözleşmenin 6. maddesinin tadiliyle ve belirtilen şekilde yönetim kurulunun seçimiyle ana sözleşmenin imtiyaza dair 7. maddesinin zaten o genel kurulda kaldırıldığı, dava konusu 06.10.2011 tarihli genel kurul kararının ise bunun tespitinden ibaret olduğunun ileri sürülmesi mümkün değildir.

29. Davalı şirketin kuruluş ana sözleşmesinde B grubu payların şirketin kurucu ortaklarından Hızır Yılmaz, S. Yılmaz ve O. Yılmaz'a ait olduğu, A grubu payların ise şirketin kurucu yabancı ortaklarına ait olduğu, daha sonra A grubu payların başka yabancı uyruklu şahıslara devredildiği ancak B grubu payların

devredilmediği, hâlâ Hızır Yılmaz, S. Yılmaz ve O. Yılmaz'a ait olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla pay sahiplerinin elindeki payların hangi gruba ait olduğu hususunda belirsizlik de söz konusu değildir. Bu itibarla davalı şirketin 02.12.2010 tarihinde yapılan olağan genel kurul toplantısında sermayenin A ve B gruplarına ayrılması hususu ile yönetim kurulunun seçimindeki grup imtiyazının kaldırıldığından bahsedilemeyecektir. Başka bir deyişle 02.12.2010 tarihli olağan genel kurul toplantısından sonra dâhi davalı şirketin sermayesi A ve B grubu paylara ayrılmış olarak varlığını sürdürmekte ve yönetim kurulunun seçiminde B grubu paylara tanınan imtiyaz devam etmektedir.

30. O hâlde davalı şirketin dava konusu 06.10.2011 tarihli olağanüstü genel kurul toplantısında alınan imtiyazın kaldırılmasına ilişkin ana sözleşmenin 7 ve 10. maddelerinin değiştirilmesi kararının infaz edilmesi ancak 6762 sayılı TTK'nin 389. maddesi gereğince imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun bu yönde verecekleri bir onay kararı ile mümkündür. Her ne kadar ana sözleşmenin 10. maddesinde bir imtiyaz ön görülmemiş ise de anılan madde; ana sözleşmenin 7. maddesi ile tanınan imtiyazı ve dolayısıyla sermayenin A ve B grup ayrımını pekiştirdiği için bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bu itibarla davalı şirketin dava konusu 06.10.2011 tarihli olağanüstü genel kurul toplantısında alınan ana sözleşmenin 7 ve 10. maddelerinin değiştirilmesine ilişkin kararın, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun onayı olmadığı için infaz edilmesi mümkün değildir.

31. Bu durumda mahkemece, davalı şirketin 02.12.2010 tarihinde yapılan olağan genel kurul toplantısında ana sözleşmenin 6. maddesinin tadili ile sadece grup ayrımının kaldırıldığı, imtiyazın ise kaldırılmadığı gerekçesiyle verilen direnme kararı sonuç itibariyle doğru olmakla birlikte, yukarıda da

belirtildiği üzere davalı şirketin 02.12.2010 tarihinde yapılan olağan genel kurul toplantısında ana sözleşmenin 6. maddesinin tadili ile hem grup ayrımı hem de imtiyaz kaldırılmadığı için direnme kararının açıklanan değişik gerekçe ile onanmasına karar verilmiştir.

32. Hâl böyle olunca, direnme kararının yukarıda açıklanan değişik gerekçeyle onanması gerekmiştir.

V. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Asıl ve birleşen davada davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının yukarıda açıklanan değişik gerekçeyle **ONANMASINA,**

Harç peşin alındığından harç alınmasına yer olmadığına,

6217 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440. maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 18.01.2022 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

İkincil Tıbbi Kullanım Patenti

Patente konu buluşun yenilik ve buluş basamağı incelemesinin hâkimin hukukî bilgisiyle yapılabileceği yapılamayacağı

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 21.10.2021, E. 2017/11-145, K. 2021/1278

1. Taraflar arasındaki “patente tecavüzün tespiti ve men’i ile patent hükümsüzlüğü” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, İstanbul 1. Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesince verilen asıl davanın reddine, karşı davanın kabulüne ilişkin karar, asıl davada davacılar-karşı davada davalılar vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, Mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

2. Direnme kararı asıl davada davacılar-karşı davada davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

3. Hukuk Genel Kurulunca dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

I. YARGILAMA SÜRECİ**Asıl Davada Davacılar İstemi:**

4. Davacılar vekili; davalı tarafından müvekkilinin “ACLASTA 5mg/100ml IV İnfüzyon Çözeltisi” isimli ilacı referans gösterilerek “LUSİMA 5mg/100ml IV İnfüzyon Çözeltisi İçeren Flakon” isimli ilaç için kısaltılmış başvuru yapılarak ruhsat alındığının öğrenildiğini, davalının ilacının müvekkilinin sahibi olduğu TR 2005/04747 sayılı Avrupa patenti ile TR 2011/06480 sayılı patent başvurusu kapsamında kalan hususları içerdiğini,

bu durumun müvekkilinin patent haklarına tecavüz ve tecavüz tehlikesi oluşturduğunu, TR 2005/04747 sayılı Avrupa patentinin ikinci tıbbi kullanım patenti olduğunu ve patent koruması kapsamında bulunduğunu ileri sürerek davalının ilacının müvekkilinin patent hakkına tecavüz oluşturduğunun her bir istem bakımından ayrı ayrı tespitine, men’ine, ref’ine ve kararın ilanına karar verilmesini talep etmiştir.

Asıl Davada Davalı Cevabı:

5. Davalı vekili; müvekkili tarafından yapılan kısaltılmış ilaç başvurusunun yasal olduğunu ve referans gösterilen patente tecavüz oluşturmadığını, kısaltılmış başvuruya konu ilaç ile davacı ilacının farklı olduğunu, her ne kadar ruhsat alınmış ise de “LUSİMA” isimli ilacın piyasaya sürülmediğini, bu nedenle davanın konusunun bulunmadığını ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Karşı Davada Davacı İstemi:

6. Davacı vekili; davalıya ait TR 2005/04747 sayılı patentin istemlerinin daha önce yayımlanan belgeler karşısında yenilik ve buluş basamağın haiz olmadığı, bu nedenle patentin tüm istemler yönünden hükümsüz kılınması gerektiği gerekçesiyle davalı adına tescilli TR 2005/04747 sayılı patentin hükümsüzlüğüne ve iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Karşı Davada Davalılar Cevabı:

7. Davalılar vekili; müvekkilinin patentinin Avrupa Patent Ofisi tarafından incelendiğini ve buluşun yeni ve buluş basamağını haiz olduğunun tespit edildiğini ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkeme Kararı:

8. İstanbul 1. Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesinin 06.02.2014 tarihli ve 2011/192 E.,

2014/12 K. sayılı kararı ile; karşı davaya konu TR 2005/04747 sayılı patentin ikinci tıbbi kullanım patenti olduğu, bu hususun karşı davada davalılar tarafından da kabul edildiği, ayrıca bu hususun patent dokümanlarından da açıkça anlaşıldığı, zira patentin istemlerinin tıbbi tedavi metodunu tarif ettiği ve hastalık tedavisinde daha önce kısa periyotlarla uygulanan ilacın aynı hastalık tedavisinde uzun aralıklı periyotlarla uygulanmasını koruma altına aldığı, ikinci tıbbi kullanımla ilgili patent başvurularının tesciline olanak veren Avrupa Patent Sözleşmesi'nin [EPC (1973)] 54/5 maddesi değişikliğinin 2000 yılında yapıldığı, ancak bu değişikliğin Türkiye için 2007 yılında yürürlüğe girmesi nedeniyle söz konusu patentin verildiği tarih itibarıyla yürürlükte olan EPC (1973)'ün 52/4 maddesiyle öngörülen tıbbi tedavi metodlarının patentlenemeyeceğine ilişkin emredici hüküm karşısında dava konusu patentin esasen tescilinin mümkün olmadığı ve bu nedenle dava konusu patentin yok hükmünde olup mutlak butlanla batıl olduğu, uyumsuzluk ikinci tıbbi kullanımın EPC (1973)'ün ilgili hükümleri kapsamında hukuken korumadan yararlanıp yararlanmayacağı hususuna ilişkin olduğundan bunun tespitinin hukukî bir konu olduğu ve teknik bir inceleme ile uzaktan yakından ilgisinin bulunmadığı için bilirkişi incelemesine gerek görülmediği, öte yandan karşı davada patentin hükümsüzlüğü şartlarının oluştuğu gözetildiğinde asıl davanın dayanağının kalmadığı gerekçesiyle asıl davanın reddine ve karşı davanın kabulü ile davacı-karşı davalı adına tescilli TR 2005/04747 sayılı patentin hükümsüzlüğüne karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

9. Mahkemenin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde asıl davada davacılar-karşı davada davalılar vekili temyiz isteminde

bulunmuştur.

10. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 30.06.2015 tarihli ve 2014/14787 E.,2015/8773 K. sayılı kararı ile; "...1- Mahkemece patent hükümsüzlüğüne ilişkin karşı davada; ülkemizin de taraf olduğu Avrupa Patent Sözleşmesi (EPC) uyarınca kurulan Avrupa Patent Ofisi (EPO) tarafından verilen ve başvuru aşamasında seçili ülkelerden birisi olan Türkiye'de de ulusal patent olarak geçerli kabul edilerek sicile tescil edilen dava konusu "TR 2005/04747 sayılı Avrupa Patenti"nin; hastalık tedavisinde daha önce kısa periyotlarla uygulanan ilacın aynı hastalıkların tedavisinde uzun aralıklı periyotlarla uygulanmasının koruma altına aldığı ve "ikincil tıbbi kullanım patenti" olduğu hususunun davacı tarafça da kabul edildiği, ikincil tıbbi kullanımla ilgili patent başvurularının tesciline olanak veren Avrupa Patent Sözleşmesi'nin (EPC) 54/5. maddesi değişikliğinin 2000 yılında yapıldığı ancak bu değişikliğin Türkiye için de 2007'de yürürlüğe girmesi nedeniyle söz konusu patentin verildiği tarih itibarıyla EPC (1973) 52/4. maddesiyle öngörülen tıbbi tedavi metodlarının patentlenemeyeceğine ilişkin emredici hüküm karşısında dava konusu patentin esasen tescili mümkün olmayıp, hukuken geçersiz sayılacağından, aynı zamanda yenilik ve buluş basamağı unsurlarına sahip olup olmadığı yönünden herhangi bir inceleme yapılmasına da gerek bulunmadığı görüşüyle dava konusu patentin hükümsüzlüğüne karar verilmiştir.

Gerçekten de, Türkiye'nin de taraf olduğu EPC'nin 2007'de yürürlüğe giren değişiklik öncesi metninde (EPC 1973) "ikincil tıbbi kullanım" için açık bir düzenleme yapılmamıştır. Bu dönemde Avrupa Patent Ofisi Genişletilmiş Temyiz Kurulu'nun (EPO EBoA) verdiği G/5-83 sayılı kararında sonuç olarak patent başvurusundaki istemlerin "İsviçre tipi (swiss-type)" olarak anılan bir

biçimde yazılması hâlinde ikincil kullanıma patent verilebileceği EPO tarafından kabul edilmiştir.

Patent Haklarının Korunması Hakkında 551 Sayılı KHK'de yukarıda bahsi geçen EPC (1973) metninde yer verilen "ilk tıbbi kullanıma" ilişkin 54/5 ve değişiklik sonrası EPC (2000) metninde yer alan "ikincil tıbbi kullanıma" dair 54/5. hükümlerine muadil bir madde bulunmamaktadır. Buna karşın, "patent verilemeyecek konu ve buluşlar" ile başvurunun patentlenebilirlik koşulları gerek EPC, gerekse de 551 Sayılı KHK'de benzer şekillerde düzenlenmiştir.

Yine, EPO tarafından tescil edilen ve EPC'ye taraf ve seçilen devletlerde de ulusal patent olarak geçerliliği kabul edilmiş olan bir Avrupa Patenti'nin "Sözleşmeye taraf devletlerden birisinin ulusal mahkemesinde ve sadece bu ülke için geçerli olmak üzere hükümsüz kılınması" hususu da EPC 138. maddesinde düzenlenmiş olup, bu madde metninde de 551 Sayılı KHK 129. maddesinde sayılan hükümsüzlük nedenlerine paralel koşullar mevcuttur.

Dava konusu 2005/04747 sayılı Avrupa Patent Başvurusu tarihinde ikincil tıbbi kullanımı doğrudan yasaklayan ya da izin veren açık bir hüküm bulunmadığından bir buluşun patentlenebilirlik koşullarının varlığının tespiti bakımından yenilik ve buluş basamağı incelemesine dair genel ilkeler geçerlidir. Dolayısıyla, EPC 138. maddesine dayalı bir hükümsüzlük davasında öncelikle ikincil tıbbi kullanıma ilişkin Avrupa patentindeki istemler ile talep edilen korumanın kapsamı belirlenmelidir.

Böylece yukarıda da açıklandığı üzere, yenilik incelemesi bakımından genel ilkeler geçerli olacağından, hükümsüzlüğü istenilen uyumsuzluk konusu Avrupa patentinde yazılı istemler ile tanımlanan teknik soruna getirilen teknik çözümün;

teknikğin bilinen durumuna ait dokümanlarla karşılaştırılmak suretiyle daha önce kamuya açıklanıp açıklanmadığı, önceki doküman teknikğin bilinen durumuna dâhil bir patent ise istem/istemlerin sağladığı koruma kapsamına göre dava konusu patent ikincil tıbbi kullanım patenti olarak nitelendirilse dahi, bunun daha önce tıbbi kullanımı bilinen bir maddenin ya da karışımın yeni bir hastalığın veya yeni bir hasta grubunun tedavisinde kullanım; hastaya yeni bir uygulama yöntemi (oral, rektal, enjeksiyon vb.) veya salt doz rejim veya miktarına ilişkin bulunup bulunmadığı gibi somut uyumsuzluğa özgü hususlar kuşkuya yer bırakmayacak şekilde belirlenip, böylece de yenilik ve buluş basamağı unsurlarına sahip olup olmadığının bilirkşi incelemesi yaptırılmak suretiyle değerlendirilmesi gereklidir.

Mahkemece, gerekçeli kararda dava konusu patentin tarifname ve istemlerinin bizzat değerlendirilmesi neticesinde koruma sağlanan buluşun "tıbbi tedavi metoduna" ilişkin olduğu, bu nedenle de verildiği 2005 yılı itibarıyla EPC(1973) 52/4. maddesi uyarınca esasen patentlenebilirlik koşullarını taşımadığından geçersiz olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Ancak, davacı-karşı davalı tarafça söz konusu patentin tedavi usulüne ilişkin olmayıp, bir maddenin bir endikasyon/tedavi için daha önce bilinmeyen, öngörülme ve yeni olan uygulama yönteminde, dozaj aralığında ve dozaj miktarında bir ilacın üretiminde kullanılabilir olmasına ilişkin olduğu ve paget ve osteoporoz hastaları için fayda sağladığı, alternatif tedavilerin yan etkilere sahip ve uygulanmasının daha zor olduğu iddia edilmiştir. Mahkemece bu husus açık bir şekilde tartışılmadığından, dava konusu patentteki istemlerin mahkemenin benimsediği gibi bir "tedavi yöntemi" ya da davacı-karşı davalı tarafın iddia ettiği gibi bir "ilaç yapım usulüne" yönelik olup olmadığı

hususunda Yargıtay denetimine de açık ve eksiksiz bir değerlendirme yapıldığından söz edilemez.

Bu durumda, uyuşmazlığın hâkimin hukuki bilgisi ile çözümü mümkün olmayıp özel ve teknik bilgiyi gerektirmesi nedeniyle bilirkişi görüşü alınmak suretiyle öncelikle dava konusu 2005/04747 sayılı Avrupa patentinin tedavi metoduna ya da ilaç yapım usulüne ilişkin olup olmadığının belirlenmesi ve tedavi usulüne yönelik bir buluş niteliğinde olmadığının anlaşılması hâlinde; bu kez her bir istem bakımından önceki doküman veya patent de koruma sağlayan unsur veya istemlere nazaran patentlenebilirlik şartlarını taşıyıp taşımadığının bilirkişi görüşü alınarak belirlenmesi gerekli olup, mahkemece bu yönde ve somut uyuşmazlığa özgü bir teknik araştırma ve hukuki değerlendirme yapılmaksızın yazılı gerekçe ile karşı davanın kabulü doğru görülmemiş kararın temyiz eden davacı–karşı davalı yararına bozulması gerekmiştir.

2- (1) nolu bentte açıklanan bozma nedenine göre davacı–karşı davalı vekilinin asıl davaya yönelik temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine gerek görülmemiştir...” gerekçesiyle karar bozulmuştur.

Direnme Kararı:

11. İstanbul 1. Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesinin 08.12.2015 tarihli ve 2015/209 E., 2015/236 K. sayılı kararı ile; önceki gerekçeye ek olarak, dava konusu TR 2005/04747 sayılı patentin ikinci tıbbi kullanım patenti kategorisinde doz ve pozoloji (ilacın hastaya verilme yöntemi) patenti olduğu, doz ve pozoloji patentlerinin tıbbi tedavi metotlarını içerdiğinden genel patentlenebilirlik kriterlerini taşımadığı, bu itibarla tekniğin bilinen durumuna dâhil olduğu ve yeni olmadığı, bu durumun aşıkâr olması nedeniyle teknik bilirkişiye başvurulmadığı, zira patentlerde yer alması gereken istem formatlarının EPC ve bunun uygulanmasını

gösteren tüzük kapsamında kaldığı ve buluşun konusunun ilaç patenti mi, ilaç üretim patenti mi, yoksa tıbbi tedavi metodu mu olduğunu anlamak için teknik bilirkişiye başvurulmasına gerek olmadığı, patent hukukunu bilen herkesin tarifname ve istemi okuduğunda istem türünü anlayabileceği, mahkemenin ihtisas mahkemesi olduğu ve mahkeme hâkiminin de patent konusunda uluslararası eğitim veren ve dünyanın sayılı merkezlerinden birinde uzmanlık eğitimi aldığı, bu kadar spesifik eğitim alan bir hâkimin patent tarifnamesine bakarak buluşun hangi kategoriye girmiş olduğunu anlayabileceği gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

12. Direnme kararı süresi içinde asıl davada davacılar–karşı davada davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

13. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; asıl ve karşı dava konusu TR 2005/04747 sayılı Avrupa patentinin başvuru tarihinde EPC (1973)'te ikincil tıbbi kullanım patentlerini doğrudan yasaklayan ya da izin veren açık bir hüküm bulunmaması karşısında, dava konusu patente konu buluşun patentlenebilirlik koşullarının varlığının tespiti bakımından yenilik ve buluş basamağı incelemesinin hâkimin hukukî bilgisiyle yapılıp yapılamayacağı ve buradan varılacak sonuca göre teknik bilirkişi raporunun alınmasının gerekli olup olmadığı noktalarında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

14. Patent, hak sahibine buluşunu tekel olarak kullanma hakkı tanıyan bir belgedir. Bu belgede merkez kavram patentin konusunu oluşturan buluştur. Somut olaya uygulanması gereken 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de (KHK)ve 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren Sınai Mülkiyet Kanunu'nda (SMK) buluş kavramı tanımlanmamıştır. En geniş anlamıyla buluş, teknik bir problemi çözen ve yenilik özelliği taşıyan insan fikri olarak tanımlanabilir. Ancak fikrî emeğin neticesi olan her buluşun patent hukuku çerçevesinde korunması mümkün değildir. 551 sayılı KHK'nin 5. maddesi gereğince yeni, tekniğin bilinen durumunu aşan ve sanayiye uygulanabilir olan buluşlar, patent verilerek korunmaktadır. Benzer düzenleme EPC (2000)'in 54/1 maddesinde *"Avrupa patentleri sanayide uygulanabilen, yeni ve bir buluş basamağını içermesi koşuluyla, teknolojinin her alanındaki buluş için verilir"* şeklinde ifade edilmiştir.

15. 05.10.1973 tarihinde kabul edilen EPC (1973) Avrupa Patent Ofisini (EPO) kuran çok taraflı bir sözleşmedir. EPO tarafından EPC hükümlerine göre tescil edilen patentler "Avrupa patenti" adını almaktadır. Bu sözleşme 01.10.1977 tarihinde yürürlüğe girmiş; Türkiye bu sözleşmeye 01.10.2000 tarihinde katılmıştır. EPC (1973) 29.11.2000 tarihinde gözden geçirilmiş ve EPC (2000) nihai metni 13.12.2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye'nin EPC (2000)'e katılımı 17.03.2007 tarihinde Resmî Gazete'de yayınlanmış ve EPC (2000) Türkiye açısından da 13.12.2007 tarihinden itibaren geçerli olmaya başlamıştır.

16. Patent hukukunda bazı buluş ve konular patent koruması kapsamının dışında tutulmaktadır. Bir taraftan bazı konular teknik karakter

taşınamaları dolayısıyla koruma dışında tutulurken, bazı konuların ise teknik olarak buluş teşkil etmelerine rağmen etik sebeplerden veya başka düzenlemelerin varlığı dolayısıyla patent korumasının dışında tutulduğu görülmektedir. Türk Hukuku'nda 551 sayılı KHK'nin 6. maddesinde patent verilemeyecek konular ve buluşlar belirlenmiştir. Bu kapsamda 551 sayılı KHK'nin 6/1-e (SMK 82/3-c) maddesinde *"İnsan veya hayvan vücuduna uygulanacak cerrahi ve tedavi usulleri ile insan, hayvan vücudu ile ilgili teşhis usulleri"* patent verilemeyecek konu ve buluşlar arasında sayılmıştır. Anılan KHK'nin 6/2 maddesinde ise; 551 sayılı KHK'nin 6/1-e maddesinin bu usullerin herhangi birinde kullanılan terkip ve maddeler ile bunların üretim usullerine uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde insan ve hayvan vücuduna uygulanacak cerrahi ve tedavi yöntemleri ile insan ve hayvan vücuduyla ilgili teşhis yöntemlerinin patent koruması dışında tutulduğu, ancak bu usulde kullanılacak maddelerin ve bileşimlerin patente konu olabileceği anlaşılmaktadır. Aynı düzenleme EPC (1973) 52/4 maddesi ile EPC (2000) 53/c maddesinde de yer almaktadır.

17. Tedavi usullerinin patent korumasının dışında tutulması, doktorların ve tedavi uygulayan diğer sağlık personelinin faaliyetlerinin kısıtlanmaması amacına hizmet etmektedir. İnsan ve hayvanların hastalıklarını teşhis eden, onları tedavi eden ve cerrahi usulleri uygulayan kişilerin patentler dolayısıyla kısıtlanmaması gerekir. Esasen patentin etkisinin kısıtlanmasının sebebi de esasında kamu sağlığıdır. Dolayısıyla tedavi usulleri için öngörülen "patentlenemezlik" istisnası, tıp mesleğini icra edenlerin menfaatinden ziyade, hastaların menfaatine getirilen bir istisnadır. Zira tedavi edilmeyi bekleyen hastaların tedavilerinin, sırf tedavi usulünün patentli olmasından dolayı

yapılmaması kabul edilemez (*Yusufoğlu Fülürya: Patent Verilebilirlik Şartları, 1. Baskı, İstanbul 2014, s. 114*).

18. Görüldüğü üzere patent hukukunda tedavi usulleri patente konu olamaz iken bu usullerin herhangi birinde kullanılan bileşim ve maddeler ile bunların üretim usulleri patente konu olabilmektedir (551 sayılı KHK m. 6/2). 15.04.1994 tarihinde imzalanan ve 01.01.1995 tarihinde yürürlüğe giren Dünya Ticaret Örgütü Sözleşmesi'nin eki olan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi (TRIPS) gereğince 01.01.1995 tarihinden itibaren Sözleşme'ye taraf olan ülkelerin, ilaçlar konusunda yapılacak patent başvurularını kabul etme zorunluluğu getirilmiştir. Bu kapsamda ilaçların da patente konu olabileceği hususu 27.06.1995 tarihinde yürürlüğe giren 551 sayılı KHK'nin geçici 4/1 maddesi gereğince, tıbbi ve veteriner ilaç üretim usullerine ve ürünlerine 01.01.1999 tarihinden itibaren koruma sağlanacağı belirtilmek suretiyle düzenlenmiştir.

19. Bir tedavi usulü patente konu olamaz iken bu usulde kullanılan maddeler (ilaçlar) patente konu olabilmektedir. Ancak Türk Hukuku'nda bilinen bir maddenin (ilacın) farklı bir şekilde kullanımı açıkça düzenlenmemiştir. Bunun sebebi ise hem 551 sayılı KHK'de hem de SMK'de patentlenebilirlik şartlarından olan "yenilik" ile ilgili herhangi bir istisnaya yer verilmemiş olmasıdır. Bununla birlikte bilinen bir maddenin ilk kez bir tıbbi uygulama alanında kullanılmasını ifade eden "ilk tıbbi kullanım" ile aynı maddenin bilinenden farklı bir tıbbi uygulama alanında kullanılmasını ifade eden "ikinci (ve sonraki) tıbbi kullanımlar" EPC ile patent verilmek suretiyle korunmaktadır. EPC sisteminde bazı durumlarda bir kimyasal maddenin bir hastalığın tedavisinde kullanılabileceği tespit edilerek bu kimyasal

maddenin "ilk tıbbi kullanımı" için Avrupa patenti verilirken; bazen de bir hastalığın tedavisi için faydalı olduğu bilinen bir kimyasal maddenin farklı bir tedavi usulünde kullanımının da faydalı olduğu tespit edilerek "ikinci tıbbi kullanım" çerçevesinde Avrupa patenti verildiği görülmektedir. Bu kapsamda Türkiye'de tescilli Avrupa patentinin hükümsüzlüğü doğrudan doğruya EPC'de belirlenen patent verilebilirlik şartlarına göre incelendiğinden ilk ve ikinci tıbbi kullanıma ilişkin EPC sisteminin incelenmesi gerekmektedir.

20. Türk Hukuku'nda olduğu gibi EPC (1973) 52/4 maddesinde de teşhis, tedavi ve cerrahi usullerin patente konu olamayacağı, ancak bu usullerde kullanılan maddelerin patente konu olabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca EPC (1973) 54/5 maddesi gereğince; tekniğin bilinen durumuna ait madde ve madde bileşimleri, 52/4 maddesinde belirtilen herhangi bir usulde kullanılır ve bu usullerde kullanımları tekniğin bilinen durumuna dâhil değilse, bunlar patentlenebilir. Dolayısıyla EPC (1973) gereğince bir kimyasal maddenin herhangi bir usulde kullanılması ve bu kullanımın yeni olması hâlinde, patent ile koruma sağlanabilmektedir. Bu itibarla EPC (1973) ile tekniğin bilinen durumuna dâhil olan bir kimyasal maddenin, o ana kadar bilinmeyen bir tedavi usulünde kullanılması hâlinde "yenilik" kriterinin yerine getirildiği düzenlenmektedir (*Yusufoğlu, s. 400*). Başka bir deyişle kimyasal madde önceden (farklı bir kullanım için) bilinmekle beraber, kullanım alanından dolayı "yenilik" şartının gerçekleştiği kabul edilmektedir. Bu durumda yenilik, maddenin sadece patent başvurusunda açıklanan alanda bilinmesi ile sınırlı değildir; ayrıca bilinen madde başkaca bir tedavi amaçlı kullanımda açıklanmamış olmalıdır. Eğer önceden bilinen madde bir ürün patenti ile korunmaktaysa, tıbbi alandaki kullanımın da patente konu olabilmesi

için, bağlı patent olması gerekir. İlk tıbbi kullanıma ilişkin aynı düzenleme EPC (2000) 54/4 maddesinde de yer almaktadır.

21. İlk tıbbi kullanımın patente konu olması EPC (1973) ile kabul edilmesine rağmen bir maddenin bilinenden farklı tıbbi kullanımlarda (ikinci tıbbi kullanım) patente konu olup olmaması hususunda bir düzenleme yer almamıştır. Ancak bu dönemde düzenleme bulunmasa da bilinen bir maddenin ikinci ve sonraki tıbbi kullanımlarının patent ile korunabileceği EPO'nun içtihatlarıyla kabul edilmiştir. EPO'nun içtihatlarına göre ikinci ve sonraki tıbbi kullanımlarda patent koruması istemlerin "İsviçre tipi istem" denilen formatta yazılması şartı ile sağlanabilmektedir. İsviçre tipi istem formatında yeni bir tedavi uygulamasına yönelik bir ilacın üretiminde bir madde veya birleşimin kullanımı önerilmektedir. Dolayısıyla İsviçre tipi istem bir ürün istemi olup, ürünün kullanıldığı usul koruma kapsamı dışındadır. Bu tür istemlerde madde, sadece belli bir hastalığın tedavisi için korunmakta, aynı maddenin özel olarak belirlenen hastalık dışındaki bir başka hastalığın tedavisinde kullanılması korunmamaktadır.

22. EPC (1973) döneminde ikinci tıbbi kullanımlar EPO içtihadı gereğince "İsviçre tipi istem" aracılığı ile korunurken, 13.12.2007 tarihinde yürürlüğe giren EPC (2000)'de ikinci (ve sonraki) tıbbi kullanımlar da açık bir şekilde koruma altına alınmıştır. EPC (2000) 53/c maddesinde; insan veya hayvan vücuduna uygulanan cerrahi ve tedavi usulleri ile insan veya hayvan vücudu ile ilgili teşhis usulleri patente konu olamayacağı, 54/4 maddesinde ise ilk tıbbi kullanım düzenlenmiştir. EPC (2000) 54/5 maddesinde ise ilk tıbbi kullanımda yer alan madde veya bileşimlerin 53/c maddesinde yer alan bir usuldeki herhangi bir

somut kullanımı, bu kullanımın tekniğin bilinen durumuna dâhil olmaması hâlinde, patent koruması kapsamına alınmıştır. Bu düzenlemeye göre, bilinen bir kimyasal birleşimin birden fazla farklı kullanımları her farklı kullanım için patent ile korumaya kavuşmaktadır. EPC (2000) 54/5 maddesi ile sadece ilk tıbbi kullanım için öngörülen "amaçla sınırlı ürün istemi" ikinci tıbbi kullanım için de başvuru bir istem şekli hâline gelmiştir.

23. Görüldüğü üzere EPC (2000) 54/5 maddesi gereğince, tekniğin bilinen durumuna dâhil olan bir madde veya bileşim, tekniğin bilinen durumuna dâhil olmayan bir usulde kullanılırsa ürüne, yeni ve buluş basamağını içeren kullanımla sınırlı olmak üzere patent koruması sağlanmaktadır. Patent hukukunun temel ilkelerinin uygulanması hâlinde, ikinci ve sonraki kullanımın patente konu olabilmesi için bu kullanımın yeni olması ve buluş basamağını haiz olması gerekmektedir. EPC (2000) sisteminde de farmasötik alanda bilinen bir ürünün "yeni" kullanımı (ikinci tıbbi kullanım) patent verilebilmesi için yeterli görülmekte; bu kullanımda yenilik ve buluş basamağı üründen ziyade amaçlanan usulde aranmaktadır (*Yusufoğlu, s. 408*). Başka bir deyişle ürünün yeni olması gerekmeseyse de, usulün yeni ve buluş basamağını haiz olması ürüne patent verilmesi için gerekli ve zorunludur. Yeni ve buluş basamağını haiz olan tedavi usulünde kullanılacak ürün sadece bu amaçla sınırlı olarak korumaya kavuşacaktır.

24. Bilinen bir ilacın bilinen bir tedavi edici uygulamada kullanılmasına rağmen önceki uygulamadan farklı olarak sadece doz ve pozoloji rejimine yönelikse bu istemlerin de EPC (2000) 54/5 maddesi gereğince yeni ve buluş basamağını haiz olup olmadığı incelenmelidir (*Yusufoğlu, s. 418*). Başka bir deyişle tek yeniliğin doz ve pozoloji rejimi olan bir istemde de yenilik ve buluş basamağına

ilişkin tüm unsurların bulunması gerekmektedir. Bu durumda doz ve pozoloji rejiminin, önceden var olan ilaç rejiminden sadece lafzen farklı olması yeterli değildir, ayrıca tekniğin bilinen durumuna dâhil olan rejimden farklı bir teknik etki meydana getirmesi gerekir. Özellikle istemlerde belirtilmiş olan doz ve pozoloji rejiminin tekniğin bilinen durumuna dâhil olan doz ve pozoloji rejimine göre özel bir teknik etki göstermesi aranmaktadır. Dolayısıyla doz ve pozoloji rejimini belirten istemin EPC (2000) 54/5 maddesi gereğince korunabilmesi için sadece basit bir seçim olmaması ve ayrıca yeni ve buluş basamağını aşan bir bilgi içermesi gerekir.

25. Fikrî haklarda ülkesellik ilkesi, bu haklar ile buldukları ülke arasında oluşan bağı ifade eder. Ülkesellik ilkesi doğrultusunda kendisinden koruma talep edilen her devlet, fikri hakların hangi şartlarda ortaya çıktıklarını, ne şekilde tasarruf konusu olabileceklerini kendi hukukuna göre belirler. Koruma hangi ülkede talep ediliyorsa, korumanın içeriği o ülke hukukuna göre belirlenir. Patent hukukunda da patent hangi ülkede tescil edilmişse, kural olarak, o ülkede korunur. Ülkesellik ilkesi gereğince buluş, patent olarak birçok ülkede, o ülkelerin ulusal hukuklarına göre tescil edilecek olursa, tescil olunduğu ülkelerin ulusal hukuklarına göre ve o ülkelerin hâkimiyet sınırlarıyla sınırlı olmak üzere doğar. Dolayısıyla bir patentin Türkiye sınırları içinde korumaya kavuşabilmesi için Türk Hukuku'nda belirlenen kurallara uygun olması gerekmektedir. Örneğin buluş, 551 sayılı KHK'de yer alan patent verilebilirlik şartlarına uygun değilse patent hukukunun tanıdığı korumadan faydalanamayacaktır. Aynı şekilde, Türkiye dışındaki bir ülkede bir buluşun patent olarak korunmaya uygun olmaması, bu buluşun Türkiye'de korunamayacağı anlamına da gelmemektedir.

26. Bununla birlikte ülkesellik ilkesi, EPC (1973)'ün kabul edilmesiyle yumuşatılmıştır. EPC'ye uygun olarak verilmiş bir Avrupa patentinin Türkiye'de tescil edilmesi için 551 sayılı KHK'deki patent verilebilirlik şartlarına uygunluğu aranmamakta, EPC'de yer alan patent verilebilirlik şartlarına uygunluğu yeterli görülmektedir. Avrupa patenti, verildiği üye devletlerin her birinde, EPC'de aksi ifade edilmedikçe, o devlet tarafından verilen bir patent gibi aynı etkiye sahip olarak korunacak ve aynı şartlara tabi olacaktır (EPC m. 2/2). Başka bir deyişle Avrupa patenti verildikten sonra tescilin talep edildiği her ülkede bağımsız bir hâl olarak ülkesel bir patente dönüşmekte; bu ülkenin hukukuna tabi olmaktadır.

27. Avrupa patentine tecavüzle ilgili tüm talepler ülke hukukuna göre değerlendirilirken; Avrupa patentinin hükümsüzlüğüne yönelik taleplerde ise söz konusu patentin EPC (2000)'in 52 ilâ 57. maddeleri kapsamında patentlenebilirlik şartlarını taşıyıp taşımadığına göre değerlendirme yapılması gerekmektedir [EPC (2000) m. 138/1]. Başka bir deyişle Avrupa patentinin hükümsüzlüğünde ulusal hukuk EPC'den farklı bir düzenlemeye sahip olsa dahi EPC'deki düzenlemeler gözetilerek karar verilmelidir. Dolayısıyla Türkiye'de tescilli bir Avrupa patentinin hükümsüzlüğü talep edildiğinde hâkim tarafından 551 sayılı KHK'deki maddeler değil EPC (2000)'in 52 ilâ 57. maddeleri gözetilerek değerlendirme yapılacaktır. Türk hâkimi bu değerlendirmeyi yaparken EPC hâkimi gibi davranmayacak, hükümsüzlük şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirirken Türk hâkimi olarak serbestçe karar verebilecektir. Bu nedenle aynı Avrupa patentinin bir üye ülkede hükümsüzlüğüne karar verilirken diğer üye ülkede hükümsüzlük talebi reddedildiği görülmektedir.

28. Bu itibarla Türkiye tarafından hem EPC (1973) hem de EPC (2000) kabul edilmesinden dolayı ilk ve ikinci tıbbi kullanıma ilişkin Avrupa patentinin hükümsüzlük incelemesinin EPC hükümleri göz önünde bulundurularak yapılması gerekmektedir. Avrupa Patent Sistemi büyük ölçüde Türk Patent Hukuku'nun temelini teşkil etse de hem 551 sayılı KHK'de hem de SMK'de birinci ve ikinci tıbbi kullanım özel olarak düzenlenmemiş bu hususta sessiz kalınmıştır (*Suluk, Cahit/ Karasu, Rauf/ Nal, Temel: Fikrî Mülkiyet Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2017, s. 235*). Dolayısıyla Türkiye'de etki doğurmak üzere yapılan birinci ve ikinci tıbbi kullanıma ilişkin ulusal patent başvurusunun "yenilik" kriterinin 551 sayılı KHK hükümleri gereğince değerlendirilmesi gerekecektir. Öte yandan birinci ve ikinci tıbbi kullanıma ilişkin ulusal bir patentte "yenilik" değerlendirmesi yapılırken bu kriterin dar yorumlanmaması ve EPC sisteminin de göz önünde bulundurulması gerekir. Zira kanunlarımızda yer alan bir hükmün ruhu araştırılırken ve yorumu yapılırken kendi metinlerimiz göz önünde tutulmakla birlikte bunların mehzazının dikkate alınmasından vazgeçilemez (*Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun 28.11.1945 tarihli ve 1945/13 E., 1945/15 K. sayılı kararı*). Birinci ve ikinci tıbbi kullanıma ilişkin ulusal bir patentte "yenilik" kriteri dar yorumlanırsa Türkiye'de birinci ve ikinci tıbbi kullanıma ilişkin Avrupa patenti geçerli bir şekilde varlığını sürdürürken sadece Türkiye'de etki doğurmak üzere yapılan birinci ve ikinci tıbbi kullanıma ilişkin ulusal patentin Türkiye'de korunmaması durumu ortaya çıkabilecektir. Ayrıca birinci ve ikinci tıbbi kullanıma ilişkin bir Avrupa patenti Türkiye'de korumaya kavuşacak olması karşısında aynı yönde bir ulusal buluşun patent korumasına kavuşamaması hukukî güvensizliğe yol açacaktır.

29. Patent hukukunda yenilik ve buluş basamağının tespiti genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olmayan konulardan olduğundan, başka bir deyişle özel ve teknik bir konu olduğundan birinci ve ikinci tıbbi kullanıma ilişkin buluşlarda da yenilik ve buluş basamağı tespitinin öncelikle teknik bilirkişilerce yapılması gerekmektedir (*Atalay, Oğuz: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 1923*). Teknik bilirkişilerce tespit edilen durumlar patentin özelliğine göre yukarıda bahsedilen hususlar da gözetilerek hâkim tarafından yorumlanmalıdır.

30. Yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; asıl davada davalı tarafından kısaltılmış başvuru yapılarak alınan ruhsata konu ilacın davacının sahibi olduğu TR 2005/04747 sayılı patente tecavüz ettiği ileri sürülerek patent hakkına tecavüzün tespiti, men'i, ref'i ve kararın ilanı talep edilmiş; karşı davada ise asıl davaya dayanak TR 2005/04747 sayılı Avrupa patentinin hükümsüzlüğü talep edilmiştir. Hükümsüzlüğü talep edilen patentin sahibi olan asıl davada davacılar-karşı davada davalılar tarafından TR 2005/04747 sayılı Avrupa patentinin İsviçre tipi istem formatında yazılmış ikinci kullanım patenti olduğu ve EPC (1973) gereğince yeni ve buluş basamağına sahip olduğu, patentin tedavi usulüne ilişkin olmayıp bir maddenin bir endikasyon/tedavi için daha önce bilinmeyen, öngörülme ve yeni olan uygulama yönteminde dozaj aralığında ve dozaj miktarında bir ilacın üretiminde kullanılabilir olmasına ilişkin olduğu, böylece paget ve osteoporoz hastaları için fayda sağladığı savunulmuştur. Dosya kapsamından dava konusu TR 2005/04747 (EP1296689B1) sayılı patentin "Bisfosfonatları uygulama metodu" başlıklı Avrupa patenti olduğu, Türk Patent ve Marka Kurumu nezdinde patent başvurusunun 18.06.2001

tarihinde yapıldığı ve 2005 yılında tescil işlemi yapılarak patent belgesi verildiği anlaşılmaktadır.

31. Dava konusu patentin Avrupa patenti olması nedeniyle başvuru tarihinde yürürlükte olan EPC (1973) gereğince patentlenebilirlik şartlarına sahip olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Yukarıda da bahsedildiği üzere EPC (1973)'te ikinci tıbbi kullanımı doğrudan yasaklayan ya da izin veren açık bir hüküm bulunmadığından bir buluşun patentlenebilirlik koşullarının varlığının tespiti bakımından yenilik ve buluş basamağı incelemesine dair EPC (1973)'te yer alan genel ilkeler geçerlidir. Dolayısıyla EPC (1973) 138. maddesine dayalı bir hükümsüzlük davasında öncelikle ikinci tıbbi kullanıma ilişkin Avrupa patentindeki istemler ile talep edilen korumanın kapsamı EPO içtihatlarıyla kabul edilen İsviçre tipi istem formatı da gözetilerek belirlenmelidir.

32. Böylece hükümsüzlüğü istenilen uyumsuzluk konusu Avrupa patentinde yazılı istemler ile tanımlanan teknik soruna getirilen teknik çözümün; tekniğin bilinen durumuna ait dokümanlarla karşılaştırılmak suretiyle daha önce kamuya açıklanıp açıklanmadığı, önceki doküman tekniğin bilinen durumuna dâhil bir patent ise istem/istemlerin sağladığı koruma kapsamına göre dava konusu patent ikincil tıbbi kullanım patenti olarak nitelendirilse dahi, bunun daha önce tıbbi kullanımı bilinen bir maddenin ya da karışımın yeni bir hastalığın veya yeni bir hasta grubunun tedavisinde kullanım; hastaya yeni bir uygulama yöntemi (oral, rektal, enjeksiyon vb.) veya salt doz rejim veya miktarına ilişkin bulunup bulunmadığı gibi somut uyumsuzluğa özgü hususlar kuşkuya yer bırakmayacak şekilde yenilik ve buluş basamağı unsurlarına sahip olup olmadığının bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle tespit edilmesi gereklidir. Zira patent hukukunda yenilik ve buluş

basamağının tespiti teknik bir konu olduğundan birinci ve ikinci tıbbi kullanıma ilişkin buluşlarda da yenilik ve buluş basamağı tespiti öncelikle teknik bilirkişilerce yapılmalıdır. Teknik bilirkişilerce tespit edilen durumlar patentin özelliğine göre yukarıda bahsedilen hususlar da gözetilerek Türk hâkimi tarafından yorumlanacaktır.

33. HMK'nın "Bilirkişiye başvurulmasını gerektiren hâller" başlıklı 266/1 maddesi; "Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Ancak genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz. Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendirmedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemez." düzenlemesini içermektedir. Benzer bir düzenleme 24.11.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu'nun 3/3 maddesinde de yer almaktadır. Buna göre çözümü için hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilginin yeterli olduğu uyumsuzluk konularında bilirkişiye başvurulamayacaktır. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiden anlaşılması gereken ise sadece kanunlarda hangi bilgilerin düzenlendiği bilgisi değil, gerektiğinde içtihatla bulunarak hâkimin hukuk yaratma fonksiyonunu icra etmeye yeterli teorik ve pratik hukuk bilgisini ve karar verebilme becerisini ifade etmektedir. Bir uluslararası sözleşmenin somut olaya uygulanacak tespiti ve yorumlanması da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuk bilgisine dâhil kabul edilmelidir (Atalay, s. 1926). Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuk bilgisi objektif olarak değerlendirilmeli, teknik bir hususta mahkeme hâkiminin şahsen

uzman olması, bu konunun hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgi olarak kabul edilmemelidir.

34. Bu durumda, somut uyuşmazlığın mahkeme ihtisas mahkemesi olsa dahi, hâkimin hukukî bilgisi ile çözümünün mümkün olmadığı, özel ve teknik bilgiyi gerektirdiği gözetilerek teknik bilirkişi görüşü alınmak suretiyle öncelikle dava konusu TR 2005/04747 sayılı Avrupa patentinin tedavi metoduna ya da ilaç yapım usulüne ilişkin olup olmadığının belirlenmesi ve tedavi usulüne yönelik bir buluş niteliğinde olmadığına anlaşılması hâlinde; bu kez her bir istem bakımından önceki doküman veya patentte koruma sağlayan unsur veya istemlere nazaran patentlenebilirlik şartlarını taşıyıp taşımadığının EPC (1973) ve EPO içtihatları kapsamında yorumlanarak sonucuna göre karar verilmelidir. Zira mahkemece yukarıda bahsedilen hususlar açık bir şekilde tartışılmadığından dava konusu patentteki istemlerin “tedavi yöntemi” ya da asıl davada davacılar-karşı davada davalıların savunduğu gibi bir “ilaç yapım usulüne” yönelik olup olmadığı hususunda Yargıtay denetimine de açık ve eksiksiz bir değerlendirme söz konusu değildir.

35. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında; mahkeme hâkiminin şahsen uzman olması bu konunun hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgi olarak kabul edilemeyecek ve teknik bilirkişi raporu alınmasını gerektirecek ise de somut olay gözetildiğinde bilirkişi raporu alınmasına gerek olmadığı, zira dava konusu patentin ikinci tıbbi kullanım niteliğindeki doz ve pozoloji patenti olduğu, bu patentlerin tıbbi tedavi metodlarını içermesi nedeniyle genel patentlenebilirlik kriterlerini taşımadığı, bu nedenle dava konusu patentin hükümsüzlük şartlarının

oluşturduğu, direnme kararının bu değişik gerekçeyle onanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de; bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

36. Hâl böyle olunca Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uymak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

IV. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Asıl davada davacılar-karşı davada davalılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile asıl ve karşı davaya yönelik direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3. maddesi atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**,

İstek hâlinde temyiz peşin harcının yatıranlara geri verilmesine,

Aynı Kanun'un 440. maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 21.10.2021 tarihinde oy çokluğu ile karar verildi.

Reçetesi İlaç Markaları Bakımından Ortalama Tüketici Kavramı

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 30.09.2021, E. 2017/11-413, K. 2021/1127

1. Taraflar arasındaki “Türk Patent ve Marka Kurumu Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu (YİDK) kararının iptali ve marka hükümsüzlüğü” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, Ankara 1. Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesince verilen davanın kabulüne ilişkin karar, davalı şirket vekilinin karar düzeltme istemi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, Mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

2. Direnme kararı davalı Türk Patent ve Marka Kurumu (TÜRKPATENT) vekili ve davalı şirket vekili tarafından temyiz edilmiştir.

3. Hukuk Genel Kurulunca dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

I. YARGILAMA SÜRECİ

Davacı İstemi:

4. Davacı vekili; müvekkilinin ilaç sektöründe faaliyet gösterdiğini ve “ZİNCO” esas ibareli birçok markasının bulunduğunu, “ZİNCO” ibareli markanın müvekkili adına 2008/20911 sayı ile tescilli olduğunu, “ZİNCO” markalı ilaç için 24.04.1996 tarihinde ruhsat aldığını ve bu markayı 1996 yılından beri fiili olarak kullandığını, davalının ise müvekkilinin markasına benzer şekilde ve aynı sınıftaki mallarda kullanılmak üzere “Zincobest” ibareli marka başvurusunda bulunduğunu, müvekkilinin bu başvuruya yapmış olduğu itirazın

nihai olarak YİDK tarafından reddedildiğini, oysa bu kararın 556 sayılı KHK'nin 8/1-b maddesine aykırı olduğunu, müvekkili markaları ile davalı başvurusunun benzer olduğunu, tüketicilerin bu markayı müvekkilinin seri markası gibi algılayabileceklerini ve karıştırılmanın kaçınılmaz olacağını, davalı markasındaki “best” ekinin “en iyi” anlamına geldiğini ve markaya herhangi bir ayırt edicilik sağlamadığını ileri sürerek YİDK kararının iptaline ve tescil edilmesi hâlinde “Zincobest” ibareli markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabı:

5. 1. Davalı TÜRKPATENT vekili; dava konusu marka başvurusu ile davacı markalarında yer alan “zinc” ibaresinin “çinko” anlamına geldiğini, başvuru kapsamında bulunan ilaç ve gıda tamamlayıcıları gibi mallar yönünden bu ibarenin etken maddeyi belirttiğini ve jenerik bir terim olduğunu, taraf markalarını taşıyan ürünlerin reçeteli ve ancak eczane gibi işyerlerinde satılmasının gerektiğini, bu ürünlerin ortalama tüketicilerinin eczacı ve doktorlar olduğunu, bu nedenle başvuru ile davacı markaları arasında karıştırılma ihtimalinin bulunmadığını ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

5. 2. Davalı şirket vekili; müvekkilinin ilaç sektöründe faaliyet gösterdiğini ve ürünlerini birçok ülkeye pazarladığını, müvekkilinin “Zincobest” ibareli başvurusunda yer alan “ZİNC” ibaresinin “çinko” anlamına geldiğini, bu kapsamda dava dışı birçok şirketin çinko etken maddesini içeren “ZİNCO” ve “ZİNKO” esas ibareli birçok ilaç markasının bulunduğunu, bu ibarenin davacının tekeline bırakılmayacağını, ayrıca müvekkilinin “Zincobest” markalı ürününün reçeteli satıldığını ve ortalama tüketicilerinin eczacılardan ve doktorlardan oluşturduğunu, bu itibarla

müvekkilinin başvurusu ile davacı markalarının karıştırılma ihtimalinin bulunmadığını ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkeme Kararı:

6. Ankara 1. Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesinin 15.07.2014 tarihli ve 2012/213 E., 2014/177 K. sayılı kararı ile; davacı şirket adına tescilli "ZİNCO" ibareli birçok markanın bulunduğu, davalı başvurusu kapsamında yer alan emtialar ile davacı markaları kapsamında bulunan emtiaların aynı olduğu, "ZİNCO" ibaresinin yabancı dillerdeki karşılığının "çinko" elementini belirttiği ve bu elementin kullanıldığı ürünler yönünden "ZİNCO" ibaresinin ayırt ediciliği düşük vasıf bildirici bir kelime olduğu, ayrıca davacıya ait "ZİNCO" markalı ürünler ile davalıya ait "Zincobest" markalı ürünlerin özellikle reçete dışı alınması durumunda aynı işletmenin seri markası olarak değerlendirilip karıştırılabileceği, en azından davalı ile davacı arasında idari ve ekonomik bir bağın olduğu düşüncesinin söz konusu olabileceği, bu durumda davalı başvurusu ile davacı markalarının 556 sayılı KHK'nin 8/1-b maddesi anlamında benzer olduğu ve aralarında iltibas tehlikesinin bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulü ile YİDK kararının iptaline ve davalı şirket adına tescil olunan "Zincobest" ibareli markanın hükümsüzlüğüne karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

7. Mahkemenin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalı TÜRK PATENT vekili ve davalı şirket vekili temyiz isteminde bulunmuş, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 23.02.2015 tarihli ve 2014/17331 E.,2015/2346 K. sayılı kararı ile kararın onanmasına karar verilmiş, bunun üzerine süresi içinde davalı şirket vekili karar düzeltme isteminde bulunmuştur.

8. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 09.12.2015 tarihli ve 2015/6264 E.,2015/13174 K. sayılı kararı ile; "...*Dava, TPE YİDK kararının iptali ve markanın hükümsüzlüğü istemine ilişkindir.İlaç emtiası bakımından etken madde veya tedavisi hedeflenen hastalığa doğrudan atıf yapan işaretler tanımlayıcı niteliktedirler. Jenerik veya etken maddeden türetilen ilaç markaların da ayırt edicilik vasfına sahip olmak koşuluyla marka olarak tescili mümkündür.*

Somut olayda davacı vekili, davalının 05. sınıf yönünden 2008/20911 sayılı "ZINCOBEST" ibareli marka başvurusunun müvekkilinin aynı sınıfta tescilli "ZİNCO" ibareli markalarıyla iltibas yaratacağını ileri sürmüştür. Mahkemece alınan bilirkişi raporunda İngilizce, İtalyanca ve Portekizce gibi bazı dillerde "çinko" anlamına gelen "ZİNCO" ibaresinin eczacılıkta, kimyacılıkta, metalürjide ve pek çok sektörde kullanılan bir element olduğu, bu elementin büyüme, gelişme geriliği, iştahsızlık, immun sistem problemleri, yara iyileşmesi ve saç dökülmesi gibi rahatsızlıklara karşı tedavide kullanılan ilaçların etken maddesi olduğu belirtilmiştir. Davacı markasından farklı olarak davalının marka başvurusundaki aynı etken maddeden türetilen "ZINCOBEST" markasının doktor ve eczacıdan oluşan uzman kullanıcı kesimi dikkate alındığında 556 sayılı KHK'nin 8/1-b maddesi kapsamında davacı markası ile iltibas ihtimali bulunmadığından davacı vekilinin bu yöne ilişkin karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin 23.02.2015 gün 2014/17331 Esas-2015/2346 Karar sayılı onama kararı kaldırılarak kararın yukarıda belirtilen gerekçe ile davalı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir..." gerekçesiyle karar bozulmuştur.

Direnme Kararı:

9. Ankara 1. Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesinin 10.05.2016 tarihli ve 2016/19 E., 2016/140 K. sayılı kararı ile önceki gerekçelere ek olarak; taraf markalarının kapsamında yer alan ürünlerin çoğunluğunun reçetesiz olarak kullanılabilen tamamlayıcı ve ilave nitelikteki ilaç benzeri ürünlerden oluştuğu, dolayısıyla bu ürünlerin alıcılarının sadece eczacı ve doktorlar gibi profesyonellerden oluşmadığı, bu ürünlerin genel alıcılarının ortalama bilgi ve özen düzeyine sahip tüketiciler olduğu ve karıştırılma ihtimalinin bu tüketiciler yönüyle değerlendirilmesi gerektiği, dava konusu “Zincobest” ibareli başvuru ile başta “ZİNCO” olmak üzere davacı markalarının gerek görsel gerekse de fonetik açıdan birbiriyle benzer oldukları, başvuru konusu işaretin görsel ve sescil olarak bıraktığı umumi intiba itibarıyla davacının “ZİNCO” ibareli markasının seri marka izlenimi yarattığı ve yeni düzenlenmiş bir versiyonu olduğu yönünde algı oluşturduğu, görsel ve sescil olarak bıraktığı intibandan da birbirleriyle karıştırmayı tesis edecek kadar güçlü olduğu gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

10. Direnme kararı süresi içinde davalı TÜRKPATENT vekili ve davalı şirket vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

11. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; bazı yabancı dillerde “çinko” anlamına gelen “ZİNCO” ibaresinin pek çok sektörde kullanılan bir element olması ve davalının “Zincobest” ibareli marka başvurusu kapsamında yer alan ürünlerin bir kısmının reçeteli olarak satılacak olması karşısında davacı markaları ile

davalı başvurusu arasında ürünlerin ortalama tüketicileri gözetildiğinde 556 sayılı KHK'nin 8/1-b maddesi gereğince karıştırılma ihtimalinin bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE**A-Davalı TÜRKPATENT vekilinin temyiz talebi yönünden yapılan incelemede;**

12. Bilindiği üzere hukukî yarar dava şartı olduğu kadar, temyiz istemi için de aranan bir şarttır. Davalı TÜRKPATENT vekilince ilk karara yönelik olarak karar düzeltme isteminde bulunulmamış olması nedeniyle direnme kararına karşı temyiz talebinde bulunulmasında hukukî yarar bulunmamaktadır. O hâlde davalı TÜRKPATENT vekilinin temyiz isteminin hukukî yarar yokluğundan reddine karar verilmelidir.

B-Davalı şirket vekilinin temyiz talepleri yönünden yapılan incelemede;

13. Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle konuya ilişkin yasal düzenlemeler ile hukukî kavram ve kurumların ortaya konulmasında yarar vardır.

14. Bilindiği üzere, Türk Hukuku'nda sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir. Dava tarihi itibarıyla somut olaya uygulanması gereken 556 sayılı KHK'nin 7. maddesinde bir marka tescil başvurusunun TÜRKPATENT tarafından “mutlak ret nedenleri” kapsamında yapılacak inceleme sonucunda reddedilmesinin koşulları belirlenmiştir. Mutlak ret nedenlerinin ortak özelliği, marka olarak tescili talep olunan işaretin kamuyu ilgilendirmesi veya kamuya mal olmasıdır. Ret nedenlerinin mutlak karakteri icabı, herhangi bir kişinin ileri sürmesine gerek kalmaksızın TÜRKPATENT ve mahkeme

tarafından "re'sen" dikkate alınır. Zira mutlak ret nedenleri birer def'i değil, itiraz sebebidir. Mutlak ret nedenlerini, mükellefiyetleri olmamasına rağmen, 556 sayılı KHK'nin 34. maddesi gereği herkes Kurum'un bilgisine arz edebilir ve ilgililer (tescil neticesinde menfaat kaybına uğrayabilecek kişiler) de 556 sayılı KHK'nin 35. maddesi çerçevesinde "itiraz" konusu yapabilirler. İlgililer bu itirazlarından feragat edemezler. İtiraza rağmen YİDK tarafından verilen kesinleşmiş tescil kararına karşı, 556 sayılı KHK'nin 53. maddesi gereğince iptal davası ikame edilebilir. Bu davalarda, mutlak ret nedenleri mahkemece re'sen dikkate alınır. YİDK kararlarının iptali için açılan davalarda mutlak ret nedenleri hakkındaki inceleme ve değerlendirme başvuru tarihindeki koşullara göre yapılır. Mutlak ret nedenlerinden birinin varlığı dolayısıyla tescil olunmaması gerekirken her nasılsa tescil olunan bir markaya karşı 556 sayılı KHK'nin 42/1-a maddesi gereğince hükümsüzlük davası açılabilir. Böyle bir dava sonuçlanmadan tescili yolsuz da olsa bir markanın kullanımı engellenemez (*Karan, Hakan/Kılıç, Mehmet: Markaların Korunması 556 sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara, 2004, s.79-80*).

15. 556 sayılı KHK'nin 8. maddesinde ise markanın tescili ile ilgili "nispi ret nedenleri" düzenlenmiştir. Bu nedenlerin ortak özelliği, tescili talep olunan marka üzerinde üçüncü bir kişinin üstün hak iddiasına dayanmasıdır. Mutlak ret nedenlerinden farklı olarak nispi ret nedenlerinin kamu menfaati ile herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır. Nispi ret nedenleri, mahkeme veya Kurum tarafından re'sen dikkate alınmazlar. Bunların mutlaka 556 sayılı KHK'nin 35. maddesi gereğince ilgili kişiler (yani daha önceki bir tarihte tescil edilmiş veya tescil başvurusunda bulunmuş bir markanın sahibi ile tescilsiz markayı kullanarak bu işaret üzerinde daha eski bir tarihte hak

kazanmış olan kişiler) tarafından "itiraz" olarak ileri sürülmesi gerekir. İlgili kişiler, itiraz hakkını kullanmaktan feragat edebilirler. Nispi ret nedenlerinden birinin varlığı dolayısıyla tescil olunmaması gerekirken her nasılsa tescil olunan bir markaya karşı 556 sayılı KHK'nin 47 ilâ 53. maddeleri arasındaki prosedür takip edilerek kesinleşmiş YİDK kararı aleyhine iptal davası açılabilir gibi, 556 sayılı KHK'nin 42/1-b maddesindeki şartlar dairesinde hükümsüzlük davası da ikame edilebilir.

16. Somut olay ile ilgisi bulunması bakımından nispi ret nedenlerinden 556 sayılı KHK'nin 8/1-b maddesi üzerinde durulmasında yarar vardır.

17. 556 sayılı KHK'nin 8/1-a ve b maddesindeki düzenleme; *"Tescil edilmiş veya tescil için başvuru yapılmış bir markanın sahibi tarafından itiraz yapılması durumunda aşağıdaki hallerde marka tescil edilemez:*

a) Tescil için başvurusu yapılan marka, tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı ise ve aynı mal veya hizmetleri kapsıyorsa,

b) Tescil için başvurusu yapılan marka, tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya benzer ise ve tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer ise, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın halk tarafından karıştırılma ihtimali varsa ve bu karıştırılma ihtimali tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile ilişkili olduğu ihtimalini de kapsıyorsa..." hükmünü haizdir. Buna göre anılan madde kapsamında tescil için başvurusu yapılan marka ile tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka arasında halk

tarafından karıştırılma ihtimalinden (iltibas) bahsetmek için hem karşılaştırmaya konu marka işaretleri arasında hem de işaretlerin tescil edileceği mal ve hizmetler arasında aynılık veya benzerlik olması gerekir.

18. 556 sayılı KHK'nin 8/1-b maddesi kapsamında markalara ait mal ve hizmet listelerinde yer alan mal ve hizmetlerin "aynı veya benzer" olup olmadığının değerlendirilmesinde, sınıflandırmaya ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemelerin bağlayıcı kurallar içermediği dikkate alındığında, karşılaştırma konusu mal ve hizmetlerin ait oldukları sınıf numaraları ile bağlı kalınmamalıdır. Karşılaştırmaya konu mal veya hizmet farklı sınıflarda yer almakla birlikte, hammadde-mamul ilişkisi, pazarlama koşulları, amaçları, satış sonrası servis ve onarım süreçlerinde ortaya çıkan müşteri çevresindeki ayniyet, birinin diğeri yerine ikame edilebilmesi gibi birçok açıdan benzerlik içerebilmektedir. Bu itibarla karşılaştırmaya konu mal veya hizmet farklı sınıflarda olsa da "aynı veya benzer" olabilmektedir.

19. Tescil için başvurusu yapılan marka ile tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka arasında karıştırılma ihtimalinden bahsedebilmek için mal ve hizmetin aynı veya benzer olmasının yanında işaretlerin de "aynı veya benzer" olması gerekmektedir. İşaretler arasında karıştırılma ihtimali değerlendirmesi yapılırken işaretler arasında görsel, işitsel ve anlamsal benzerliğin yanında esas olarak halk nezdinde bir bütün olarak uyandırdığı izlenim esas alınmalıdır. Buradaki "halk" kavramından kastedilen ülkede yaşayan tüm kişiler değil, o markanın ayırt ettiği mal veya hizmet sektöründen bu mal veya hizmeti talep eden ortalama tüketicidir. Bu kapsamda marka, özel bir alıcı çevresine hitap ediyorsa, karıştırılma ihtimalinin

değerlendirmesinde bu alıcı çevresi, ortalama tüketici olarak kabul edilmelidir. Aynı şekilde malın alıcısı belirli konularda uzman kişilerden oluşuyorsa karıştırılma ihtimali değerlendirilmesinde bu kişiler dikkate alınmalıdır.

20. İlaç markalarında karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde, ilaçların reçeteli veya reçetesiz satılmasının söz konusu olduğu gözetildiğinde reçeteli satılan ilaçlarda doktor ve eczacıların dikkate alınması gerekirken; reçetesiz satılan ilaçlarda ise bunların kullanıcılarının dikkate alınması gerekmektedir. Ancak ilaçların doğrudan insan sağlığı ile bağlantılı olduğu düşünüldüğünde reçetesiz ilaçların alıcı kitlesinin dikkat düzeyinin sıradan bir ürünü alırken gösterdikleri dikkat düzeyinden çok daha fazla olduğu unutulmamalıdır. Üstelik tüketicinin eczanelerde, marketlerde olduğu gibi raftan ilaç seçip satın alması mümkün değildir; zira 12.04.2014 tarihli ve 28970 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Eczacılar ve Eczaneler Hakkındaki Yönetmelik gereğince ilaçların tüketicinin doğrudan ulaşmasına imkân vermeyecek şekilde saklanması zorunludur. Dolayısıyla ilaç reçetesiz satılsa dahi tüketici tarafından istenen ilaç ancak eczacı tarafından tüketiciye verilecektir.

21. Karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde önemli olan bir diğer husus ise önceki markanın ayırt edici niteliğidir. Marka olarak tescil edilmek istenen işaretin ayırt edici niteliğinin kuvveti, kullanılacağı mal veya hizmetlerin vasıfları ile yakından ilişkili olup işaretin kullanılacağı mal veya hizmetlere olan uzaklığı ne kadar fazla ise o oranda güçlü bir ayırt edici niteliğe sahip olduğundan bahsedilebilecektir (*Yasaman, Hamdi: Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi Cilt 1, İstanbul, 2004, s. 62*). Bu bağlamda ayırt edici nitelikte olmak koşuluyla tüm işaretlerin,

marka olarak tescili mümkün olmakla beraber bu hususta sınır, işaretin marka olarak kullanılacağı mal veya hizmetlerle ilişkili olmaması, onları çağrıştıracak niteliği haiz bulunmamasıdır.

22. Bir işaretin bir mal veya hizmeti somutlaştırması ve ayırt edici kılabilmesi için mümkün olduğunca o mal veya hizmetin kendisini, cinsini ve genel tabiatını çağrıştıran kavramlardan uzaklaşması ve onlardan bağımsızlaşması gerekir. Bu anlamda kullanılacağı mal veya hizmetleri tanımlayan, betimleyen kelimeleri içeren işaretler, ayırt edici niteliği olmadığından marka olarak tescil edilemezler. Gerçekten de 556 sayılı KHK'nin 7/1-c maddesinde "Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren" işaretlerin marka olarak tescil edilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla bir mal veya hizmetleri tanımlayan, betimleyen kelimeleri içeren işaretler ayırt edici niteliğe sahip olmadıkları için marka olarak tescil edilemezler; ancak kullanılacağı bu mal veya hizmeti çağrıştıran işaretlerin marka olarak tescili mümkündür. Böyle bir marka ise ayırt ediciliği zayıf olduğundan bu markayı seçen kişi, normalde iltibas teşkil edecek benzerlerinin başkası tarafından kullanılmasına katlanmak zorunda kalır. Örneğin ilaç markalarında, etken madde veya tedavisi hedeflenen hastalığı doğrudan çağrıştıran işaretler, ayırt edicilik niteliği zayıf olan işaretler olduğundan marka sahibinin, ufak bazı değişiklikler yapılması suretiyle yeni marka başvurularına katlanması gerekebilecektir.

23. Yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davalı şirket tarafından

15.09.2009 tarihinde "Zincobest" ibaresinin marka olarak tescili istemiyle TÜRKPATENT'e başvuruda bulunduğu, tescil kapsamında 05. sınıfta "İnsan ve hayvan sağlığı için ilaçlar, tıbbi amaçlı kimyasal ürünler ve elementler. Tıbbi amaçlı diyet maddeleri; zayıflatıcı ürünler; bebek mamaları; tıbbi amaçlı bitkiler ve bitkisel içecekler. Diş hekimliği için ürünler (aletler/cihazlar hariç). Hijyen sağlayıcı ürünler (pedler, tamponlar, tıbbi amaçlı yakılar, pansuman malzemeleri dahil). Zararlı bitkileri, hayvanları ve mantarları imha edici maddeler. Mekanlar için koku gidericiler, koku vericiler (kişisel kullanım amaçlı olanlar hariç). Dezenfektanlar, antiseptikler (mikrop öldürücüler), tıbbi amaçlı deterjanlar" yer aldığı, başvurunun ilan edilmesi üzerine davacı tarafından "ZINCO" ibareli markaları dayanak gösterilerek itirazda bulunduğu, itirazın Markalar Dairesince reddi üzerine, yeniden inceleme isteminin de YİDK tarafından reddedildiği ve başvurunun 11.10.2012 tarihinde tescil edildiği anlaşılmaktadır.

24. Hemen belirtilmesi gerekir ki, mahkemece davalı şirket adına tescilli olan dava konusu "Zincobest" ibareli markanın tüm emtialar yönünden hükümsüzlüğüne karar verilmiş; Özel Dairece sadece "Zincobest" ibareli markanın tescil kapsamında yer alan ilaç emtiası yönünden karar bozulmuş, mahkemece yukarıda belirtilen gerekçelerle direnme kararı verilmiştir. Bu durumda mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık sadece "Zincobest" ibareli markanın tescil kapsamında yer alan ilaç emtiası noktasındadır.

25. Dosya kapsamından "zinc" ve "zinco" ibaresinin bazı yabancı dillerde kimyasal simgesi "Zn" olan "çinko" elementini ifade ettiği, çinko elementinin eczacılık, kimya ve metalürji gibi birçok alanda kullanıldığı, ayrıca büyüme ve gelişim geriliği, iştahsızlık, diyare, immun sistem problemleri, yara iyileşmesi ve saç dökülmesi gibi

rahatsızlıklar karşı bunların tedavisinde kullanılan ilaçların etken maddesi olduğu anlaşılmaktadır. Davalı tarafından marka başvurusundan önce çinko etken maddesini içeren “ZINCOBEST 15mg/5ml şurup (Çinko Sülfat Heptahidrat)” isimli ilaç için ruhsat alınmış ve anılan ilacın “reçeteli” satılmasına müsaade edilmiştir.

26. Davacı adına marka olarak tescilli “ZINCO” ibaresi, çinko etken maddesini içeren ilaçlar için ayırt ediciliği zayıf bir marka niteliğindedir. Bu itibarla davacının ufak bazı değişiklikler yapılması suretiyle “ZINCO” ibaresini içeren ve etken maddesi çinko olan ilaç emtiaları yönünden yeni marka başvurularına katlanması gerekir. Zira tarafların markalarının esaslı unsuru “ZINCO” olmakla birlikte davalı markasında yer alan “BEST” ibaresi ilaç emtiaları yönünden markaların karıştırılma ihtimalini ortadan kaldırmıştır.

27. Bununla birlikte her ne kadar davacı tarafından “ZINCO” markası altında üretilen ilaçların bazılarının reçeteli bazılarının ise reçetesiz satılması söz konusu ise de davalı tarafından “ZINCOBEST” markası altında üretilen ilacın reçeteli satılabilecek olması karşısında reçeteli satılan ilaçların ortalama tüketicilerinin eczacılar ve doktorlar olması nedeniyle karıştırılma ihtimalinin bulunmadığı kabul edilmelidir. Yine yukarıda da açıklandığı üzere reçetesiz satılan ilaçlar da ilaçların doğrudan insan sağlığı ile bağlantılı olduğu düşünüldüğünde bu ilaçların alıcı kitlesinin dikkat düzeyinin sıradan bir ürünü alınırken gösterdikleri dikkat düzeyinden çok daha fazla olduğu, zira bu ilaçların da eczanede satıldığı ve eczanelerde marketlerde olduğu gibi raftan ilaç seçip satın alınmasının mümkün olmadığı gözetildiğinde reçetesiz ilaçlarda da “ZINCO” ibaresi ile “ZINCOBEST” ibaresinin karıştırılma ihtimalinin

bulunmadığı aşikardır.

28. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında; davalı markasına eklenen “best” ibaresinin “en iyi” anlamına geldiği, dolayısıyla “ZINCOBEST” markasının “ZINCO” markasının en iyisi gibi anlaşılacağı, ilaçlar reçeteli satılsa dahi eczacı ve doktorların da bu iki markayı karıştırabileceği, aynı işletmenin seri markaları gibi algılandığı, bu itibarla direnme kararının onanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de; bu görüş yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

29. O hâlde direnme kararının Özel Daire bozma kararında belirtilen nedenler yanında yukarıda açıklanan genişletilmiş gerekçe ve nedenlerden dolayı bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

IV. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

I- A bendinde (§12) belirtilen gerekçelerle davalı TÜRKPATENT vekilinin temyiz isteminin hukuki yarar yokluğundan oy birliği ile **REDDİNE**,

II- B bendinde (§13-29) belirtilen gerekçelerle davalı şirket vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında belirtilen nedenler ve yukarıda açıklanan genişletilmiş gerekçe ve nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanun’un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na eklenen “Geçici madde 3” atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 429. maddesi gereğince oy çokluğu ile **BOZULMASINA**,

İstek hâlinde temyiz peşin harcının yatırımlara geri verilmesine,

Aynı Kanun'un 440. maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 30.09.2021 tarihinde karar verildi.

Meslek Adı İçeren Markalar Farklı Sınıflarda da Olsa Tescil Edilemez

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27.01.2022, E. 2019/11-371, K. 2022/70

1. Taraflar arasındaki “marka hükümsüzlüğü” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul (Kapatılan) 3. Fikri ve Sınâî Haklar Hukuk Mahkemesince verilen davanın kabulüne ilişkin karar, davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda onanmış, davalı vekilinin karar düzeltme istemi üzerine onama kararı kaldırılarak bozulmuş, Mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

2. Direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

3. Hukuk Genel Kurulunca dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

I. YARGILAMA SÜRECİ**Davacı İstemi:**

4. Davacı vekili; davalının 2011/79848 numaralı “eczacı” ibareli markanın sahibi olduğunu, markadaki ibarenin 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin (556 sayılı KHK) 7/1-d maddesi uyarınca marka olarak tescilinin mümkün olmadığını, eczacının, eczacı mektep ve fakültelerinden mezun olan kişilerin, yine mevzuatta yer alan diğer koşulları sağlamaları koşulu ile icra ettikleri meslek olarak tanımlandığını, belirli bir meslek grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan “eczacı” ibareli

markanın tescil edilemeyeceğini ileri sürerek davalı adına tescilli 2011/79848 numaralı “eczacı” ibareli markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabı:

5. Davalı vekili; dava konusu ibarenin geçmişte taltif ve şükranların tezahürü olarak verilen unvana dayandığını, Eczacıbaşı Topluluğunun kurucusu olan kişinin babasına üstün hizmetleri nedeniyle verilen bu unvanın sonrasında ailenin soyadı ile şirketlerin unvanı ve markaların ayırt edici ibaresi hâline geldiğini, bu suretle meslek ismi olma niteliğinden çıkarak aileye ve aileye ait şirketleri temsil eden kişilere mal olmuş bir isim hâline geldiğini, müvekkiline ait markaların yüksek oranda tanınmış olduklarını ve aynı ibareyi içeren birçok markanın bulunduğunu, bu tanınmışlığın toplum nezdinde “eczacı” ve “Eczacıbaşı” şeklinde vücut bulduğunu, anılan markalara ciddi yatırımların yapıldığını, medyada da “eczacı” ibaresi ile haberlerin mevcut olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkeme Kararı:

6. İstanbul (Kapatılan) 3. Fikri ve Sınâî Haklar Hukuk Mahkemesinin 19.12.2014 tarihli ve 2014/71 E., 2015/286 K. sayılı kararı ile; davacının marka tanınmışlığının “Eczacıbaşı” ibaresi kapsamında olduğu, sunulan hiçbir markada sadece “eczacı” ibaresinin kullanılmadığı, bu ibarenin tanınmış olmayıp “Eczacıbaşı” ibaresinden farklı anlam içerdiği, benzer olmamaları nedeniyle davalının isim hakkı ve tanınmışlığa dair iddialarına itibar edilemeyeceği, bir kısım medya haberlerinde “eczacı” ibaresi kullanılmakla beraber açıklamalarda “Eczacıbaşı” ibaresinin kullanıldığı, dava tarihinden sonraki internet sayfalarından çıkartılan yazışmalarda ise “eczacı” ibaresinin kullanılmış

olduğu, “eczacı” ibaresinin bir meslek grubunu ifade ettiği, bu sebeple anılan ibarenin 556 sayılı KHK’nın 7/1-d maddesi kapsamında değerlendirileceği, davalının gerek isim hakkı sahibi olduğu, gerekse diğer markalarında esaslı unsur olarak kullandığı “Eczacıbaşı” ibaresinin ise bundan farklı olduğu, davalı tarafın her ne kadar isim hakkı ve başka markalarda tescilli hak sahibi olduğu “Eczacıbaşı” ibaresinin türemiş ilk kelimesi olan “eczacı” ibaresini marka olarak tescil ettirmiş ise de “eczacı” ibaresinin, eczacılık fakültesinden mezun olan ve doğrudan meslek olan eczacılık mesleğini yapmaya hak kazananları tanımladığından ve bu meslek erbabı dışında başka kimse dışında tarafından kullanılamayacak nitelikte bir ibare olması sebebiyle 556 sayılı KHK’da belirtilen mutlak ret nedeni sayılacağı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

7. Mahkemenin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalı vekili temyiz isteminde bulunmuş, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 17.02.2016 tarihli ve 2015/7572 E.,2016/1634 K. sayılı kararı ile kararın onanmasına karar verilmiş, bunun üzerine davalı vekili karar düzeltme isteminde bulunmuştur.

8. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 22.02.2018 tarihli ve 2016/6838 E., 2018/1372 K. sayılı kararı ile; “...1- Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilamında benimsenen gerektirici sebeplere göre, davalı vekilinin HUMK 440. maddesinde sayılan hallerden hiçbirini ihtiva etmeyen aşağıdaki bent dışında kalan sair karar düzeltme isteğinin reddi gerekir.

2- Dava, marka hükümsüzlüğü istemine ilişkin olup, mahkemece davalı adına tescilli 2011/79848 sayılı “eczacı” ibareli markanın 556 sayılı

KHK’nin 5 ve 7/1-d maddeleri gereğince hükümsüzlüğüne ve sicilden terkinine karar verilmiştir.

556 sayılı KHK’nin 7/1-d maddesinde ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret ve adları münhasıran veya esas unsur olarak içeren işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceği düzenlenmiştir. Ancak bir işaretin marka olarak tescilinin mümkün olup olmadığının değerlendirmesi yapılırken söz konusu ibare ile tescil kapsamındaki mal ve hizmetler arasında ilişki olması hususu göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim bir marka başvurusunun tescil edilebilirlik ölçütlerini anlamada kolaylık sağlaması için gerek TMPK (TPE) tarafından çıkartılan Marka İnceleme Klavuzunun KHK’nin 7/1-d maddesiyle ilgili açıklamasında, gereksede KHK’nin mehası olan AB Topluluk Markası Marka İnceleme Klavuzunun, AB Marka Tüzüğü’nün 7/1-d maddesine ilişkin açıklamalarda, meslek adlarının ancak makul seviyede bilgili, gözlemci ve dikkatli ortalama halk kitlesi tarafından bu meslekle bağlantı kurabilecekleri mal ve hizmetler yönünden tescil engeli oluşturması gerektiği ilkesi benimsenmiştir. Dava konusu işaret ile kapsamındaki mal ve hizmetler arasında bu ilişkinin kurulamaması halinde 556 sayılı KHK’nin 7/1-d maddesi gereğince marka tescil edilebilecek ve tescili sağlanmışsa hükümsüz kılınmayacaktır. Yani, 556 sayılı KHK’nin 7/1-d maddesi değerlendirilirken ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret ve adların söz konusu mesleklerle ilişki kurulamayacak mal veya hizmetler için tescilinin mümkün olduğu kabul edilerek sonuca varılmalıdır.

Dava konusu hükümsüz kılınan “eczacı” ibareli markanın 3., 5. ve 10. sınıflar hariç olmak üzere 1 ila 45. sınıflarda davalı adına tescil edildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bir meslek erbabını ifade etmek üzere kullanılan “eczacı” ibaresinden oluşan marka ancak bu meslekle ilişki kurulacak mal ve hizmetler için 556 sayılı KHK'nin 7/1-d maddesi gereğince hükümsüz kılınabilecekse de markanın kapsamındaki eczacı mesleğiyle ilişki kurulamayacak mal ve hizmetler için hükümsüz kılınamayacağından, mahkemece, dava konusu marka kapsamındaki mal ve hizmetlerin hangilerinin eczacı mesleğiyle ilişkili olup olmadığının bilirkişi incelemesi yoluyla tespit edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir. Bu itibarla, yerel mahkeme hükmünün bozulması gerektiğinden davalı vekilinin karar düzeltme itirazının kabulüyle Dairemizin 17/02/2016 tarihli 2015/7572 Esas 2016/1634 Karar sayılı onama ilamının kaldırılarak, yukarıda anılan gerekçeyle mahkeme kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir...” gerekçesi ile karar oy çokluğuyla bozulmuştur.

Direnme Kararı:

9. İstanbul 1. Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesinin 27.11.2018 tarihli ve 2018/276 E., 2018/451 K. sayılı kararı ile önceki gerekçeyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

10. Direnme kararı süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

11. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; dava konusu “eczacı”

ibareli markanın 556 sayılı KHK'nın 7/1-d maddesi kapsamında hükümsüzlüğü için mahkemece yapılacak olan değerlendirmede, anılan marka kapsamındaki mal ve hizmetlerin eczacılık mesleğiyle ilgilerinin bilirkişi incelemesiyle belirlenmesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

12. Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle konuya ilişkin yasal düzenlemeler ile hukukî kavram ve kurumların ortaya konulmasında yarar bulunmaktadır.

13. Marka, ortak markalar ve ticaret markaları dâhil ticaret markaları veya hizmet markalarını ifade etmekle, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini diğerinden ayırt etmesi koşuluyla isimler dâhil sözcük, sesler, biçim, harf, sayı, ürünlerin şekli veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen yahut benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayımlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaret olarak tanımlanabilir (*Türk Hukuk Kurumu; Türk Hukuk Lügatı, C. I, Ankara 2021, s. 763, 764*). Hemen belirtmek gerekir ki, tescilli bir markanın, ait olduğu mal ve hizmetler bakımından sağladığı korumanın kapsamı ve sınırları 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 sayılı Sinaî Mülkiyet Kanunu (SMK) ile düzenlenmiştir. Ancak somut olayda uyuşmazlığın çözümü için başvuru ve dava tarihinde yürürlükte bulunan 556 sayılı KHK'nın uygulanması gerekmektedir.

14. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 5/1. maddesi “Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi

adları dâhil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayımlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir” hükmünü haizdir. Belirtilen düzenlemeden de anlaşılacağı üzere ayırt edici nitelik, marka olarak tescili istenen işaretlerde aranan en temel unsurdur. Bunun yanında marka olarak tescil edilmek istenen işaretin ayırt edici niteliğinin kuvveti ise kullanılacağı mal veya hizmetlerin vasıfları ile yakından ilişkili olup işaretin kullanılacağı mal veya hizmetlere olan uzaklığı ne kadar fazla ise o oranda güçlü bir ayırt edici niteliğe sahip olduğundan bahsedilebilecektir. Aksi durumda ise marka olarak tescili istenen işaretin, kullanılacağı mal veya hizmeti çağrıştırdığı oranda ayırt edici niteliği zayıflayacaktır (*Yasaman, Hamdi: Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi Cilt I, İstanbul 2004, s. 62*).

15. Bilindiği üzere, 556 sayılı KHK ile sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir. 556 sayılı KHK'nın 7. maddesinde bir marka tescil başvurusunun Türk Patent ve Marka Kurumu (TPMK) tarafından “mutlak ret nedenleri” kapsamında yapılacak inceleme sonucunda reddedilmesinin koşulları belirlenmiştir.

16. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 7. maddesinde düzenlenen mutlak ret nedenlerinin ortak özelliği, marka olarak tescili talep olunan işaretin kamuyu ilgilendirmesi veya kamuya mal olmasıdır. Ret nedenlerinin mutlak karakteri icabı, herhangi bir kişinin ileri sürmesine gerek kalmaksızın TPMK ve mahkeme tarafından “re’sen” dikkate alınırlar. Zira mutlak ret nedenleri birer def’i değil, itiraz sebebidirler. Mutlak ret nedenlerini, mükellefiyetleri olmamasına rağmen, 556 sayılı KHK'nın 34. maddesi gereği herkes

TPMK'nın bilgisine arz edebilir ve ilgililer (tescil neticesinde menfaat kaybına uğrayabilecek kişiler) de 556 sayılı KHK'nın 35. maddesi çerçevesinde “itiraz” konusu yapabilirler. İlgililer bu itirazlarından feragat edemezler. İtiraza rağmen Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu (YİDK) tarafından verilen kesinleşmiş tescil kararına karşı, 556 sayılı KHK'nın 53. maddesi gereğince iptal davası ikame edilebilir. Bu davalarda, mutlak ret nedenleri mahkemece re’sen dikkate alınır. Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu kararlarının iptali için açılan davalarda mutlak ret nedenleri hakkındaki inceleme ve değerlendirme başvuru tarihindeki koşullara göre yapılır. Mutlak ret nedenlerinden birinin varlığı dolayısıyla tescil olunmaması gerekirken her nasılsa tescil olunan bir markaya karşı 556 sayılı KHK'nın 42/1-a maddesi gereğince hükümsüzlük davası açılabilir. Böyle bir dava sonuçlanmadan tescili yolsuz da olsa bir markanın kullanımını engellenemez (*Karan, Hakan/Kılıç, Mehmet: Markaların Korunması 556 sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004, s. 79-80*).

17. Somut dava ile ilgisi bulunması bakımından mutlak ret nedenlerinden 556 sayılı KHK'nın 7/1-d maddesi üzerinde durulmasında yarar vardır.

18. 556 sayılı KHK'nın 7/1-d maddesi; ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan ibareleri münhasıran veya esas unsur olarak içeren markaların, marka olarak tescil edilemeyeceği hükmünü haizdir. Buna göre ticaret alanında herkesin kullanımına açık olan yahut meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret ve isimleri münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar tescil edilemeyecektir. Ayrıca Avrupa Birliği Marka

Direktifi'nin 3/1-d maddesinde de, günlük dilde ya da iyi niyetli ve yerleşik ticari uygulamalarda mutad hâle gelmiş olan işaretler ya da adlandırmaları münhasıran içeren ibarelerin marka olarak tescil edilemeyeceği, tescil edilmiş ise hükümsüz kılınacağı belirtilmiştir. Buna göre anılan niteliği haiz bir ibareyi esas unsur olarak içeren bir markanın tescili mümkün olmadığı gibi bu nitelikte bir ibareyi içeren markanın tescil edilmiş olması hâlinde de 556 sayılı KHK'nın 42. maddesi gereğince hükümsüzlüğüne karar verilebilir.

19. Bu düzenlemenin amacı, ticaret alanında işin doğası gereği herkes tarafından kullanılan sözcük, işaret ve adlandırmanın yine herkesin kullanımına açık olmasını sağlamak, anılan ibarelerin marka olarak tescil edilip belirli kişi veya kişilerin tekeline bırakılmasını engellemektir. Ancak önemle belirtilmelidir ki; 556 sayılı KHK'nın 7/1-d maddesi kapsamında bir markanın tescilinin engellenmesi yahut tescil edilmiş olması hâlinde hükümsüz kılınabilmesi için ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret ve adların markalarda esas unsur olarak yer alması gerekir. Başka bir ifadeyle, 556 sayılı KHK'nın 7/1-d maddesinde belirtilen nitelikteki ibareyi esas unsur olarak içermeyen, markanın ayırt ediciliğini sağlayan esas unsurlar yanında yan unsur olarak kullanan bir markanın tescili, mevzuattaki diğer koşulların da varlığı hâlinde aynı KHK'nın 7/1-d maddesi kapsamında engellenemez (*Karan, Kılıç, s. 88*).

20. Ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan ibareleri esas unsur olarak içeren markalardaki ibarelerin, kapsamlarındaki mal ve hizmetlerle olan ilişkilerinin 556 sayılı KHK'nın 7/1-d maddesi

kapsamında yapılacak değerlendirmede nazara alınıp alınmayacağı da uyumsuzluğun niteliği itibarıyla önem arz eden bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. 556 sayılı KHK'nın 7/1-d maddesindeki düzenlemede, ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan ibarelerin markanın kapsamındaki mal ve hizmetlerle ilişkisinin, anılan ibarenin marka olarak kullanımını engelleyip engellemeyeceğine dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla, aynı KHK'nın 7/1-d maddesindeki niteliği haiz bir ibarenin mutlak ret nedeni kapsamında tescilinin engellenebilmesi yahut hükümsüzlüğüne karar verilebilmesi için ibarenin kullanılacağı markanın kapsamındaki mal veya hizmetler ile ilgili yahut ilişkili olması gerektiğine dair bir koşul madde metninde mevcut değildir.

21. Markada kullanılacak olan ibarenin, marka kapsamındaki mal veya hizmetlerle ilişkisine göre mutlak ret nedenleri kapsamında değerlendirileceğine dair açık düzenleme, 556 sayılı KHK'nın 7/1-c maddesinde mevcut olup anılan hükümde; ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markaların, marka olarak tescilinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Bununla birlikte bir markanın 556 sayılı KHK'nın 7/1-c maddesindeki mutlak ret nedeni kapsamında marka olup olmayacağına dair yapılacak değerlendirmede, markanın kapsamındaki mal ve hizmetler ile kullanılacak ibare arasındaki ilişkinin belirlenmesi önem arz etmekte olup anılan hükümde bu durum, aynı KHK'nın 7/1-d maddesi hükmünden farklı olarak açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca 556 sayılı

KHK'nın 7/1. maddesinin (e) ve (f) bentlerinde de aynı KHK'nın 7/1-c maddesindeki gibi mutlak ret nedenleri söz konusudur.

22. Öte yandan 556 sayılı KHK'nın 7/1-d maddesindeki mutlak ret nedeni kapsamında yapılacak olan değerlendirmede ise, madde metninde buna dair bir açık bir düzenlenenin yer almaması nedeniyle, marka kapsamındaki mal veya hizmetler ile esas unsur olarak kullanılacak olan ibare arasındaki ilişkinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bu doğrultuda 556 sayılı KHK'nın 7/1-d maddesine giren ad ve işaretlerin kullanılacağı mal ve hizmetlerle herhangi bir bağlantısı aranmaksızın anılan bentteki koşulları taşıyan ad ve işaretlerin marka olarak tescili engellenecektir. Bu itibarla ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan ibareleri münhasıran veya esas unsur olarak içeren markaların, kapsamlarındaki mal veya hizmetlerden bağımsız olarak 556 sayılı KHK'nın 7/1-d maddesi kapsamında tescili mutlak ret nedenleri kapsamında engellenebilecek olup bu hâliyle tescil edilmiş olan markalar da aynı KHK'nın 42. maddesi kapsamında hükümsüz kılınabilecektir.

23. Yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; dava konusu 2011/79848 sayılı markadaki "eczacı" ibaresinin münhasıran ve esas unsur olarak markada yer aldığı, marka kapsamında 3, 5, ve 10. sınıflar hariç 1 ilâ 45. sınıf arasındaki tüm mal ve hizmetlerin bulunduğu, anılan markanın "eczacı" ibaresinden başka bir unsur içermeyen salt kelime markası olduğu, "eczacı" kelimesinin Türk Dil Kurumu nezdinde "Eczacılık fakültesinden mezun olarak eczacılık mesleğini yapmaya hak kazanmış kimse" şeklinde tanımlandığı anlaşılmaktadır. Ayrıca 6179 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 1.

maddesinde eczacılık mesleği "Eczacılık; hastalıkların teşhis ve tedavisi ile hastalıklardan korunmada kullanılan tabii ve sentetik kaynaklı ilaç hammaddelerinden değişik farmasötik tipte ilaçların hazırlanması ve hastaya sunulması; ilacın analizlerinin yapılması, farmakolojik etkisinin devamlılığı, emniyeti, etkinliği ve maliyeti bakımından gözetimi; ilaçla ilgili standardizasyon ve kalite güvenliğinin sağlanması ve ilaç kullanımına bağlı sorunlar hakkında hastaların bilgilendirilmesi ve çıkan sorunların bildirimini yapılmasına ilişkin faaliyetleri yürüten sağlık hizmetidir." şeklinde tanımlanmıştır. Eczacıların görev, yetki ve sorumluluklar, eczanelerin açılması hususları da aynı Kanun ile Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Bu kapsamda eczacı işyeri ruhsatı ancak eczacılar tarafından alınabilecek olup eczacıyı tanıtıcı işaretleri de sadece eczacılar kullanabilirler.

24. Dava konusu markada kullanılan ibareye dair yukarıda yapılan tanım nazara alındığında; "eczacı" kelimesinin 556 sayılı KHK'nın 7/1-d maddesinde belirtildiği şekilde belirli bir meslek grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan bir isim olduğu açık olup anılan kelime, bahse konu meslek mensupları dışında başka kimse tarafından marka olarak kullanılamayacak niteliktedir. Bunun yanında dava konusu markanın, 556 sayılı KHK'nın 42/1-a maddesindeki yollamayla aynı KHK'nın 7/1-d maddesi çerçevesinde hükümsüzlüğüne karar verilebilmesi için "eczacı" ibaresinin, marka kapsamındaki mal ve hizmetlerle ilişkisinin incelenmesi gerekmez. Zira belirli bir meslek grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan bir ibarenin mutlak ret sebebi sayılabilmesi için yapılacak değerlendirmede, markanın kapsamındaki mal veya hizmetler ile ibare arasında bir ilişkinin bulunup bulunmadığının araştırılması

gerektiğine dair bir koşul, 556 sayılı KHK'nın 7/1-d maddesinde mevcut değildir. Dolayısıyla bir meslek grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan "eczacı" ibaresini içeren markanın, 556 sayılı KHK'nın 7/1-d maddesi gereğince eczacılık mesleği ile ilgili yahut ilişkilendirilebilecek türdeki mal veya hizmetlerde marka olarak tescili mümkün olmadığı gibi bu meslekle ilgili yahut ilişkilendirilebilecek nitelikte olmayan mal veya hizmetlerde de marka olarak tescili mümkün değildir.

25. Bununla birlikte davalı tarafça; "eczacı" ibaresinin 556 sayılı KHK'nın 7/2. maddesi anlamında kullanım ile kapsamındaki mallar bakımından ayırt edici niteliğe kavuştuğu, bu sebeple dava konusu markanın hükümsüzlüğüne karar verilemeyeceği belirtilmiş ise de; markasal kullanımın "eczacı" ibaresinden ziyade "Eczacıbaşı" ibaresi kapsamında olduğuna, her iki ibarenin de aynı olmayıp farklı anlamlar içerdiğinden anılan ibarenin 556 sayılı KHK'nın 7/1-d maddesi kapsamında mutlak ret nedeni sayılacağına dair verilen ve ilk aşamada onanan mahkeme kararına karşı davalı tarafça ileri sürülen karar düzeltme itirazları üzerine Özel Dairece, bu hususla alakalı karar düzeltme itirazlarının reddine karar verilmiş olup bu hâliyle dava konusu markaya ilişkin 556 sayılı KHK'nın 7/2. maddesi kapsamındaki savunma, uyuşmazlık konusu olmaktan çıkmıştır. Dolayısıyla dava konusu "eczacı" ibaresinin 556 sayılı KHK'nın 7/2. maddesi uyarınca davalı kullanımı sonucu kapsamındaki mallar bakımından ayırt edici niteliğe kavuştuğuna dair savunmaya itibar edilemez.

26. Öte yandan her ne kadar Özel Dairece, marka başvurusunun tescil edilebilirlik ölçütlerini anlamada kolaylık sağlaması için TMPK tarafından çıkartılan Marka İnceleme Kılavuzunun 556 sayılı KHK'nın 7/1-d maddesiyle ilgili açıklamasında,

meslek adlarının ancak makul seviyede bilgili, gözlemci ve dikkatli ortalama halk kitlesi tarafından bu meslekle bağlantı kurabilecekleri mal ve hizmetler yönünden tescil engeli oluşturması gerektiği belirtilmiş ise de; anılan kılavuzun amacına dair açıklamanın yer aldığı kısımda, kılavuzun 556 sayılı KHK'nın 7 ve 8. maddelerine ilişkin TPMK'nın uygulamalarına esas olan kriterleri gösterme amacıyla hazırlandığı açık olarak belirtilmiştir. Buna ek olarak, her ne kadar mevcut vakia ve örnekler esas alınarak hazırlanmış ise de bu çalışmanın genel bir kılavuz niteliğinde olduğu, yasal bir metin olmadığı vurgulanmış, taraflar ve kurumun gerektiğinde 556 sayılı KHK'ya, aynı KHK'nın Uygulama Yönetmeliklerine ve yetkili mahkemelerin aynı KHK ile ilgili yorumlarına başvurmak zorunda oldukları ifade edilmiştir. Buradan hareketle TPMK tarafından çıkartılan Marka İnceleme Kılavuzunun hukukî anlamda herhangi bir bağlayıcılığının bulunmadığı açık olup işbu dava konusu marka hakkında 556 sayılı KHK'nın 7/1-d maddesi kapsamında yapılacak olan değerlendirmede, anılan kılavuzun göz önünde bulundurulması zorunlu değildir.

27. Neticeten davalıya ait 2011/79848 sayılı markadaki "eczacı" ibaresinin, 556 sayılı KHK'nın 7/1-d maddesi gereğince mutlak ret nedeni olan belirli bir meslek grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan bir isim olması sebebiyle, aynı KHK'nın 42/1-a maddesi uyarınca dava konusu markanın hükümsüzlüğüne dair verilen direnme kararı yerindedir.

28. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında dava konusu marka hakkında 556 sayılı KHK'nın 7/1-d maddesi çerçevesinde yapılacak incelemede markanın kapsamındaki mal ve hizmetlere ilişkin olarak bozma kararında belirtildiği şekilde bir bilirkişi incelemesi yapılması

gerektiği yönünde görüş bildirilmiş ise de bu görüş, yukarıda açıklanan sebeplerle Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

29. O hâlde, direnme kararı usul ve yasaya uygun olup onanması gerekmektedir.

IV. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının **ONANMASINA**,

Harç peşin alındığından harç alınmasına yer olmadığına,

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440. maddesi uyarınca kararın tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 27.01.2022 tarihinde oy çokluğu ile karar verildi.

Yz. İşl. Md.

Ticaret Unvanının Markasal Kullanımı Tecavüz Oluşturur

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18.01.2022, E. 2019/11-372, K. 2022/10

1. Taraflar arasındaki “markaya tecavüzün ve haksız rekabetin tespiti, men’i ve ref’i ile ticaret unvanının terkinin” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi tarafından ilk derece mahkemesi kararına yönelik davalı vekilinin istinaf başvurusunun esaslan reddine ilişkin olarak verilen karar, davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, ilk derece mahkemesince Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

2. Direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

3. Hukuk Genel Kurulunca dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

I. YARGILAMA SÜRECİ**Davacı İstemi:**

4. Davacı vekili; müvekkili şirketin 2007 yılından bu yana taşımacılık ve kurye hizmetleri sektöründe "Goose express+Şekil" ve "Goose+Şekil" ibareli markaları ile yurt içinde ve yurt dışında faaliyet gösterdiğini, ayrıca “Goose” ibaresinin müvekkilinin ticaret unvanının asli unsuru olduğunu, 2015 yılında kurulan davalı şirketin müvekkili ile aynı sektörde “Moose” ibaresi ile faaliyet göstermeye başladığını ve ticaret unvanında da yer alan “Moose” ibaresini markasal olarak

kullandığını, davalı şirketin ayrıca "Moose express+Şekil" ibaresinin marka olarak tescili için başvuruda bulunduğunu, davalı şirket tarafından kullanılan “Moose” ibaresinin müvekkilinin ticaret unvanı ve markaları ile ayırt edilemeyecek derecede benzer olduğunu, davalı şirket kurucularından Burak Kanat’ın daha önce müvekkili şirkette müdür olarak görev yaptığını, davalı şirketin müvekkilinin sektördeki tanınmışlığından haksız yarar sağlamak amacıyla ve kötü niyetli olarak “Moose” ibaresini kullandığını, bu durumun markaya tecavüz ve haksız rekabet teşkil ettiğini ileri sürerek markaya tecavüzün ve haksız rekabetin tespiti, men’i ve ref’i ile davalının ticaret unvanından "Moose" ibaresinin çıkarılmasına, "Moose express+Şekil" ibaresinin marka olarak tescil edilmesi hâlinde markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabı:

5. Davalı vekili; davacıya ait markanın müvekkili şirketin ortağı ve yöneticisi olan Burak Kanat tarafından oluşturulduğunu, müvekkili şirket tarafından kullanılan “Moose” ibaresinin davacının ticaret unvanında ve markalarında yer alan “Goose” ibaresi ile karıştırılma ihtimalinin bulunmadığını ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

İlk Derece Mahkemesi Kararı:

6. İzmir Fikrî ve Sınâî Haklar Hukuk Mahkemesinin 22.09.2016 tarihli ve 2015/170 E., 2016/118 K. sayılı kararı ile; tarafların taşımacılık ve kurye hizmetleri sektöründe faaliyet gösterdikleri, davacı şirketin 2007 tarihinde kurulduğu ve unvanının kılavuz sözcüğünün "G.O.O.S.E" ibaresi olduğu, davacının ayrıca "Goose express+Şekil" ve "Goose+Şekil" ibareli markalar ile faaliyet gösterdiği, davalının kullandığı "Moose ekspres+Şekil" ibaresinin davacı markası ile aynı renk ve benzer formda olduğu, davalı tarafından bu

ibare için ayrıca marka tescil başvurusunda bulunulduğu, davalının marka seçimi ve fiili kullanımının renk, tarz ve ticaret unvanı seçimi ile davacıya yaklaştığı, "Goose" ibaresi ile "Moose" ibaresinin görsel ve işitsel olarak benzer olduğu, ibarelerin baş harfinin farklı olmasının karıştırılma ihtimalini ortadan kaldırmadığı, davalının "Moose" ibaresini davacı ile aynı sektörde kullanmasının iltibas yarattığı ve bu durumun markaya tecavüz ve haksız rekabet teşkil ettiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile markaya tecavüzün ve haksız rekabetin tespitine, önlenmesine, bu kullanımlarının durdurulmasına ve tecavüzün sonuçlarının ortadan kaldırılmasına, davalının ticaret unvanından "Moose" ibaresinin çıkartılmasına, marka tescil edilmediğinden vakitsiz açılan marka hükümsüzlüğü davasının reddine ve kararın ilanına karar verilmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararı:

7. İlk derece mahkemesinin yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalı vekili tarafından istinaf başvurusunda bulunulmuştur.

8. İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesinin 11.11.2016 tarihli ve 2016/20 E., 2016/22 K. sayılı kararı ile; ilk derece mahkemesi kararının usul ve esas yönünden hukuka uygun olduğu gerekçesiyle davalı vekilinin istinaf başvurusunun HMK'nin 353/1-b-1 maddesi gereğince esastan reddine karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

9. Bölge adliye mahkemesinin yukarıda belirtilen kararı süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

10. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 12.11.2018 tarihli ve 2017/235 E., 2018/6947 K. sayılı kararı ile; "...*Dava, marka hakkına tecavüzün tespiti, meni, ticaret unvanının terkini ve davalı adına*

yapılan marka başvurusunun hükümsüzlüğü istemine ilişkin olup, Mahkemece davacı ile davalının taşımacılık alanında faaliyet gösterdiği, davalının markasal kullanımlarının davacı markasına tecavüz oluşturduğu, davalının ticaret unvanının yeterli ayırt ediciliğe sahip olmadığı gerekçesiyle davalının 'Moose' ibaresini 39. sınıfta taşımacılık alanında markasal kullanımlarının davacı markasına tecavüz oluşturduğunun tespitine ve menine, davalının ticaret unvanından 'Moose' ibaresinin çıkarılmasına karar verilmiştir. Ancak, "Goose" ibareli davacı markaları ile davalının markasal kullanımına konu "Moose" ibarelerinin görsel ve kavramsal açıdan farklı olduğu, özellikle davacı ve davalı markalarında bulunan logoların farklı olması, taraf markalarında kullanılan ibarelerin yabancı dildeki anlamlarının markalarda kullanılan logolarla örtüşmesi nedeniyle davacı markaları ile davalının markasal kullanımlarının iltibas oluşturmadığı, davalının ticaret unvanının davacı ticaret unvanından yeterli ayırt edicilik vasfına sahip olduğu, nitekim yargılama sırasında alınan bilirkişi raporu ile davacı tarafından, davalının marka tecavüzü nedeniyle şikayet edilmesi neticesinde soruşturma aşamasında alınan bilirkişi raporunda da aynı sonuca varıldığı hâlde mahkemece hatalı gerekçeye dayalı olarak; marka hakkına tecavüzün tespiti ve meni ile davalının ticaret unvanından 'Moose' ibaresinin çıkarılmasına karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın davalı yararına bozulması gerekmiştir..." gerekçesiyle karar bozularak kaldırılmış ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.

Direnme Kararı:

11. İzmir Fikrî ve Sınâî Haklar Hukuk Mahkemesinin 07.03.2019 tarihli ve 2019/11 E., 2019/45 K. sayılı kararı ile; önceki gerekçeyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

12. Direnme kararı süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

13. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davacının ticaret unvanında ve markalarında yer alan "Goose" ibaresi ile davalının ticaret unvanında yer alan ve markasal kullanımına konu olan "Moose" ibareleri arasında karıştırılma ihtimali oluşturacak şekilde benzerlik bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

14. Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle markanın ve ticaret unvanının korunmasına ilişkin yasal düzenlemeler ile hukukî kavram ve kurumların ortaya konulmasında yarar bulunmaktadır.

15. Bilindiği üzere dava tarihinde yürürlükte bulunan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (565 sayılı KHK) ile sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir. Marka tescilinden doğan hakların kapsamı ise 556 sayılı KHK'nın 9. maddesinde (6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun (SMK) 7. maddesinde) sayılmıştır.

16. 556 sayılı KHK'nın 9. maddesi; "Marka tescilinden doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir. Marka sahibi, aşağıda belirtilen fiillerin önlenmesini talep edebilir:

a) Markanın tescil kapsamına giren aynı mal ve/veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması.

b) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal ve/veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal ve/veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından, işaret ile tescilli marka arasında ilişkilendirilme ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması.

c) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal ve/veya hizmetlerle benzer olmayan, ancak Türkiye'de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle tescilli markanın itibarından dolayı haksız bir yarar elde edecek veya tescilli markanın itibarına zarar verecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması.

Aşağıda belirtilen durumlar, birinci fıkra hükmü uyarınca yasaklanabilir:

a) İşaretin mal veya ambalajı üzerine konulması.

b) İşareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi veya bu amaçla stoklanması, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi veya o işaret altında hizmetlerin sunulması veya sağlanması.

c) İşareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması.

d) İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması.

e) İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması koşuluyla, işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılması.

Markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayın tarihi itibarıyla hüküm ifade eder.

Marka tescil başvurusunun bültende yayınlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmesi hâlinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle başvuru sahibi, tazminat davası açmaya yetkilidir. Mahkeme, öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayınlanmasından önce karar veremez.” şeklinde düzenleme içermektedir.

17. Yine 556 sayılı KHK'nın 61. maddesi (SMK'nın 29. maddesi) ise, hangi fiillerin marka hakkına tecavüz sayılacağını açıklamıştır. Bu madde; *“Aşağıda sayılan fiiller marka hakkına tecavüz sayılır:*

a) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı 9'uncu maddede belirtilen biçimlerde kullanmak.

b) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek.

c) Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak veya ticari amaçla elde bulundurmak.

d) Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek” hükmünü içermektedir.

18. Görüleceği üzere, tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve bu nedenle bağlantı ihtimali de dâhil halk nezdinde karıştırılma ihtimali

bulunan herhangi bir işaretin, markanın tescilli olduğu mallarla aynı veya benzer mallarda kullanılması marka hakkına tecavüz teşkil oluşturmaktadır. Karıştırılma ihtimalinden bahsedilmek için halkın bu iki işaret arasında herhangi bir şekilde, herhangi bir sebeple bir bağlantı kurması yeterlidir. Başka deyişle halk aldığı mal veya hizmetin başka bir işletmeye ait olduğunu bilse fakat güvendiği işletme ile mal veya hizmet aldığı işletme arasında ekonomik bir bağlantı bulunduğunu zannetse bile “karıştırılma ihtimali” vardır (*Tekinalp, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2012, s. 434*). Buradaki “halk” kavramından ortalama niteliklere sahip olan tüketicilerin anlaşılması gerekir.

19. Hemen belirtilmelidir ki, herhangi bir işaretin marka gibi kullanılması “markasal kullanım” olarak adlandırılmaktadır. Bir işaretin marka olarak kullanılıp kullanılmadığı ise o işaretle karşı karşıya gelen ortalama niteliklere sahip bir tüketicinin algısına göre belirlenmelidir. Şayet ortalama tüketici, o işareti bir mal veya hizmetin markası gibi algılıyorsa markasal kullanımdan söz edilecektir. Markasal kullanımdan söz edebilmek için işaretin sadece mal veya hizmet üzerinde kullanılması zorunlu olmayıp, ilanlarda, kataloglarda, ticari belgelerde kullanılması mal veya hizmetle bağlantılı olarak markasal etki doğuracak şekildeki tüm kullanımları markasal kullanım oluşturacaktır (*Bilge, Mehmet Emin: Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi, Ankara, 2014, s. 116*).

20. Bu kapsamda daha önce tescil edilmiş bir markanın varlığı karşısında marka ile aynı veya benzer ibareler içeren bir ticaret unvanının markasal olarak kullanılması da marka hakkına tecavüz teşkil edecektir. Zira marka ve ticaret unvanı esas itibarıyla farklı işlevlere sahiptir. Ticaret unvanı

bir taciri diğer tacirlerden ayırt etmeyi sağlarken, marka ise bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini diğer bir teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlamaktadır. Ticaret unvanı veya unvanda yer alan bir kelime, ticaret sicilinde yazılı hâlinde farklı olarak mal veya hizmetle bağlantılı şekilde kullanılır ve bu kullanıma artık markasal değer atfedilirse, 556 sayılı KHK'nın 9. maddesinde belirtilen durumun olduğu kabul edilerek marka hakkına tecavüz söz konusu olacaktır. Bu durumda ticaret unvanı, taciri değil, teşebbüsün mal veya hizmetini diğer bir teşebbüsün mal veya hizmetinden ayırt etme fonksiyonunu da üstlenmektedir. Buna karşılık ticaret unvanının markasal olmayan ve tescilli olduğu biçimde unvan olarak kullanılması durumunda marka hakkına tecavüzdü ve haksız rekabetten söz edilemeyecektir.

21. Tescilli ticaret unvanına tecavüz edilen kimsenin hakları ise dava tarihinde yürürlükte bulunan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 52. maddesi ile düzenlenmiştir. 6102 sayılı TTK'nın 52/1 maddesi "*Ticaret unvanının, ticari dürüstlüğe aykırı biçimde bir başkası tarafından kullanılması hâlinde hak sahibi, bunun tespitini, yasaklanmasını; haksız kullanılan ticaret unvanı tescil edilmişse kanuna uygun bir şekilde değiştirilmesini veya silinmesini, tecavüzün sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, gereğinde araçların ve ilgili malların imhasını ve zarar varsa, kusurun ağırlığına göre maddi ve manevi tazminat isteyebilir. Maddi tazminat olarak mahkeme, tecavüz sonucunda mütecavizin elde etmesi mümkün görülen menfaatinin karşılığına da hükmedebilir*" şeklinde düzenleme içermektedir.

22. 6102 sayılı TTK'nın 52. maddesinde belirtilen "*ticaret unvanının, ticari dürüstlüğe aykırı biçimde bir başkası tarafından kullanılması*"

ibaresinin, ticaret unvanının aynısının veya karıştırılma (iltibas) ihtimali oluşturacak derecede benzerinin bir başkası tarafından kullanılması şeklinde anlaşılması gerekir. Dolayısıyla 6102 sayılı TTK'nın 52. maddesi gereğince ticaret unvanını önceden tescil ettiren tacir, daha sonra tescil ettirilen ve ticari dürüstlüğe aykırı biçimde bir başkası tarafından kullanılan ticaret unvanının, ayrıca sicildeki kaydının değiştirilmesini veya silinmesini de dava edebilir.

23. Ticaret unvanı "çekirdek" ve "ek" olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır. Ticaret unvanının çekirdek kısmı; tacirin gerçek veya tüzel kişi olmasına ve tüzel kişilerde ise hukukî türe göre değişiklik gösterir. Ticaret unvanı, çekirdek kısmı, bir kişinin adı ve soyadını gösteriyorsa kişi unvanı, bir şirketin konusunu gösteriyorsa konu unvanı adını alır. Sermaye şirketi olarak kabul edilen anonim ve limited şirketler ile kooperatiflerin ticaret unvanları, konu ticaret unvanı olarak adlandırılırlar. Zira 6102 sayılı TTK'nın 43. maddesi gereğince bunların ticaret unvanlarının çekirdek kısmında işletme konusu ve şirketin türünü gösteren ibarelerin bulunması zorunludur.

24. Ticaret unvanında ek kullanılması kural olarak zorunlu değildir. Ancak bazı hâllerde ek kullanılması zorunluluk arz eder. Bu hâllerden biri 6102 sayılı TTK'nın 45. maddesinde belirtilmiştir. Bu madde gereğince tacirler, ticaret unvanına, Türkiye'nin herhangi bir sicil dairesinde daha önce tescil edilmiş bulunan diğer bir unvandan ayırt edilmesi için gerekli olduğu taktirde, tacirin gerçek veya tüzel kişi olduğuna bakılmaksızın, ek kullanmaya mecburdurlar. Görüldüğü üzere ticaret unvanına ayırt edicilik kazandıran unsur, kural olarak unvanın "çekirdek" kısmına eklenen "ek" unsurudur. Bu "ek" sayesinde ticaret unvanlarının birbirine karıştırılmasının önüne geçilmesi

amaçlanmaktadır. Gerçekten unvanın çekirdek kısmında görsel, işitsel ve anlamsal açılardan benzerlik olduğu durumlarda ticaret unvanının çekirdek unsuruna yapılacak ek, karıştırılma ihtimalinin önüne geçilebilecektir (*Bilge, s. 82*).

25. Ticaret unvanlarının karıştırılma (iltibas) ihtimali bakımından yapılan değerlendirmede öncelikle ticaret unvanlarının çekirdek ve ek kısımlarının bir bütün hâlinde gözetilmesi gereklidir. Ayrıca buna ilave olarak unvanlar arasında karıştırılma (iltibas) ihtimalinden bahsedebilmek için, esas itibariyle ticari işletmelerin faaliyet konularının aynı veya benzer olması gerekmektedir. Zira ticaret unvanlarının bağlı olduğu işletmelerin faaliyet konularının birbirinden farklılaştığı oranda, aynı ya da benzer unvanlar arasındaki karıştırılma (iltibas) ihtimali de azalmaktadır. Dolayısıyla faaliyet konuları değişik olduğu için farklı müşteri çevresine hitap eden işletmelerin aynı ya da benzer unvanlarının karıştırılma ihtimali az olmakla birlikte tamamen ortadan kalkmamaktadır. Öte yandan ticaret unvanlarının ayırt edici "ek" unsurları aynı olmakla birlikte faaliyet konuları farklı ise unvanlar arasında kural olarak iltibas oluşmasa da tanınmış bir ticaret unvanının "ek" kısmının aynı ve benzerinin farklı bir faaliyet konusu ile birlikte ticaret unvanı olarak tescili hâlinde karıştırılma ihtimalinin varlığının kabul edilmesi gerekir (*Suluk, Cahit/ Karasu, Rauf/ Nal Temel: Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2018, s. 383*).

26. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı şirketin 25.09.2007 tarihinde tescil edildiği ve ticaret unvanında "G.O.O.S.E" ibaresinin yer aldığı, ayrıca davacı şirketin "Goose+Şekil" ve "Goose Express+Şekil" ibareli tescilli markalarının bulunduğu, davalı şirketin ise 10.06.2015 tarihinde

tescil edildiği ve ticaret unvanında "Moose" ibaresinin yer aldığı, davalı şirketin dava tarihi itibariyle tescilli markası bulunmamasına rağmen ticaret unvanında yer alan "Moose" ibaresini çeşitli şekillerde internet sitesinde ve ürünlerinde markasal olarak kullandığı anlaşılmaktadır. Öte yandan tarafların faaliyet alanlarının aynı olduğu dosya kapsamı ile sabit olup tarafların ticaret unvanlarında yer alan ayırt edici unsur, ticaret unvanlarının "ek" kısmını oluşturan "G.O.O.S.E" ve "Moose" ibareleridir.

27. Davacı şirketin tescilli "Goose express+Şekil" ibareli markasının ana unsuru "Goose" ibaresi olmakla birlikte şekil unsurunu ise "uçan kaz" logosu oluşturmaktadır. "Goose" ibaresi İngilizce bir sözcük olarak dilimizde "kaz" anlamına gelmektedir. Davalı şirketin unvanının ayırt edici unsurunu oluşturan "Moose" ibaresi de İngilizce bir sözcük olarak dilimizde "Kanada geyiği" anlamına gelmektedir. Davalı şirket tarafından ticaret unvanının ayırt edici unsuru olan "Moose" ibaresi "Moose Express+Şekil" hâlinde markasal olarak kullanılmaktadır. Öyle ki davalı şirket dava tarihinden sonra aynı ibare için marka başvurusunda bulunmuştur. Davalı şirketin kullanımında yer alan şekil unsurunu "geyik kafası" logosu oluşturmaktadır. Ancak davacı markası ile davalı kullanımında yer alan şekil unsurlarının ön planda olmadığı, davacı markasının asıl unsurunu "Goose" ibaresinin, davalı kullanımının asıl unsurunu ise "Moose" ibaresinin oluşturduğu görülmektedir. Bu ibareler arasındaki tek fark ise sözcüklerin ilk harfi olan "G" ve "M" harfleridir. İbarelerin İngilizce anlamları farklı olsa da ortalama tüketiciler gözetildiğinde bu ibarelerin Türkçe karşılıklarının bilinmeyeceği, ibarelerin okunuşlarının ön planda yer alacağı ve okunuşlarının ise fonetik açıdan birbirinin aynı olduğu aşikârdır. Dolayısıyla ortalama tüketici

nezdinde davacı şirketin “Goose” ibareli markaları ile davalı şirketin “Moose Express+Şekil” şeklindeki markasal kullanımı arasında karıştırılma (iltibas) tehlikesinin bulunduğu ve davalı şirketin anılan kullanımının hem haksız rekabet hem de davacı şirketin marka hakkına tecavüz oluşturduğunun kabulü gerekir.

28. Diğer yandan yukarıda da belirtildiği üzere davacı şirketin ticaret unvanında yer alan “G.O.O.S.E” ibaresi ile davalı şirketin ticaret unvanında yer alan “Moose” ibaresi unvanların ayırt ediciliğini sağlayan kılavuz sözcüktür. Tarafların faaliyet alanları aynı olduğundan ve ticaret unvanlarının çekirdek kısımları bu faaliyet alanlarını belirttiğinden tarafların unvanlarının çekirdek kısımlarının iltibas değerlendirmesinde bir etkisi bulunmayacaktır. Dolayısıyla davacı şirketin ticaret unvanında yer alan “G.O.O.S.E” ibaresi ile davalı şirketin ticaret unvanında yer alan “Moose” ibaresi nedeniyle unvanlar arasında karıştırılma (iltibas) ihtimali de söz konusudur.

29. O hâlde mahkemece yazılı şekilde karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmediğinden usul ve yasaya uygun direnme kararının onanması gerekmiştir.

IV. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının **ONANMASINA**,

Harç peşin alındığından harç alınmasına yer olmadığına,

18.01.2022 tarihinde oy birliği ile kesin olarak karar verildi.